

EL “*DAÑO ECOLÓGICO*”, EL CASO
“*CHEVRON-TEXACO*”.

ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA
DIRECTIVA 2004/35/CE Y LA LEY ESPAÑOLA DE
RESPONSABILIDAD AMBIENTAL ASÍ COMO DE
LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

DANIELA REBECA OCHOA PESÁNTEZ

TESI DOCTORAL UPF / 2018

ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ

DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU



Dedicatoria

“La tierra ofrece lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre, pero no la codicia de cada hombre”.

Mahatma Gandhi.

Agradecimiento

Elevo el mayor y más sincero agradecimiento al catedrático Andrés Betancor Rodríguez, por haberme aceptado a realizar esta tesis doctoral bajo su dirección. Su confianza, su guía, su paciencia y su apoyo en mi trabajo así como la capacidad para orientar mis ideas ha sido un aporte invaluable en esta formación académica.

Por haber sido el motor para no rendirme e incluso emprender este trabajo con mayor motivación. Por haberme facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante el desarrollo de esta tesis doctoral y haberme integrado como un miembro de su equipo. Siempre te seré agradecida Andrés.

Su importante aporte y contribución activa en el desarrollo de este trabajo, además de su amabilidad y disponibilidad para dialogar y discutir durante mi periodo de desarrollo de tesis, solventando benéficamente cuántas dudas pudieron surgirme, estuvieron cargados de un gran valor y soporte científico. Todos los análisis propios, siempre enmarcados en su orientación y rigurosidad, han sido la clave del buen trabajo que siento que hemos emprendido juntos. No cabe duda que su participación ha enriquecido el trabajo realizado y, además, ha significado el surgimiento de una sólida amistad. Muchas gracias por permitirme vivir una experiencia tan importante para mi formación como investigador y ayudarme a crecer en doble vía, a nivel profesional y como no, también a nivel personal. Espero verte algún día en mi país.

Resumen/Abstract

From 1964 to 1990, Texaco, now Chevron, drilled and operated 356 oil wells and opened 1,000 graves in the Amazon of Ecuador (*Lago Agrio*). According to the lawsuit, the oil company did their work without many environmental care, causing serious damage affecting natural resources and the quality of life of members, especially indigenous local communities. The company poured approximately 80,000 tons of toxic waste in the Amazon rain forest, and polluted freshwater sources. In 1993, Ecuador filed its first lawsuit against Chevron in the United States. In 2001, Chevron sought to move the trial to Ecuador, arguing that Ecuadorian courts were suitable to hear the case and pledged to abide by the decision that the courts would take. In 2011, after nine years of work, the Ecuadorian Court of Sucumbios, ordered the company to pay Chevron Texaco affected nine thousand six hundred million dollars, and to apologize. Not apologize in the next two weeks, the fine would be doubled. Chevron-Texaco refused to apologize, so the fine reached 19 billion dollars.

Environmental damage, from the legal point of view, has a double effect. On the one hand, it can affect the subjective rights of one or more persons. On the other hand, it can affect the separate property of each individual or common property, shared by an undetermined generality of individuals. That is why environmental law aims primarily to avoid, prevent and repair environmental damage to natural resources. The United States and the European Union unlike Ecuador have several specific rules and appropriate to determine whether damage actually occurred. There are certain requirements that must be met for environmental damage, which will be analyzed in my thesis set. The designated law establishes a legal framework for environmental liability impute who have caused harm against the environment. But nevertheless, the main objective of the legislation is primarily natural resources that suffered damage return to their former base status and that the culprit assume repair costs.

Undoubtedly, oil extraction generates a significant environmental impact. The idea is to compares the Tort Law and Environmental Law and demonstrates which ones is the best tool to impose liability in environmental damages.

Introducción

Lo que la Naturaleza es para un “*ciudadano*”, lejos está de lo que para un “*indígena*” ésta representa. Ambos habitan en un mismo territorio. El Ecuador. Ambos necesitan de ella para subsistir. La diferencia radica en que para el primero, el “*buen vivir*” va acompañado y depende de manera frecuente, de una gran variedad de circunstancias acompañadas de necesidades y de bienes y servicios creados para satisfacerlas, desde la segunda guerra mundial, en el siglo XX, con el potencial desarrollo que sin duda, introdujo la industrialización. A partir de ese decenio y con el *boom* del fenómeno de la globalización¹ -*resultado de la consolidación del capitalismo*-, que jugó un papel decisivo como proceso económico, tecnológico, político, social, empresarial y cultural, también ha contribuido para romper fronteras y lograr en términos económicos y de comunicación, una integración mundial en los ámbitos político, económico, social, cultural y tecnológico, y poder satisfacer aún más “*todas*” esas “*necesidades*” creadas por la especie “*humana*” (*el hombre*). Toda la expansión de bienes y servicios que se han introducido, son distintos de los que la propia Naturaleza ofrece; cuyo factor material y valor económico imperan en aquellos. Mientras tanto, para los segundos, los indígenas, la dependencia y satisfacción de necesidades está determinada única y exclusivamente en relación con la Naturaleza. Por eso la consideran su “*Paccha mamma*”. No necesitan de un “*mundo*” o de un “*hábitat*” que difiera del natural. Existen “*tribus vírgenes*” que ni siquiera conocen la existencia de otro “*mundo*” que aquel ofrecido por la Naturaleza. Ésta es su “*ciudad*”, su “*casa/hogar*”; sin bienes materiales, todos carentes de un valor comercial. Un “*valor-sin valor*” (*porque no está en el tráfico comercial*) que impera es de tipo cultural y en esencia el natural, porque lo que se necesita y se respeta está ligado con el estado en el que su “*materia prima*” se encuentra en la Naturaleza; nuevamente, lo natural. Aquí, habitan incluso sus dioses (*desde el sol hasta el agua*). Este es el “*buen vivir*” que ellos distinguen, el que prefieren denominarlo “*sumak kausay*”.

¹ Para profundizar sobre el fenómeno de la globalización y su relación con el Derecho y transformación del Derecho Administrativo, vid., Oriol Mir Puigpelat,

Con el fin de satisfacer las necesidades humanas, uno de los principales ingresos económicos para los países en vías de desarrollo proviene de la extracción del petróleo, recurso no renovable que constituye a la vez la principal fuente de energía en los países desarrollados, aportando el mayor porcentaje del total de la energía consumida en el mundo. La importancia del petróleo encuentra su asidero en la industria manufacturera, el transporte, proporciona fuerza, calor y luz, permite la fabricación de una gran variedad de productos químicos incluso medicinas, llegando a estar vinculado y ser la causa hasta de conflictos bélicos. Sin embargo, se requiere de una inversión económica formidable para llevar a cabo el proceso de extracción que además, es bastante largo, puede durar entre tres a diez años dependiendo de la complejidad técnica y geológica, sin contar que, se trata de una actividad económica de alto riesgo, ya que algunas veces los yacimientos petrolíferos están a miles de metros del subsuelo, lo que implica romper rocas muy duras o perforar en el lecho marino resistiendo la presión del agua y las corrientes, debiéndose tomar medidas preventivas para evitar causar accidentes.

Es así como esta actividad extractivista más conocida como “*facking*”, ha llegado a ser fundamental para el desarrollo material y tecnológico de muchas sociedades. No se puede dudar en ningún momento del rol que ésta ha desempeñado en países tan desarrollados como los Estados Unidos y como ha contribuido a las economías de la mayoría de los países en vías de desarrollo, como el Ecuador que cuenta con una gran riqueza de recursos naturales, principalmente el petróleo. No obstante, la historia nos impide negar que a causa de la ejecución de la actividad extractivista hidrocarburífera se han generado una serie de problemas, tanto ambientales como de índole jurídica. De hecho, a lo largo de los años se han presentado varios daños que han repercutido sobre el ambiente, provocando una alteración de graves proporciones, sobre todo en lo atinente al desplazamiento de pueblos, la contaminación del agua y suelo, la pérdida de especies vegetales y animales endémicos, así como la afección a la salud humana.

Poniendo especial énfasis en los elementos abióticos, con las actividades de prospección sísmica y perforación se generan impactos sobre el suelo, cuyos movimientos de tierra hacen que aquel pierda las sustancias minerales y orgánicas de la capa

superior, por lo que se generan procesos erosivos como los derrumbes. El recurso natural suelo, ha sido contaminado también, por la incorrecta disposición de líquidos y desechos industriales como las aguas servidas, lodos de perforación, residuos sólidos y fluidos de perforación. Asimismo, se puede identificar modificaciones topográficas por la construcción de helipuertos y plataformas, pero sobretodo, el cambio de uso de este bien natural, que altera los ecosistemas intervenidos en el área. En efecto, los elementos vivos o bióticos también sufren el impacto. Así por ejemplo, la flora se puede deteriorar y puede que se provoque la remoción de la capa vegetal por la construcción de helipuertos, plataformas, excavaciones, etc. La acumulación de lodos de perforación, lubricantes, basura industrial y otros componentes, no sólo deterioran la capa vegetal, sino pueden reducir la actividad productiva primaria de los ecosistemas naturales o alterar el estado sucesorio de la vegetación. En suma, se rompe la secuencia del proceso evolutivo ya que al penetrar maquinaria de perforación, de apertura de trochas, se afecta dicho proceso.² Además de ello, la actividad hidrocarburífera puede provocar el desplazamiento de las especies terrestres como aéreas de su hábitat, a causa de la construcción de plataformas, apertura de trochas y caminos así como de los ruidos que esto ocasiona, con lo cual la fauna también se ve alterada. A esto hemos de sumar, que muchas especies pueden estar padeciendo infecciones, debido a la mala disposición de residuos tóxicos, lo cual puede generar enfermedades no deseables.

Lamentablemente, un daño ambiental como consecuencia de la extracción de crudo es tan costoso por las actividades industriales y urbanas, que los poderes públicos y las sociedades mismas han adoptado en algunos casos una actitud conformista y cómplice, debido a la falta de concientización y regulación. Es por ello, que el Derecho Ambiental, ha venido a desarrollarse dignamente como consecuencia de las sociedades crecientemente sensibilizadas por el deterioro del ambiente y las leyes con las que cada Estado cuenta, han ganado especial relevancia al adentrarse en el complejo espacial ambiental que, para las pretensiones propias de la responsabilidad,

² Maldonado, a & Narváez. a., “Ecuador ni es, ni será ya, país amazónico”. Inventario de impactos petroleros -1. Editorial Acción Ecológica. Quito-Ecuador. 2003, 15-23.

estaban aún por colonizar. Se trata de un espacio no dominado por las categorías y conceptos jurídicos tradicionales con los que se opera a plena satisfacción en otros ámbitos. Los propios conceptos centrales y las referencias básicas de la institución de la responsabilidad civil -*causalidad, carga de la prueba, derechos subjetivos afectados, víctima y responsable, daño en bienes y derechos con un titular determinado, reparación indemnizatoria, etc.*-, se han mostrado inadecuados -*aunque para algunos*- no del todo inoperantes, en los complejos entornos ambientales.

Es así, como el Derecho Ambiental encargado de preservar el entorno humano, con el fin de evitar la contaminación y garantizar el uso sostenible de los recursos naturales, ha cobrado plena importancia, llegando incluso a hablarse dentro de la doctrina de un Derecho Constitucional del Ambiente, Derecho Ambiental Civil, Derecho Ambiental Penal e incluso Derecho Tributario Ambiental. Sin embargo, aunque se relacione con varias ramas del Derecho, en particular, el Ambiental se entronca fundamentalmente dentro del campo del Derecho Constitucional y Administrativo, sobretodo en los ordenamientos jurídicos tanto de España³ como de Ecuador.⁴

Ambos Estados cuentan con normas que regulan la exploración, la investigación y la explotación de los yacimientos hidrocarburíferos. España a diferencia de Ecuador, por ser parte de la Unión Europea tiene que dar principal cumplimiento a las Directivas comunitarias y luego ajustarse a su legislación nacional y autonómica. Ahora bien, uno de los ejemplos más graves que conjuga todos los daños antes expuestos como consecuencia de la operación del “*fracking*”, lo dibuja el caso más famoso, controversial y largo en la historia del Ecuador. El caso “*Chevron-Texaco*”. Así que, la intención de nuestro trabajo es esquematizar y extrapolar en atención a este caso, la normativa sobre responsabilidad ambiental plasmada en la Directiva 2004/35/CE y la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de

³ Véase artículo 45 de la Constitución española (*aprobada por las Cortes en sesiones plenarios del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, y sanciona por el S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978*) (BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978).

⁴ Véase, Constitución de la República del Ecuador (RO núm. 449 de 20 de octubre de 2008).

Responsabilidad Medioambiental⁵ (*LRM, en adelante*) española.⁶ Para ello, también acudiremos a la normativa ambiental estadounidense, por la notable influencia que imperó en el desarrollo de la normativa europea y española referida y por tratarse de una compañía estadounidense (*una de las más grandes de los EE.UU.*) la que operaba en la Amazonía ecuatoriana para beneficiarse de su riqueza petrolífera. Lo que buscamos determinar, es si estamos ante un daño ambiental susceptible de responsabilidad ambiental tras el escudo de protección de la normativa referida y si ésta y sus mecanismos instaurados es idónea y eficaz para resolver el caso en cuestión. En definitiva, pretendemos dilucidar el “*qué, cómo y quien*” respecto del “*daño ecológico puro*” ocasionado, es decir, qué se afectó, quién es el verdadero responsable, y por qué ha de reparar los daños cometidos y cómo lo ha de llevar a cabo.

Los instrumentos legales a nivel comunitario y español, han consolidado un esquema en el cual se han delimitado los recursos naturales que configuran el sentido nocional-jurídico de “*ambiente*”. Aquí cabe precisar, que a lo largo de nuestro trabajo eludiremos el pleonasma⁷ “*medio ambiente*”.⁸ De igual manera,

⁵ Para abordar la situación previa a la aprobación de la LRM, vid., José Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, segunda edición (Madrid: Marcial Pons, 2008), 10-17. La norma más trascendental en el orden civil que ha repercutido o ha tenido gran injerencia en el campo ambiental, es el artículo 1908 del Código Civil español, a la que se suman las normas de protección del derecho de propiedad y su goce o disfrute.

⁶ Esta Ley viene a ser el primer instrumento jurídico que reconoce el derecho a la reparación de los daños causados al ambiente por cualquier tipo de actividad y con independencia de la naturaleza jurídica, pública o privada, de su responsable.

⁷ En términos del Diccionario de la Real Academia de la lengua española, 23.^a ed. (*última actualización 20 de diciembre de 2017, en adelante RAE*), versión electrónica, “*Pleonasma*” significa: “*1.m. Ret. Empleo en la oración de uno o más vocablos innecesarios para que tenga sentido completo, pero con los cuales se añade expresividad a lo dicho, como en en fuga irrevocable huye la hora. 2.m. Demasia o redundancia viciosa de palabras*”.

⁸ Hemos adoptado a lo largo de todo el trabajo el adjetivo “*ambiental*”, para referinos al “*daño*” como tal o a la “*responsabilidad ambiental*”. No lo hacemos puramente por razones de estilística, sino en tanto la normativa comunitaria que lo regulan y la ley española que la transpone y que las estudiaremos, se refieren erróneamente al “*daño*” y a la “*responsabilidad*” con el adjetivo de “*medioambiental*”, que bien pudo haberse sustituido simplemente por “*ambiental*”. La razón se consolida sobre la base de la concepción iusnaturalista, en virtud de la cual “*ambiente*” es un todo. Por lo tanto, no cabe el prefijo “*medio*” ni cualquier otro modo semántico que lo divida. No obstante, sabemos

servirá dicha estructura legal para comprender el alcance del “*daño ambiental ecológico puro*”, cuáles son sus elementos y los requisitos imprescindibles para activar el mecanismo reparador. Por consiguiente, la revisión de este marco normativo podría aportar mejoras substanciales que colaboren una mejor adecuación entre el marco legal y la gestión y manejo de los recursos naturales afectados y principalmente del suelo, uno de los más gravemente alterados a causa de la actividad extractiva realizada por “*Chevron-Texaco*”. Además, de su consideración desde el punto de vista toxicológico, de riesgos ambientales, de gestión del patrimonio cultural y de su posible explotación futura como fuente de nuevos recursos.

En los diferentes instrumentos legales que serán motivo de análisis -*principalmente los que hemos aludido-*, se consagran los principios rectores del Derecho Ambiental,⁹ fundamentalmente el principio

que en el DRAE aún se cuenta con dicho adjetivo. Define como “*medioambiental*”: “*1. adj. Perteneciente o relativo al medio ambiente*”. Es una práctica lingüística poco ortodoxa que “*utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes*”, como señala Ramón Martín Mateo, *Derecho Ambiental* (Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1977), edición en PDF, 71-72, al optar la expresión de “*Derecho Ambiental*” y no “*Derecho Medio Ambiental*” como lo hizo el legislador en las primeras leyes promulgadas para incorporar al ambiente como objeto de Derecho (*como por ejemplo: el Reglamento de Actividades de 1961, la Ley de Minas de 1973 y la Ley del Suelo de 1975*). Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Administrativo Iustel* 25 (2010): 2-3, edición PDF. RI: §409636. Al analizar de qué trata realmente esta nueva pieza del ordenamiento jurídico español, considera útil y preciso empezar reparando el título de la Ley (*Ley de Responsabilidad Medioambiental*) o aún mejor en el de la Directiva de la que trae causa (*Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*). Cuestiona fuertemente, *¿A qué viene tanta (aparente) redundancia?* No se detiene sólo en la estilística, relativa al adjetivo “*medioambiental*”, que bien pudiera haberse sustituido simplemente por “*ambiental*”, él ataca también a la de carácter conceptual y más importante: “*responsabilidad medioambiental*” en relación con la prevención y reparación de “*daños medioambientales*”. Nos deja por reflexionar aún más, *“¿Es que tratándose de daños “medioambientales” puede haber una responsabilidad que no sea “medioambiental”? o ¿es que la responsabilidad “medioambiental” constituye un nuevo género de responsabilidad?”*. Entre otros, Fernando Simón Yarza, «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 94, (2012): 158, issn: 0211-5743.

⁹ Sobre los principios, vid., Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 235-290.

“Contaminador-Pagador” o “*Quien contamina paga*”,¹⁰ el principio de “*Prevención*” y el de “*Reparación*”.¹¹ La finalidad del régimen ambiental, será siempre preventivo, disuasorio, represivo y compensatorio, obligando al agente contaminador a restaurar e indemnizar el daño ambiental, el cual debe necesariamente ser significativo o constituir una amenaza inminente, pues no todos los cambios en la calidad o cantidad de los recursos naturales pueden ser considerados daños y dar lugar a una responsabilidad jurídica.

En general, la efectividad del sistema reparador-ambiental, se vincula con la clara identificación del agente contaminador, con la cuantificación del daño acontecido y el establecimiento del vínculo causa-efecto entre el daño ocurrido y el presunto agente creador del mismo. No obstante, existen muchos casos en los cuales resulta muy difícil la clarificación del responsable o la determinación de la fuente de contaminación (*a diferencia de los accidentes industriales*), ya que muchos de los casos de contaminación son de carácter difuso, lo cual imposibilita vincular los efectos negativos sobre el ambiente con las actividades de determinados agentes (*por ejemplo, los efectos del cambio climático o lluvia ácida*). Es por ello, que la responsabilidad jurídico-ambiental constituye la base del presente estudio, para intentar dotar de una posible solución o al menos llenar los vacíos legales que circundan al caso en estudio, ya que en la época en la que este “*atentado*” surgió, el Estado ecuatoriano no contaba ni cuenta aún con una normativa ambiental como la instaurada por la Directiva 2004/35/CE y la LRM ni como la de los EE.UU. A pesar de ello, es innegable el avance que la actual Constitución ecuatoriana (2008)¹² denota al consagrar “*Derechos a la Naturaleza*”¹³ y protección a la biodiversidad.

¹⁰ Declaración de Río de Janeiro de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de 1992.

¹¹ De acuerdo con lo que expresamente dispone la LRM en su artículo 1, se enfatiza lo dicho: “*Esta Ley regula la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que “quien contamina paga”*”.

¹² Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

¹³ No discutiremos en este trabajo sobre la concepción ius filosófica respecto de los “*Derechos de la Naturaleza*”, aunque sí dejamos claro que a nuestro parecer la Naturaleza es más bien un “*bien jurídico protegido*” y no un “*sujeto de*”

derechos” propiamente dicho y como tal, ha de gozar de tutela jurídica como lo han reconocido ya la mayoría de Estados, principalmente de corte occidental.

Índice

	Pàg
Resumen.....	vii
Introducción.....	ix
Lista de figuras.....	xxiii
Abreviaturas.....	25
Síntesis del caso “ <i>Chevron-Texaco</i> ”.....	27
Delimitación del problema.....	33
Los hechos probados en el caso chevron texaco.....	43
Sinopsis de los daños provocados en el caso “ <i>Chevron- Texaco</i> ”.....	61
Pretensiones de la demanda.....	63
1. CAPÍTULO I: DAÑO CIVIL VS. DAÑO AMBIENTAL.....	65
1.1 El “ <i>daño clásico/tradicional</i> ”. Conceptualización.....	65
1.2 Elementos o requisitos del daño civil “ <i>tradicional o clásico</i> ”. La visión del “ <i>Tort Law</i> ”.....	83
1.3 El sistema estadounidense. El régimen legal aplicable al “ <i>environmental damage</i> ”.....	88
1.4 Tipos de demandas ambientales en los Estados Unidos.....	94
a) “ <i>State statutory claims related to contaminated property</i> ”.....	94
b) “ <i>State common law claims</i> ” (“ <i>Demandas estatales bajo el régimen del “Common Law</i> ”).....	97
1.5 The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, “ <i>CERCLA</i> ” o “ <i>Superfund</i> ”.....	98
1.6 Conceptualización del daño ambiental en la Unión Europea y en el sistema jurídico español.....	101
a) El ambiente como eje de la Directiva 2004/35/CE y la LRM.....	101
b) Clasificación de los “ <i>daños ambientales</i> ” en el ordenamiento jurídico español.....	109
b.1 Los “ <i>daños ambientales personales</i> ” o “ <i>personales ambientales</i> ”.....	112
b.2 El “ <i>daño ambiental</i> ” en sentido estricto o “ <i>daño ecológico</i> ” o “ <i>ecológico puro</i> ”.....	116
1.7 Características del daño ambiental.....	121
1.8 El Ambiente.....	134
1.9 Los recursos naturales. Bienes jurídicos ambientales.....	145

1.10 Conceptualización del “ <i>daño ambiental</i> ” en el ordenamiento jurídico estadounidense.....	148
1.11 El ambiente en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM. Concepción amplia o restringida.....	151
1.12 El daño ambiental. Conceptualización de conformidad con la Directiva 2004/35/CE y la LRM.....	163
1.13 La Amenaza Inminente. Conceptualización y rol fundamental.....	170
1.14 Análisis individualizado de los recursos naturales dañados de conformidad con la Directiva 2004/35/CE y la LRM.....	172
a) Daños a las especies silvestres y a los hábitats.....	175
b) Daños a las aguas.....	186
c) Daños a las riberas del mar y de las rías.....	192
d) Daños al suelo.....	195
d.1 Naturaleza jurídica del suelo.....	198
d.2 Daños Indirectos.....	202
1.15 El daño por contaminación.....	205
a) Comparación con el sistema legal de los Estados Unidos.....	210
a.1 Diferencias entre “ <i>RCRA</i> ” y “ <i>CERCLA</i> ”.....	221
a.2 Distinciones entre “ <i>CERCLA</i> ” y otros “ <i>Statutes</i> ”.....	224
1.16 Formalidades del “ <i>daño ambiental</i> ” instituido en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM.....	226
a) El cambio debe ser “ <i>adverso</i> ”.....	229
b) El cambio debe ser “ <i>mensurable</i> ”.....	233
c) El cambio debe ser “ <i>significativo</i> ”.....	234
1.17 Delimitación de la “ <i>significatividad del daño</i> ” y de las medidas de “ <i>mensurabilidad</i> ” en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM. Criterios para determinar la mensurabilidad del “ <i>daño ambiental</i> ”.....	240
a) Criterios para determinar la mensurabilidad del “ <i>daño ambiental</i> ” en la Directiva 2004/35/ce y la LRM.....	246
1.18 Lo ecocéntrico del daño. La puridad en esencia. ¿El “ <i>daño ambiental</i> ” es o no en esencia un “ <i>daño ecológico puro</i> ”? el supuesto “ <i>ideológico</i> ” del “ <i>daño ecológico puro</i> ”.....	258
1.19 Los daños “ <i>tradicionales</i> ” en el marco de la Directiva 2004/35/CE y la LRM.....	267
1.20 La doble reclamación/indeminización ante la presencia del “ <i>daño ecológico puro</i> ”.....	272
2. CAPÍTULO II: El “ <i>Fracking</i> ”.....	275
2.1 Aproximación al proceso técnico del “ <i>fracking</i> ”.....	281

2.2 Repercusión del “ <i>fracking</i> ” en el ambiente.....	283
2.3 “ <i>The petroleum</i> ”	286
2.4 Marco legal del “ <i>fracking</i> ” en los Estados Unidos.....	288
a) La “ <i>Clean water act</i> ”	289
b) <i>La Spill Act</i>	289
c) La “ <i>Oil pollution act</i> ”	290
2.5 Esquema integral de la “ <i>OPA</i> ” para regular la “ <i>oil pollution</i> ”	292
2.6 “ <i>Liability provisions</i> ” o normas de responsabilidad de la “ <i>OPA</i> ”	295
a) Los responsables “ <i>RPS</i> ”	298
a.1 El caso “ <i>BP Y TRANSOCEAN</i> ”	298
a.2 Determinación de los “ <i>RPS</i> ”.....	301
b) El esquema de compensación de la “ <i>OPA</i> ”: El “ <i>Oil spill liability trust fund</i> ” y el proceso de reclamaciones.....	303
c) Las pruebas de responsabilidad financiera. Los límites de la “ <i>OPA</i> ”	305
d) “ <i>Recovery removal costs</i> ” y “ <i>damages</i> ”	306
2.6 El “ <i>right of recovery</i> ”	309
2.7 Las “ <i>penalties</i> ” como consecuencia de la actividad hidrocarbúrica ilícita.....	310
2.8 Límites de la responsabilidad. Non-OPA claims limitations: “ <i>Limitation Act</i> ” (1851).....	315
2.9 “ <i>Defenses to liability</i> ” según la “ <i>OPA</i> ”	321
3. CAPÍTULO III: LOS OTROS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.....	325
3.1 Identificación del sujeto/s responsables.....	325
3.2 Elementos para ser “ <i>Operador</i> ” jurídico.....	328
3.3 La responsabilidad de las personas jurídicas.....	337
3.4 La Administración Pública como operadora.....	339
3.5 Sistemas jurídicos para identificar o determinar quién es el responsable de un daño ambiental.....	344
3.6 Exclusiones del concepto de operador.....	349
3.7 Los responsables en “ <i>CERCLA</i> ”.....	354
3.8 “ <i>Multiple tortfeasors</i> ” o pluralidad de operadores de un mismo daño en materia ambiental.....	359
3.9 La relación de causalidad: “ <i>El vínculo o nexo causal</i> ”	364
a) La causa en el ámbito civil.....	364
a.1 Teorías de la causalidad.....	367
b) La causa en materia ambiental.....	369

3.10 La acción dañosa causante del daño ambiental.....	373
3.11 La presunción de causalidad.....	374
3.12 La complejidad del nexo causal.....	383
3.13 La determinación del nexo causal y la responsabilidad.....	390
3.14 La causalidad en el derecho ambiental de los Estados Unidos.....	393
3.15 La “ <i>standing doctrine</i> ”.....	396
3.16 La causalidad en el “ <i>Tort Law</i> ”.....	399
3.17 La causalidad en la legitimación ambiental.....	401
3.18 Diferencias capitales en cuanto a la determinación de la causalidad en los daños tóxicos y los daños ambientales.....	402
4. CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL VS RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.....	405
4.1 La Responsabilidad Civil.....	405
a) La responsabilidad contractual y extracontractual.....	407
4.2 Teorías.....	412
a) La Teoría del Concurso de Pretensiones.....	413
a.1 La Teoría de la Opción.....	413
a.2 La Teoría de la Absorción o Incompatibilidad.....	416
b) La Teoría Unitaria.....	420
b.1 La Teoría del Concurso de Normas: “ <i>La Yuxtaposición de responsabilidades y la unidad de la culpa civil</i> ”.....	421
c) La tendencia a la unificación.....	430
4.3 La responsabilidad civil extracontractual: la responsabilidad subjetiva y objetiva en el sistema español.....	435
a) Sistema de responsabilidad subjetiva.....	437
b) La evolución de la responsabilidad subjetiva a la objetiva: la responsabilidad objetiva o sin culpa en el código civil español.....	439
c) Sistema de responsabilidad objetiva.....	451
4.4 Criterios que fundamentan la responsabilidad objetiva.....	470
a) Primer criterio: “ <i>Control de objetos peligrosos</i> ”.....	471
b) Segundo criterio: “ <i>La práctica de una actividad peligrosa</i> ”.....	472
c) “ <i>Common usage</i> ”: Criterio impracticable.....	476
4.5 La responsabilidad civil extracontractual directa por hechos propios.....	484

a) Presupuestos de carácter objetivo.....	485
b) Presupuesto de carácter subjetivo.....	488
4.6 La culpa y el riesgo como elementos de la responsabilidad civil extracontractual.....	490
4.7 La Prueba.....	497
4.8 Requisitos de la culpabilidad.....	497
a) Imputabilidad del autor.....	497
b) Conducta dolosa o culposa por parte del autor del hecho.....	499
4.9 La responsabilidad civil por hecho ajeno (<i>indirecta o directa</i>).....	500
a) Los supuestos de responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno en el sistema español.....	501
b) Crítica al artículo 1903.....	502
4.10 Los presupuesto de la responsabilidad del principal por los hechos de los auxiliares.....	506
a) Responsabilidad no basada en la culpa del principal.....	505
b) La relación entre el auxiliar y el principal: la condición del auxiliar y la relación de subordinación o dependencia.....	506
c) La relación entre el ilícito civil y la tarea encomendada al auxiliar: la actuación del auxiliar en el ejercicio de sus funciones.....	508
d) La culpa del auxiliar.....	510
e) El llamado contratista independiente. Noción del contratista independiente.....	510
f) Especial referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas mercantiles: Empresarios-empleadores y empleados.....	512
g) La posición actual del tribunal supremo respecto de la responsabilidad civil extracontractual: la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno.....	522
4.11 La responsabilidad ambiental.....	525
4.12 El sistema de responsabilidad ambiental en los ojos de la Directiva 2004/35/CE y la LRM.....	547
a) La responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.....	552
4.13 Estados Unidos: La propagación e influencia de las disposiciones estadounidenses sobre responsabilidad en la directiva de la unión europea 2004/35/CE y en algunos países tropicales en desarrollo (<i>spread of liability provisions in tropical developing countries</i>). Teorías de la responsabilidad y la “ <i>strict liability</i> ” ...	573
a) El aprovechamiento de las disposiciones sobre	

responsabilidad de los estados unidos.....	576
b) Limitaciones de las disposiciones de responsabilidad.....	578
c) El limitado uso de las normas de la responsabilidad por las cortes.....	579
4.14 Las teorías de la responsabilidad en el sistema estadounidense.....	585
a) Las teorías legales de la responsabilidad.....	588
b) Teorías económicas de la responsabilidad.....	611
4.15 La responsabilidad en el caso “ <i>Chevron-Texaco</i> ”.....	614
5. CAPÍTULO V: LA OBLIGACIÓN REPARADORA.....	653
5.1 Reparación Ambiental.....	659
5.2 Obligaciones del operador y la estructura jurídica de las medidas de reparación.....	665
5.3 Los géneros de las medidas de reparación.....	669
a) Medidas primarias.....	673
b) Medidas complementarias.....	674
c) Medidas compensatorias.....	675
5.4 Disposiciones comunes en la prevención, evitación y reparación de daños ambientales.....	684
a) incumplimiento de las obligaciones de prevención, de evitación o de reparación del daño ambiental.....	684
b) Circuntancias que exoneran del deber de sufragar los costes de reparación o de prevención.....	685
5.5 Los “ <i>costs of cleanup</i> ” en los Estados Unidos (CERCLA)...	693
5.6 La prevención y de evitación de un daño ambiental.....	698
5.7 Obligaciones del operador respecto de la prevención y evitación de daños ambientales.....	707
a) La potestad administrativa en materia preventiva o de evitación de nuevos daños ambientales.....	709
b) Obligaciones de los operadores.....	711
Conclusiones.....	717
Bibliografía.....	741

Lista de Ilustraciones

	Pág.
Ilustración núm. 1: Daños en el Caso “ <i>Chevron-Texaco</i> ”....	62
Ilustración núm. 2 Clasificación general de los “ <i>Daños</i> ”.....	81
Ilustración núm. 3: Clasificación Convencional de los “ <i>Daños Ambientales</i> ” en España.....	110
Ilustración núm. 4: Diferencias entre el “ <i>Daño tradicional</i> ” y el “ <i>Daño Ambiental -Puro-</i> ”.....	134
Ilustración núm. 5: Clasificación convencional de los bienes y sus usos.....	148
Ilustración núm. 6: El “ <i>Ambiente</i> ” en la Directiva 2004/35/CE y la LRM. Elementos.....	170
Ilustración núm. 7 Recursos Naturales protegidos por la Directiva 2004/35/CE y la LRM.....	174
Ilustración núm. 8 La producción de líquidos de plantas de petróleo crudo y gas natural de EE.UU.....	277

Abreviaturas

APPS: Act to Prevent Pollution from Ships

BOEMRE: Bureau of Ocean Energy Management, Regulation, and Enforcement

CC: Código Civil español

COFR: Financial responsibility certificate

CAA: Clean Air Act

CWA: Clean Water Act

CERCLA: Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act

CRAMRA: Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities

DCFR: Draft Common Frame of Reference,

CE: Constitución española

DOJ: Department Of Justice

DRAE: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

EPA: Environmental Protection Agency

ESA: Endangered Species Act

LIC: Lugares de Importancia Comunitaria

LRJPAC: Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LRM: Ley de Régimen de Responsabilidad Medioambiental

LRSC : Ley de régimen de suelos contaminados

MMS: The Mineral Management Service

MERA: Minnesota Environmental Rights Act

NCP: National Contingence Plan

NEPA: National Environmental Policy Act

NGR: Nivel genérico de referencia

NMSA: National Marine Sanctuaries Act

NPL: Nacional Priority List

NPFC: National Pollution Funds Center

NRDA: Natural Resource Damage Assessment

NRD: Natural Resource Damages

OPA: Oil Pollution Act

PSRA: Park System Resource Protection Act

RDSC: Reglamento de suelos contaminados

RP: Responsable Party

STJUE (TJCE): Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SSUCPS: Sentencia Sala Única de la Corte Provincial de sucumbíos

ZEC: Zonas de Especial Conservación

ZEPA: Zonas de Especial Protección para las Aves

Síntesis del caso “Chevron-Texaco”

En el Ecuador se planteó una de las demandas más controversiales¹⁴ en estos últimos 18 años. Ésta se refiere al tan famoso caso “Chevron-Texaco”, una compañía que tuvo la concesión para extraer petróleo por un periodo de aproximadamente 26 años (*entre 1964 y 1990*), en la Amazonía ecuatoriana alrededor de la ciudad Lago Agrio. A este antecedente se le suma la no asunción de responsabilidades por parte de la petrolera frente a las comunidades afectadas por el desarrollo de sus actividades. La compañía debió limpiar suficientemente la región a su salida en el año 1992, pero su conducta omisiva fue la que primó.

El 14 de febrero de 2011, la justicia ecuatoriana a través de la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos¹⁵ condenó a “Chevron-

¹⁴ El 07 de mayo del 2003, se iniciaron las acciones legales en la Corte Superior de Justicia de Sucumbíos, por parte de el grupo de indígenas contra la petrolera (*en ese memento Texaco*). No obstante, existen precedentes que denotar: El litigio contra la compañía Texaco se planteó inicialmente en la ciudad de New York, sede global de Texaco, el día 3 de noviembre de 1993. Este año, alrededor de 30.000 ecuatorianos, indígenas y colonos, directa o indirectamente afectados por la actividad de Texaco en sus territorios, representados por un grupo de personas, presentaron un reclamo judicial en los Estados Unidos. Los demandantes esperaban que los tribunales estadounidenses aceptaran el caso debido a su amplia experiencia en juicios de contaminación ambiental, pero sustentaron su pedido en 3 argumentos: 1) el hecho probado que los directores de Texaco tomaron las decisiones técnicas relevantes a la operación en Ecuador, desde sus oficinas en Nueva York; 2) que la compañía Texaco ya no operaba en el Ecuador en 1993; y 3) que los bienes de Texaco se encontraban en EEUU. Sin embargo, el 16 de agosto de 2002, la Corte de Apelaciones del Distrito Sur de New York, luego de nueve años de batalla legal en los Estados Unidos, resolvió frente a la demanda presentada por los pobladores ecuatorianos: a. Que, los demandantes tienen derecho a un juicio, por lo que dispuso que Texaco debe someterse a la justicia ecuatoriana y cumplir con cualquiera sentencia en su contra, argumentando que este era un foro más adecuado para este caso en razón de en Ecuador se encontraban los documentos, testigos y demás evidencia; b. Concedió el plazo de un año para que los demandantes hagan efectiva sus acciones legales ante el tribunal ecuatoriano, durante el cual dispuso que Texaco no podía alegar prescripción extintiva de acciones; c. La sentencia que dictare la justicia ecuatoriana será ejecutable ante la justicia norteamericana. Cancillería dle Gobieron, acceso el 14 de enero de 2015, <https://www.cancilleria.gob.ec/documentos-chevron/>

¹⁵ Sentencia de la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos, de 14 de febrero de 2011 (en adelante SSUCPS). Considerando noveno, foja 94.

Texaco” a pagar 9.500 millones de dólares y a formular disculpas públicas por los daños causados. En caso de no hacerlo, la indemnización aumentaría a 19.000 millones. El fallo fue ratificado en dos ocasiones, en enero de 2012 y en noviembre de 2013.¹⁶ Finalmente, la sentencia condenatoria fue fijada en 9.500 millones de dólares y estuvo dirigida a realizar la remediación social y ambiental, a pesar de que la empresa nunca pidió disculpas.

La normativa ambiental que estaba vigente al momento en el que se suscitó el conflicto con la compañía referida y que sirvió de plataforma jurídica para los demandantes, estaba consolidada sobre la base de la Constitución ecuatoriana de 1984, vigente a la fecha en la cual la Corte Provincial de Sucumbíos emitió su fallo. En concordancia con la normativa constitucional, la Ley de Gestión Ambiental,¹⁷ el Código Civil; la Ley de Petróleo¹⁸ y el Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos;¹⁹ el Código de la Salud,²⁰ la Ley de Aguas,²¹ conjuntamente, estructuraron el

¹⁶ El 3 de enero de 2012, el pleno de la Corte Provincial de Sucumbíos, ratifica la sentencia en segunda instancia y el 23 de julio de 2012 liquida el monto total a cancelar por parte de la petrolera y que asciende a 19.021.552.000 de dólares (*Diecinueve mil veintiún millones y quinientos cincuenta y dos mil dólares de los Estados Unidos de América*). Luego de la ratificación, el 29 de marzo de 2012, Chevron interpone ante la Corte Nacional de Justicia, un recurso extraordinario, conocido como Casación, según el cual se pide la revisión de la legalidad de la sentencia, sin que los jueces puedan analizar el contenido del juicio. Para el efecto la petrolera presenta argumentos que fueron discutidos y dilucidados durante el largo proceso judicial, sin pruebas fehacientes. El 12 de noviembre del 2013, la Sala de los Civil y Mercantil, de la Corte Nacional de Justicia, integrada por los jueces: Wilson Andino (*ponente*), Eduardo Bermúdez y Lucía Toledo, ratificaron la sentencia condenatoria, pero eliminaron los castigos punitivos, con lo que Chevron debe pagar el monto inicial que asciende a más de 9 mil millones de dólares. Chevron, en su último intento por revertir la sentencia, que la obliga a pagar 9.500 millones de dólares por daño ambiental, presentaron una acción extraordinaria de protección que fue resuelta este miércoles 27 de junio de 2018 por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador. Un juicio de 25 años que, sin embargo, no ha terminado y se sigue librando más allá de las fronteras ecuatorianas.

¹⁷ Ley de Gestión Ambiental. Suplemento del Registro Oficial N° 418, (10-IX- -2004), ediciones legales 2016, Quito - 22 de julio de 2004.

¹⁸ Ley de Petróleo, Registro Oficial N° 560, de 9 de agosto de 1937.

¹⁹ Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, Registro Oficial N° 530, de 9 de abril de 1974.

²⁰ Código de Salud, Registro Oficial N° 158, de 8 de febrero de 1971.

²¹ Ley de Aguas, Registro Oficial N° 69, 30 de mayo de 1972.

esquema normativo utilizado por los demandantes y e el cual se ampararon para exigir el cumplimiento de sus pretensiones.

La Constitución de esa época (1984), garantizaba “*El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*” (artículo 19.2). Esta disposición guardaba plena armonía con lo que constitucionalmente se consideraba en aquella época de interés público:

“1. *La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.*
2. *La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.*
3. *El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales*”. (artículo 86 Constitución ecuatoriana).

Entonces, en virtud de esta norma, el Estado se colocaba como el ente encargado de proteger ese derecho de la población, con el propósito de garantizar un desarrollo sustentable, era pues el responsable de velar para que ese derecho no sea afectado y el ente garantizador de la preservación de la naturaleza.

En cuanto a los daños ambientales manifiestos en este caso, la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos, partió por definir el daño ambiental, y al respecto estableció que en términos generales es “*Toda pérdida disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales*”,²² aspecto que estaba

²² Cf. SSUCPS. Considerando Noveno, foja 94: “*En este juicio se ha demandado tanto la eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan*

acorde con lo que disponía la Constitución vigente en esa época²³ y la Ley de Gestión Ambiental, lo cual llevó a la Corte a entender además, que *“El daño ambiental debe ser considerado en toda su complejidad, atendiendo las distintas formas y derivaciones que éste puede tener en los componentes del medio ambiente, pues se entiende que éste no puede ser considerado aisladamente, sino en vinculaciones con otros derechos, como el de la salud”*.

La Corte utilizó lo dispuesto por el Código de la Salud, para describir lo que se debe entender por *“salud”*, definiéndola como *“el completo estado de bienestar físico mental y social y no solo la ausencia de enfermedad o invalidez”* (artículo 1), y relacionándola con el *“saneamiento ambiental”*, entendido como *“El conjunto de actividades dedicadas a acondicionar y controlar el ambiente en que vive el hombre, a fin de proteger su salud”* (artículo 6).²⁴ Hizo alusión a estas normas y otras disposiciones similares ya que establecían ciertas prohibiciones de descargar en el ambiente sustancias sin que hayan sido tratadas hasta convertirlas en inofensivas para la salud (artículos 12 y 25).²⁵

De igual manera, la Corte estableció que este régimen legal, *“...establecía responsabilidad potencial directamente relacionada*

todavía el ambiente y la salud de los habitantes, como la reparación de daños ambientales al amparo de lo que dispone el artículo 43 de la LGA...”.

²³ Constitución Política de la República del Ecuador de 1984, numeral 2 del artículo 9 vigente en esa época.

²⁴ Cf. SSUCPS. Considerando Séptimo, foja 62.

²⁵ Código de la Salud (1971): artículo 12.- *“Ninguna persona podrá eliminar hacia el aire, el suelo o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los conviertan en inofensivos para la salud. Los reglamentos y disposiciones sobre molestias públicas, tales como, ruidos, olores desagradables, humos, gases tóxicos, polvo atmosférico, emanaciones y otras, serán establecidos por la autoridad de salud”*; artículo 16.- *“Toda persona está obligada a proteger las fuentes y cuencas hidrográficas que sirven para el abastecimiento de agua, sujetándose a las disposiciones de este Código, leyes especiales y sus reglamentos”*; artículo 17.- *“Nadie podrá descargar, directa o indirectamente, sustancias nocivas o indeseables en forma tal, que puedan contaminar o afectar la calidad sanitaria del agua y obstruir, total o parcialmente, las vías de suministros”*; artículo 25.- *“Las excretas, aguas servidas, residuos industriales no podrán descargarse, directa o indirectamente, en quebradas, ríos, lagos, acequias, o en cualquier curso de agua para uso doméstico, agrícola, industrial o de recreación, a menos que previamente sean tratados por métodos que los hagan inofensivos para la salud”*.

*con el daño causado, incentivando la cautela como medio para reducir los propios pasivos potenciales y evitar así responsabilidades... ”,*²⁶ descartando así el argumento de la compañía demandada, que alegaba que toda aquella normativa carecía de asidero legal y era inaplicable e impracticable durante la operación de extracción del petróleo. No existía durante esta época un manual ni normativa técnica para llevar a cabo esta práctica hidrocarburífera. Sin embargo, como bien determinó la Corte *“La falta de reglamentos no puede entenderse como una autorización implícita para privar las aguas de su pureza o para utilizar prácticas que han puesto en riesgo la salud de las personas... no existe fundamento legal que admita que la eventual falta de reglamentos es suficiente justificación para negar la aplicación de la leyes vigentes en la época que operó el consorcio... ”.*²⁷

Con estos antecedentes, la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos²⁸ para establecer responsabilidad, recurrió a una de las sentencias más estudiadas en el derecho ecuatoriano, la dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el año 2002,²⁹ en la cual se aclara que el Código Civil ecuatoriano ha seguido la doctrina clásica, y que en lo que respecta al presente caso en virtud del artículo 2256 del Código Civil³⁰ que contempla la responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas, cuya culpa se presume, corresponde verificar si el presente caso cumple con los requisitos para su aplicación, es decir:

- 1) Un daño o perjuicio material o moral;
- 2) Una culpa demostrada o preexistente;
- 3) Un vínculo de causalidad entre uno y el otro.

La Corte analizó cada uno de estos requisitos basándose en la sentencia de la Primera Sala, la cual manifestó que *“El daño como fenómeno fáctico es distinto del daño jurídico. Este sólo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables,*

²⁶ Cf. SSUCPS. Considerando séptimo, foja 66.

²⁷ *Ibíd.*, foja 69.

²⁸ *Ibíd.*, fojas 66-69.

²⁹ Sentencia, de fecha 29 de octubre de 2002, publicada en el Registro Oficial Nro. 43, de fecha 29 de marzo de 2003.

³⁰ Código Civil vigente en esta época, Registro Civil del 24 de junio de 2005.

*que deben concurrir en detrimento o menoscabo del damnificado. El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existe jurídicamente”.*³¹

Sobre la base de este argumento, la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en su sentencia manifestó que se debe *“Atender el hecho de que es insuficiente con alegar un daño, sino que a efectos de la responsabilidad es necesario probarlo cabalmente, pues éste será reparable cuando sea cierto”*, revelando además, su conformidad con lo señalado por la Sala Primera, en razón de que más allá de la configuración del daño jurídico como tal, los daños pueden ser presentes o futuros,³² razón por la cual, la Corte Provincial lo que ha estudiado con cuidado al valorar la prueba para resolver este caso en concreto, es *“...la posibilidad razonable de que aparezcan nuevos daños como consecuencia del hecho antecedente”*.³³

Finalmente, la Corte determinó que se trataba de un caso de responsabilidad de carácter netamente objetivo y a pesar de no ser necesario examinar la culpa, consideró analizar si la demandada ha cumplido con el nivel de diligencia que exigía la Ley, determinando que la parte demandada omitió el deber de prevenir y evitar los daños causados, determinando su actuar como una conducta exigible; una obligación legal de hacer.

³¹ Cf. SSUCPS. Considerando Noveno, fojas 75,76.

³² *Ibíd.*, 76. El daño presente *“Es el que ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es el que todavía no se ha producido, pero que aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro sólo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas”*.

³³ Cf. SSUCPS. Considerando Noveno, foja 76.

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Establecer que ha existido un daño ambiental no resulta tan fácil a la hora de determinar la responsabilidad legal. Durante muchos años, los daños causados al ambiente sólo han sido indemnizados en la medida en que las personas, sus derechos subjetivos o sus bienes han sido también lesionados. Otras veces, la conducta del sujeto contaminador era sancionada por la Administración pública, si aquella constituía una infracción de alguna norma imperativa. No obstante, esto no garantizaba que algunas actividades contaminantes quedasen incólumes de toda sanción o pena, ya que a pesar de haber sido la causa de ciertos daños, no se trataban de una afección individualizada (*no afectaba a ningún sujeto en concreto*) o no estaban tipificadas en una determinada norma sancionadora. Generalmente, la pretensión indemnizatoria que instauraban tanto la Administración como las víctimas ante la presencia de algún daño ambiental, se construía sobre la base de los principios que rigen el Derecho de Daños, acudiendo a las pocas normas que el Código Civil prevé al respecto. En algunos casos, podían encontrar el fundamento normativo de su pretensión en las distintas normas sectoriales,³⁴ pero éstas protegían ciertos recursos naturales de manera específica o regulaban actividades también específicas. Por lo tanto, este armazón jurídico era ostensiblemente insuficiente para proteger de forma adecuada el ambiente y sus recursos naturales.

Por todo esto, el enfoque y delimitación del “*daño ambiental*” va resultar transcendental, porque es el que hará que la dimensión reparadora del instituto de responsabilidad ambiental se active, ya

³⁴ Excluyendo las regulaciones autonómicas, se destacan en materia ambiental, entre otras, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal; Ley 17/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal; Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; Real Decretoley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regulan los derechos de emisión de gases de efecto invernadero; Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de efectos de determinados planes y programas de medio ambiente; Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 5/2007, de 3 de abril, de Parques Nacionales; el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

que el mecanismo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana,³⁵ se ha convertido en una institución jurídica con resultados insuficientes ante aquellos supuestos que registran la presencia de “daños” al “ambiente”, tal como lo demostraremos en el presente trabajo. Definir el alcance de su definición, es de vital importancia pues de ello dependerá el tipo y la extensión de las medidas necesarias para reparar el daño cuanto la determinación de los elementos típicos que configuran la responsabilidad. El concepto pone de manifiesto problemas como *¿Qué tipos de daños que comprende, individuales, colectivos o ambos?*, para lo cual se requerirá elaborar un estudio interdisciplinar. Luego, existen ciertos requisitos que deben confluír para que se configure el daño ambiental como tal. Además, habrá que tomar en consideración el factor tiempo, la naturaleza bifronte³⁶ del daño ambiental, la relevancia del daño así como su potencialidad, pues todos estos elementos dificultan la prueba del nexo causal entre una determinada actividad y el resultado dañoso.

Sin duda, aludiremos al daño “tradicional o clásico” para particularizar sus características, determinar los elementos que debe cumplir, así como para esclarecer por qué es diferente y no resulta ser el mecanismo más idóneo ni el más satisfactorio a la hora de reparar un “daño ecológico puro”. Existen varias controversias que pueden presentar por sí solos y más aún, frente a los “daños ambientales”. Sin embargo, los propios problemas que pudiesen surgir de aquellos, son disminuidos en comparación con estos últimos. El “daño ecológico puro”, sin duda, es el uno de los “daños” más polémicos y vertiginosos con el que un juez se puede topar a la hora de resolver, entre los que toma gran envergadura el provocado por “Chevron-*Texaco*”. Este tipo de daños, regulados bajo la Directiva 2004/35/CE y la LRM, están cargados además, de

³⁵ Lex Aquila-Romanos, sustentada en “no hacer daño a los demás”, por lo que el autor de un daño ocasionado a otro responde por él, tiene la obligación de indemnizar el daño o reparar los perjuicios.

³⁶ Bustamante Alsina. Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa* (Argentina, 2004). “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”.

una serie de problemas jurídicos latentes en dichos instrumentos que los trataremos a lo largo de este estudio.

Superado esto, se procedería a establecer la responsabilidad ambiental por el daño causado. Ahora bien, cada ordenamiento jurídico cuenta con su propia legislación, aunque en materia ambiental, Ecuador no dispone de instrumentos jurídicos como los que España ha incorporado en su ordenamiento jurídico, de manera especial, la LRM, que se basa en un sistema de responsabilidad objetiva. No obstante, este sistema es efectivo cuando se logra plena identificación del agente contaminador, la cuantificación del daño acontecido, el establecimiento del nexo causal entre el daño ocurrido y el presunto agente creador del mismo. La responsabilidad objetiva aplicada por la especificidad del daño y el principio “*Quien contamina paga*” se funda en la teoría del riesgo y va ligada al desarrollo de la actividad industrial o al manejo de sustancias peligrosas. Existen varias teorías que giran en torno al riesgo como criterios objetivos de imputación, entre ellas la teoría del “*riesgo provecho o beneficio*” y la del “*riesgo creado*”, es decir, éstas ayudan a explicar el asidero de la responsabilidad ambiental objetiva. En cuanto a la primera, quien instala una empresa u opera una actividad así como todo aquel que de su actividad, obtenga provecho de sus beneficios y utilidades y cause un daño, está obligado a indemnizar a las víctimas de los daños ocasionados dentro del giro ordinario de la empresa.³⁷ Mientras tanto, según el criterio de riesgo creado, la imputación de la responsabilidad no está dada por el beneficio o provecho, sino por la actividad del hombre. De esta manera, quien cree cualquier riesgo, sin tener en cuenta si le reporta beneficio o no y consecuencia de ese riesgo produce un daño, asume la obligación de indemnizar a la víctima. En otras palabras, quien asume un riesgo cuando exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita. La asunción de riesgo de una actividad intrínsecamente peligrosa no

³⁷ Henri Mazeaud et al., *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil* (Europa-América, BuenosAires: ediciones Jurídicas, 1963), 87. Los autores, consideran que el término provecho en su sentido amplio se confunde con aquel de riesgo integral, porque en cualquier actividad que lleve a cabo el hombre, siempre va insito un provecho.

podría bajo ninguna circunstancia corresponder a la víctima ni a la sociedad, sino a los responsables de la misma.

Con estos antecedentes, el juez deberá resolver, tomando como punto de partida la conducta de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, caso fortuito, contaminación difusa, la intervención de un tercero o daños ocasionados como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción emanada de la autoridad pública (*casos de exclusión de responsabilidad contemplados en la Directiva 2004/35/CE y la LRM así como en la mayoría de los estatutos federales de EE.UU.: CERCLA, CWA, OPA, entre otros*). Por lo tanto, sería de interés también, abordar un estudio tanto desde el punto de vista técnico como desde la perspectiva jurídica, para encuadrar de una forma más precisa la consideración de estas explotaciones así como las medidas que permitan evitar posibles daños a los recursos naturales y en especial al suelo o que una vez hayan ocurrido se puedan lograr detenerlos o evitar que se produzcan más efectos graves y adversos sobre el ambiente.

De todo lo expuesto, consideramos que esta tesis doctoral viene a ser un texto dogmático jurídico ambiental que gira entorno al daño y a la responsabilidad ambiental. Para su desarrollo ha sido necesario estudiar y describir cómo la ciencia concibe al daño ambiental, los mecanismos de responsabilidad previstos para lograr una compensación “*in integrum*”, la posición doctrinaria y jurisprudencial actual así como los problemas que lo circundan. Sobre esta base, se dejarán sentados nuestros criterios personales.

En consecuencia, hemos dividido el trabajo en cinco partes o capítulos que pretenden resolver los interrogantes de orden jurídico-ambiental más trascendentales en relación directa con el “*daño*” y la responsabilidad ambiental. Las cuestiones claves que vamos a dilucidar en el primer capítulo convergen en el campo civil: *¿Qué debemos entender por daño?; ¿Por qué la estructura del instituto de responsabilidad civil extracontractual es obsoleto para responder ante un daño ambiental “ecológico puro”?; ¿Se podría lograr una reparación in natura mediante el mecanismo de responsabilidad civil?; ¿Es el suelo un recurso natural que merece especial atención por la titularidad público-privada que podría figurar?*

Paralelamente, hemos de confrontarlo con el daño ambiental propiamente dicho, para lo cual buscaremos solventar las dudas ligadas al “*qué*” es en verdad un daño ambiental; “*cuál/es*” bienes jurídicos son ambientales y cuáles están jurídicamente protegidos; “*cómo*” va a repararse este tipo de daños; y, “*quién*” es su responsable. De manera complementaria, en atención al sistema de responsabilidad ambiental instaurado por la Directiva 2004/35/CE y la LRM, se ha de pretender resolver además: *¿Cuáles son los daños merecedores de que el sistema de responsabilidad/reparación ambiental se active?; ¿Qué características debe reunir el daño según estos instrumentos para ser considerado como ambiental?; ¿Se podría lograr con ellos una reparación íntegra como lo determina la Constitución española?; ¿Hay dificultades que impidan alcanzar dicho objetivo?; ¿Cuál sería el mecanismo idóneo para lograrlo? ¿Sería idónea y eficaz la estructura de la Directiva 2004/35/CE y la LRM para resolver el caso Chevron - Texaco?*

Sobre la base de estos antecedentes e interrogantes que giran alrededor del daño ambiental, una vez resultos, en el segundo capítulo pretenderemos acercarnos a la actividad del “*fracking*”, en virtud de la cual la Amazonía ecuatoriana fue “*víctima*” de varios daños, debido a negligencia de la gran petrolera “*Chevron-Texaco*”.

Antes de analizar el instituto de responsabilidad ambiental en confrontis con el mecanismos de responsabilidad civil, hemos de lograr definir y determinar sus demás presupuestos, entre los cuales se destacan la causalidad y la identificación del sujeto responsable. Esto se plamará y describirá en el capítulos III. En efecto, al tratarse de un daño ambiental, la prueba del nexo causal resulta un elemento clave para activar el régimen de responsabilidad ambiental. Sin embargo, la determinar la relación de causalidad tiene un grado de dificultad que aumenta cuando concurren factores como los siguientes:

- a) Distancia entre la instalación contaminante y zona afectada;
- b) Multiplicidad de fuentes de emisión (*contaminación difusa o por sinergia*);
- c) El Tiempo transcurrido entre origen del daño y su manifestación (*daños históricos*); y,

- d) La duda científica que constantemente amenaza la prueba de causalidad.

La importancia de la determinación de la relación de causalidad se ve reflejada además, a partir del análisis de las causas que exigen de responsabilidad, pues condiciona la aplicación del régimen de responsabilidad ambiental, según la existencia o no de la relación causal. Una vez solucionado el problema de la prueba del nexo causal se debe proceder a “canalizar”³⁸ la responsabilidad en algún sujeto relacionado con la actividad, que en el caso que nos centramos correspondería a “Chevron-Texaco”, por la extracción de petróleo llevada a cabo en la Amazonía ecuatoriana, que de acuerdo con las pruebas aportadas en el juicio, ha causado varios daños ambientales. Sin embargo, en materia ambiental no resulta tan sencillo canalizar la responsabilidad en una determinada persona. Depende de cada legislación, el cómo llevar a cabo esta canalización: España por ejemplo, en el caso de la contaminación marina por hidrocarburos, la canaliza en “el transportista” y en general, cuando se ejerce el control de una actividad peligrosa en el conocido “Operador”.

Un poco complejo se vuelve el tema cuando se determina la existencia de más de un responsable, entonces aquí habrá que resolver también: *¿Quién debe responder por el daño ambiental?* Estaríamos frente a un caso de responsabilidad múltiple, donde existen posibilidades a las cuales ajustarse y que cada ordenamiento jurídico elegirá, bien al principio de “responsabilidad mancomunada”, en la que el responsable sólo debe indemnizar por la parte del daño que pueda realmente imputársele a su actividad concreta o se atenderá al principio de “responsabilidad solidaria”, en virtud de la cual, cada parte deberá responder por la totalidad de la reparación, sin perjuicio de su ulterior derecho a repetir frente al resto de responsables identificados, generándose aquí otros problemas de fondo: *¿Quién debe soportar el riesgo de insolvencia de alguno de los autores del daño? ¿Quién establecerá la cuota de responsabilidad de cada instalación en particular?*

Todas estas incógnitas las pretendemos resolver ya en el capítulo IV, tratando en específico sobre la responsabilidad ambiental.

³⁸ Blanca Lozano Cutanda, *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, (Ley 26/2007, de 23 de octubre)* (Navarra: Civitas, 2008), 132.

Previamente, también confrontaremos este mecanismo con el instituto clásico, con la finalidad de demostrar la ineficacia en cuanto al fin que persigue este último, ya que lo que busca es una indemnización monetaria, mientras que la primera limita o elimina esta opción, lo cual conlleva a que se afronte las dificultades prácticas de determinación y alcance de las medidas de reparación que obligan a plantearse mecanismos complementarios de financiación capaces de conseguir el objetivo principal de la reparación.

En el último capítulo, nos ocuparemos de la obligación reparadora, En concreto, *¿Cómo se va a reparar un daño ambiental y cuánto se va a reparar?* Para adoptar medidas de reparación frente a este tipo de daños, hay que primero delimitar el tipo de medidas que la legislación de responsabilidad ambiental materia de nuestro análisis consagra. Considerando que el principio “*Quien contamina repara*”, debería prevalecer, buscaremos dilucidar algunas cuestiones que surgen respecto de los niveles de reparación, pues no es lo mismo una reparación primaria, complementaria o compensatoria.

No obstante, la reparación del daño a los recursos naturales trae consigo la ardua determinación de la cuantificación económica del daño ambiental y la valoración del beneficio. Un tema sumamente polémico que gira en torno al método de valoración, es que muchas veces es posible valorar los recursos naturales o los servicios de recursos naturales perdidos pero no los servicios o recursos de reposición en un plazo o con costes razonables, a pesar de que la Autoridad pública pueda optar por medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al valor monetario aproximado de los recursos naturales o servicios de los recursos naturales perdidos.³⁹

La presente investigación se construye sobre la hipótesis de que la conducta que daña al ambiente trae como consecuencia una responsabilidad que difiere de la civil. Es netamente de tipo ambiental, cuya finalidad última es la reparación del daño más no la indemnización pecuniaria; característica primordial del régimen tradicional o clásico.

³⁹ *Ibíd.*, 9; 132 y ss.

Nuestro caso de estudio, el caso “*Chevron-Texaco*”, representa en concreto un daño ambiental producido a consecuencia de la ejecución de una actividad humana, el “*fracking*”. Dicha conducta implica que el mecanismo de responsabilidad ambiental se debe activar.

Si bien el daño ambiental producido por la petrolera estadounidense “*Chevron-Texaco*”, en la Amazonía ecuatoriana trae como consecuencia la afección a todo el colectivo de un país y por que no de la Humanidad, un grupo especial representado por quienes habitan ahí, esto es, las tribus indígenas (*incluso tribus vírgenes*) han resultado ser las directa y principalmente afectadas. El “*daño ecológico puro*”, tal como la mayoría de la doctrina lo concibe, implica un daño que recae únicamente sobre el ambiente en sí mismo considerado. No obstante, el grupo al que referimos, es de aquellos que viven en estado natural y dependen de la Naturaleza de un modo tan directo, que se han visto afectados de manera simultánea, lo cual los diferencia del resto de habitantes de tal manera que incluso nos induce a pensar que los instrumentos legales ambientales que estudiamos, estos son, la Directiva 2004/35/CE y la LRM no serían suficientes para resolver el caso. Los daños es cierto, han afectado el agua, el suelo, el aire, la flora y la fauna, incluso han recaído sobre algunas especies endémicas y únicas a nivel mundial, consideradas Patrimonio de la Humanidad, pero han trascendido a la vida de sus aborígenes, pues de la Naturaleza ellos subsisten y se desarrollan como seres humanos. No se trata tampoco entonces, de lo que la otra corriente dogmática ambiental concibe, de un “*daño ambiental personal*”, puesto que aquí importaría en mayor medida el daño “*tradicional*” más que el ambiental propiamente dicho.

El tipo de responsabilidad que los instrumentos jurídicos aludidos han instaurado es de tipo objetivo para aquellas actividades que son consideradas más peligrosas en comparación con otras. Hay una presunción legal respecto de ellas. No obstante, para cualquier otra actividad -*no incluida dentro de éstos*-, la responsabilidad podría ser de tipo subjetiva en cuanto a la adopción de las medidas reparadoras por parte del sujeto responsable. Si nos sujetamos a lo que la LRM determina, en la medida en que no haya intervenido elementos subjetivos (*dolo, culpa o negligencia*) en la conducta del agente contaminador, éste quedaría exento de la obligación reparadora.

“Chevron-Texaco”, ha alegado siempre “falta de regulación adecuada” en el Ecuador. Si nos ajustamos además, a los términos de los cuerpos legales ambientales referidos (*Directiva 2004/35/CE y la LRM*), serían causas eximentes de responsabilidad el haber “cumplido” una orden proveniente de un acto administrativo o haberse “ajustado” a lo que el título de Concesión rezaba. No obstante, nuestro propósito es demostrar que la responsabilidad ambiental por hecho lícito encuentra asidero jurídico en la doctrina del abuso del derecho,⁴⁰ en virtud de la cual, todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, deberá necesariamente ser sancionado y llevar a cabo la restauración del recurso dañado. De ahí, que el uso anormal o excesivo de un derecho no tiene que ser soportado por la colectividad y el límite del mismo es dado tanto por la normativa, como por la costumbre, o bien por el criterio de tolerancia normal.

⁴⁰ Vid., Diego Miranda Reyes, «hacia una delimitación del abuso del derecho a partir de sus fundamentos», *Actualidad jurídica (Uría&Menendez)* 47 (2017): 33-38. Acota el autor, que una nota característica del abuso del derecho, es que “*aquel toma la vestimenta de un proceder legítimo, que encuentra amparo en un derecho subjetivo, sin embargo, esa legitimidad es sólo aparente, desde que una aproximación más detenida nos permite apreciar la ilicitud en su obrar*”.

Los hechos probados en el caso chevron texaco:

La Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos (Sala única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos), luego de haber valorado la prueba en su conjunto, llegó a la conclusión de la existencia de los siguientes hechos:⁴¹

- Texaco Petroleum Company fue operadora designada por el Consorcio para todas las operaciones de la “*Concesión Napo*”.⁴²
- Se comprobó jurídicamente que la operación de la

⁴¹ Considerando noveno, a foja 92 y ss.

⁴² Ambas partes han coincidido en señalar las fechas, límites, y partes titulares de la concesión, las mismas que, en orden histórico, constan en los distintos Registros Oficiales, como son el Registro Oficial 186 del 21 de febrero de 1964, mediante el cual el Gobierno de Ecuador realizó una concesión de más de 1 millón de hectáreas a favor de la Texas Petroleum Company, quien cedió en el mismo acto sus derechos a Texaco Petróleos del Ecuador y Gulf Ecuatoriana de petróleo; el RO, 209 del 26 de junio de 1969, en el que se la redujo a 561.661 hectáreas; luego los RO, No. 362 y 370, de 3 y 16 de agosto de 1973, respectivamente, donde se firmaron nuevos contratos y se fijó el área en 497.301 hectáreas, que es el área que finalmente ha sido conocida como la Concesión Napo (*en esta sentencia referida únicamente como “La Concesión”*), que en primera instancia perteneció a un Consorcio formado entre Texaco Petróleos del Ecuador y Gulf Ecuatoriana de Petróleos; luego por las anteriores más CEPE, finalmente esta última absorberla la participación de Gulf, convirtiéndose en socia mayoritaria del consorcio. De este mismo modo, esta Corte pone especial atención en el hecho de que ha sido probado, mediante el Convenio Napa, celebrando entre Texaco y Gulf el 22 de octubre de 1965, que los concesionarios desde un inicio convinieron en delegar todas las operaciones a la compañía Texpet, subsidiaria de cuarto nivel de propiedad absoluta de Texaco Inc., quien fue en efecto quien ejecutó todas las operaciones del Consorcio, bajo vigilancia y control estatal, desde el inicio hasta el fin de sus operaciones. Del Convenio de Operaciones Conjuntas Napo se desprende que el operador era “... *el agente y contratista exclusivo de las partes*” y fue encargado por sus mandantes “*de llevar a cabo las obligaciones de trabajo de las partes...*”. En consecuencia, la actuación de Texaco Petroleum Company como lo responsable técnica y ejecutora de las operaciones del Consorcio y como encargado del “diseño, construcción, instalación y operación de la infraestructura y equipos necesarios para la exploración y explotación de petróleo” se realizó como Agente de los condueños o mandantes y con el consentimiento y aprobación previos de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, luego Petroecuador en su calidad de copartícipe del antedicho Consorcio.

Concesión estaba a cargo de Texpet (*era la responsable de las operaciones del Consorcio hasta 1990 según lo corroboraron los peritos designados*). La parte demandada a pesar de no negarlo, ha alegado que su actuación fue en calidad de mandante y bajo vigilancia de los socios (*de la sentencia se desprende que ésta arguía que “Petroecuador fue partícipe mayoritaria y como tal beneficiaria del Contrato de Concesión de 1973, que legalmente fue operado’ por Texaco Petroleum Company, (TEXPET) hasta el 30 de junio de 1990 y posteriormente por Petroecuador hasta el 6 de junio de 1992, fecha en la que terminó el contrato de Concesión de 1973 por cumplimiento de su plazo de vigencia”*).

- Respecto a la vigilancia y Control estatal, en cuanto a sus actos como mandataria o Agente, la Corte se remite al Contrato de 1973 (*cláusula 46.1*), en la cual se estableció que *“Los contratistas adoptarán las medidas convenientes para la protección de la flora, fauna y demás recursos naturales, así como también evitarán la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de la tierra, bajo el control de los organismos pertinentes del Estado”*. Recordó al efecto, que todo agente o mandatario está obligado a actuar con apego al mandato, y a las leyes vigentes, siendo responsable personalmente cuando sus actos exceden o contravienen los límites de su mandato (*artículos 2020 y 2035 del Código Civil ecuatoriano de esa época*),⁴³ de suerte que fuera la voluntad del comitente, expresada también en la citada cláusula 46.1 del contrato, la que debió prevalecer.
- **EXISTENCIA DE DAÑOS AMBIENTALES.**⁴⁴ La Corte, con base en la revisión de los diversos informes periciales y los análisis de laboratorio de las muestras tomadas por ellos (*por los peritos nombrados por la Corte pero insinuados por las partes y los designados por la Corte sin insinuación de parte*), ha demostrado que existen daños ambientales, cuyo origen está en las actividades de la explotación

⁴³ *“El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”*

⁴⁴ Determinados en el Considerando 9.2, a foja 94 y ss de la Sentencia.

petrolera llevadas a cabo durante la operación de la Concesión. La Corte no consideró las conclusiones de los informes periciales pues eran contradictorias entre ellas, aún a pesar de referirse a una misma realidad, razón por la cual prescindió de las apreciaciones personales de cada perito, sujetándose únicamente al contenido técnico de sus informes, construyendo su propio criterio, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

- En primer lugar definió lo que es el medio ambiente, y lo que consecuentemente podría entenderse como un daño al mismo. Según el *“Informe sobre Desarrollo Humano Ecuador 1999”*, que es prueba documental incorporada al expediente por pedido de la parte demandada, desde una perspectiva holística, consideró que *“el medio ambiente no es únicamente la flora y fauna y el escenario en que éstas se desenvuelven, sino que el medio ambiente ésta también constituido por las instituciones, las relaciones económicas, políticas y sociales, la cultura, entre otros valores que actúan entre los individuos y pobladores de la especie humana”*. A partir de aquí, consideró que el daño ambiental, en términos generales, es *“toda pérdida, disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales”*.⁴⁵
- En este juicio, se demandó la eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía el ambiente⁴⁶ y la salud de los habitantes, como la reparación de daños ambientales al amparo de lo que la LGA disponía, es decir, que *“Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez Competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos”* (artículo 43, primer inciso), lo cual era plenamente concordante con la perspectiva holística de la

⁴⁵ A foja 94 de la sentencia.

⁴⁶ Incluso hasta la actualidad.

definición construida de daño ambiental, y acorde a lo que establecía la Constitución Política de la República del Ecuador de 1984, vigente en esa época (*artículo 19.12, que garantizaba el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*). Sobre esta base, la Corte consideró que el daño ambiental debe ser considerado en toda su complejidad, atendiendo las distintas formas y derivaciones que éste puede tener en los componentes del ambiente, pues se entiende que éste no puede ser considerado aisladamente, sino en vinculaciones con otro derechos, como el de la salud.

- Los más de cien informes periciales permitieron al Juzgador determinar que existían distintos niveles de elementos contaminantes provenientes⁴⁷ de la industria hidrocarburífera en el área de la Concesión. La presencia de dichos elementos ayudaron a corroborar principalmente la existencia de daños en suelos, que son una parte integrante del ecosistema, pero podían potencialmente configurarse como daños a varios componentes del ambiente, pues dependiendo del nivel de peligrosidad de esos elementos y del nivel de exposición de las personas y el ecosistema a éstos, podrían suponer también un menoscabo en la salud humana, o a la flora y fauna locales. Es por ello, que la Corte consideró que los sitios en los que se pudieron constatar un impacto directo (*como los suelos alrededor de las piscinas y algunos recursos hídricos*) no representaban un único bien jurídico dañado, sino que el daño frecuentemente alcanzó a otros bienes del ecosistema, como la flora y fauna, y a distintos aspectos de la sociedad que depende de él hasta hoy.

- Consideró que los daños ambientales objeto de este juicio no son únicamente los que se causaron por un impacto directo al ecosistema, sino que por su naturaleza este tipo de daños abarca también todos los que son consecuencia directa del impacto ambiental (*en los informes periciales se reportó la presencia de distintas concentraciones de hidrocarburos y/o de productos utilizados durante la perforación o*

⁴⁷ 93-95.

acondicionamiento de los pozos petroleros).

- La Presidencia utilizó los límites máximos permisibles establecidos en la legislación ecuatoriana vigente, únicamente como parámetro de referencia para conocer el estado real del área de la Concesión Napo, y no para realizar el cumplimiento de dicha normativa por parte de la demandada, pues por principio de retroactividad esas normas no podían ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Sin embargo, en virtud de que existían disposiciones legales vigentes y aplicables *herga homines* en el periodo de operaciones de Texpet, se considera que estaba prohibido eliminar hacia el alre, el suelo, o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud (*Art 12 Código de Salud, R.O, No, 158, de 8 de febrero de 1971*). En materia petrolera estaba vigente Ley de Hidrocarburos publicada en Registro Oficial No. 322 del 1 de octubre de 1971, que con total claridad imponía la obligación de *“Adoptar las medidas necesarias para protección de flora y fauna y demás recursos naturales”*, y *“Evitar la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de las tierras”* (artículo 29.s y t); disposiciones similares a las que constaban en la posterior codificación de la Ley de Hidrocarburos, publicada en Registro Oficial No. 616 del 14 de agosto de 1974 (*artículo 30, literales.s y t*), y en el Registro Oficial No. 711, del 15 de noviembre de 1978 (*artículo 31.s y t*), siendo una constante en la legislación hidrocarburífera vigente en el Ecuador. Por norma reglamentaria también se establecieron normas a ser consideradas en materia petrolera donde era obligación de la demandada *“Tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligros a personas, propiedades, recursos naturales y a sitios de interés arqueológico, religioso o turístico”* (*artículo 41 del Reglamento de hidrocarburos, en Decreto Supremo 1185, publicado en el Registro Oficial 530 del 9 de abril de 1974*), mientras que contractualmente estaban vinculados por la cláusula 46.1, que establecía que *“Los contratistas adoptarán las medidas convenientes para la protección de la flora, fauna y demás recursos naturales;*

*así como también evitarán la contaminación de las aguas, de la atmósfera y de la tierra bajo el control de los organismos pertinentes del Estado”.*⁴⁸

- Consideró la Corte, que los derechos de la demandada quedaron limitados en el RO. No. 186, de 21 de febrero de 1964, en la cláusula Décima, en la cual se establecía que *“La concesionaria tiene derecho, para los efectos de este contrato, de usar los terrenos..., así como de las aguas, maderas y otros materiales de construcción que allí estuvieren, para destinarlos a la exploración, explotación y desenvolvimiento de su concesión, sin privar a los pueblos del caudal de aguas que les fuere indispensable para sus menesteres domésticos y regadíos, ni dificultar en lo mínimo la navegación, ni quitar a las aguas sus cualidades de potabilidad y pureza, ni obstar la pesca”*. De este modo, estableció que la demanda tenía la obligación de prever y evitar la presencia de productos peligrosos para la salud y/o el ecosistema, utilizados durante la explotación petrolera en sitios operados por Texpet, por lo que la presencia de este tipo de sustancias que puedan poner en peligro la vida y/o la salud de las personas y/o afectar el desarrollo de la flora y fauna, a más de revelar la existencia de infracciones a las normas mencionadas, constituye prueba de un daño jurídico, que como tal apareja la obligación de ser reparado. Aunque, la Corte también dejó constancia de que muchos de estos compuestos (*bario, cadmio, plomo, cromo, etc.*) se encuentran de forma natural en el ambiente e incluso son imprescindibles para el desarrollo de la vida biológica, pero si sobrepasan ciertos límites, pueden ser peligrosos. Así por ejemplo, tal como lo expuso, el cromo hexavalente está sujeto a límites muy estrictos a nivel mundial, pues es un agente corrosivo para los tejidos y un carcinogénico conocido.

- En el caso de Cromo VI, en criterio de esta Corte toda cantidad que supere lo que encontramos de forma natural en el medio ambiente debe ser removida por la peligrosidad que representa, por lo que, aunque su vertimiento no se

⁴⁸ A foja 96-97.

encontraba regulado por la Leyes vigentes de la época, ni el Cromo VI haya sido considerado por la “*Evaluación de Normas Internacionales Aplicables para los Cierres de las Piscinas de los Campos Petroleros, 1994-1998*” (documento alegado por Chevron), por criterio elemental de justicia, legalidad, decencia y respeto a la vida humana, entendió que por ser éste un carcinogénico conocido es una sustancia peligrosa cuyo manejo debió cuidar la demandada por mandato de las disposiciones legales vigentes, de tal manera que cualquier vertimiento de esa sustancia que pueda poner en peligro a las personas o al ecosistema generó la obligación de reparar esta situación, independientemente de que el producto que causa tal riesgo se encuentre o no regulado por la nonnativa vigente en la época.

- La parte demandada había argüido que “...la Ley de Hidrocarburos del año 71 establecía que en la operación petrolera se cuidará la flora y la fauna, eso para tener una ejecución debe desarrollarse en Leyes, en Reglamentos, en parámetros [...]”. La Corte no le atribuyó valor por ser contraria a derecho, por cuanto las Leyes estaban para cumplirse, siendo el principio de legalidad un pilar donde se asienta la Administración de Justicia, más allá de cualquier argumentación irreverente que pretenda quitarle valor a la legislación, ya sea por convicción o por conveniencia. De este modo, estableció que la falta de reglamentos o parámetros que regulen los vertimientos de Cromo VI al ambiente, no significaba de modo alguno una autorización implícita para verter esta sustancia peligrosa al ambiente.
- El Administrador de Justicia realizó un exhaustivo y complicado estudio de los resultados de los análisis⁴⁹ de laboratorio (sin que se trate de un simple proceso matemático ni una evaluación contable, sino de una evaluación estadística, de manera que el resultado depende

⁴⁹ Los peritos insinuados por Chevron aportaron 50939 resultados de 2371 muestras, y los peritos insinuados por los demandantes, aportaron 6239 resultados de 466 y los peritos nombrados por la Corte sin insinuación de parte aportaron 2166 resultados de 178 muestras, generando un total de 2311 muestras. A esto debe añadir que existieron otros resultados pero aplicables a cuestiones específicas que la Corte consideró. Véase más a fojas 99.

de la que represente la muestra, aún con cierto grado de error, pues lo que en realidad interesa en esta clase de estudios es que se conozcan todos los elementos del universo muestreado, y que todos estos elementos tengan la posibilidad real de ser incluidos en la muestra), con el fin de indagar la verdad del caso, los cuales denotan la magnitud del caso. De esta manera, considerando la existencia de cierto número de pozos, estaciones y piscinas que fueron diseñados, construidos y operados por Texpet, en conjunto con la cantidad o muestra de los sitios inspeccionados, y los resultados de tales inspecciones, consideró que las muestras válidas del expediente eran representativas del estado del área de concesión.

- *Comenzó el análisis de los resultados de las muestras tomadas en campo, haciendo una apreciación general de los resultados presentados para Hidrocarburos Totales de Petróleo (TPHs). La demandada alegaba que el TPH no es un buen indicador de riesgo, porque no mide la toxicidad ni el riesgo de salud, porque los hidrocarburos se encuentran en la naturaleza (por ejemplo en el pasto con 14 mg/kg, las hojas secas de roble con 18.00 mg/kg, en la acículas de pino con 16.000 mg/kg; y muchos productos no tóxicos que son derivados del petróleo y utilizados por el hombre como el aceite para bebés que tiene 865.680 mg/kg de TPH; la vaselina tiene 749.000 mg/kg). Sin embargo, la Corte, acogiendo las conclusiones de un dictamen pericial insnuado por la parte demandate, indicaba que “los análisis realizados en el tejido de pescado determinaron la presencia de hidrocarburos totales en los peces en valores muy por encima de los máximos permitidos en agua, lo cual al no existir en nuestro país referencia o norma que indique o determine la cantidad máxima en que pueden estar presentes antes de causar problemas a los peces y por ende a la salud de quienes lo consumen, tomamos como referencia los valores permisibles para el agua, y desde este punto podemos manifestar que existe contaminación por hidrocarburos; lo cual podría convertirse en un problema alimenticio de seguirse dando. La agencia para Sustancia Tóxica y el Registro de Enfermedades, ATSDR de los EEUU, indica que estos productos son altamente nocivos*

para la salud y son el resultado de una mezcla de diferentes productos derivados del petróleo como tal (gasolina, aceites lubricantes, grasas, breas, etc.), por lo que la presencia de hidrocarburos totales en los pescados son el resultado de las actividades petroleras que se dan en la zona". Así también, otro perito insinuado por esta parte procesal, dejó constancia en su informe de Sacha 10 que *"Algunos de los compuestos de los TPHs pueden afectar el sistema nervioso"*, y en que *"un compuesto TPH (benceno) es carcinogénico en seres humanos"*. La Corte decidió que lo más adecuado es que los TPHs sean considerados en conjunto con las demás evidencias, porque aunque no fuesen indicadores precisos de riesgo para la salud, son buenos indicadores del estado del ambiente ante impactos de hidrocarburos. No obstante, dejó sentado que para identificar posibles amenazas a la salud, se ha de monitorear la presencia de otros elementos.

- En consideración a la presencia de impactos por hidrocarburos analizó el alcance o la extensión de dicha contaminación en los suelos dentro del área de la concesión, advirtiendo que no se puede entender que todos los suelos del área de la concesión están contaminados, sino que las muestras son representativas de los lugares donde fueron tomadas. De las 54 inspecciones judiciales realizadas en sitios operados por Texpet, consideró adecuado analizar la posibilidad de extrapolar estos datos para las demás instalaciones operadas por Texpet pero que no han sido inspeccionadas en el juicio, es decir, los resultados de las muestras de los sitios analizadas en las inspecciones judiciales no son prueba directa de sitios no inspeccionados, sino que la cantidad de sitios inspeccionados conllevan a considerarlos una muestra representativa del universo de sitios operados por Texpet, de modo que los resultados de los sitios inspeccionados podrían ser extrapolados, idea que es fortalecida en gran medida por la similitud de los resultados en las inspecciones practicadas *(la parte demandada ha reconocido la extrapolación como un sistema válido para llegar a conclusiones con base en una*

muestra).⁵⁰

- La Corte, más allá de la presencia de TPHs, que aunque sean un indicador de presencia de hidrocarburos en el área descrita, podrían no ser buenos para demostrar riesgos a la salud, llevó a cabo un análisis de los elementos peligrosos que deben ser monitoreados y eventualmente eliminados, como el benceno, tolueno, los HAPs y metales pesados y/o agentes anticorrosivos que fueron utilizados en la perforación de los pozos, como el cromo VI, el bario, o el mercurio, que son elementos de la preocupación para la salud (*la peligrosidad de estos elementos viene demostrada principalmente en los informes de los peritos insinuados por los demandantes*).

- La Corte con el fin de establecer la peligrosidad de los elementos reportados en las inspecciones judiciales en referencia a los resultados de las muestras (*obtenidas por los peritos de ambas partes*) constató de manera resumida que:⁵¹
 - a) El benceno es soluble en agua y a pesar de que puede ser encontrado de modo natural en el ambiente, es el agente carcinogénico más poderoso de aquellos evaluados en esta sentencia.⁵² Constató la presencia de benceno en los suelos de la concesión, entre 0.056 y 18 mg/kg (*de al menos 14 resultados*); Sacha Norte

⁵⁰ En criterio de esta la Corte, los informes periciales presentados por los peritos que han actuado en las inspecciones judiciales en los sitios operados por Texpet, constituyeron una muestra razonablemente representativa del universo de los sitios operados por Texpet cuando tenían a su cargo la concesión, siendo una muestra de la que se pueden extrapolar los resultados. De este modo, la Corte estableció que no se necesitaba inspeccionar cada hectárea de la Concesión ni cada sitio que haya sido operado por la demandada, sino que sobre la base de los resultados obtenidos en un número representativo de todos los sitios operados por aquella, era capaz de deducir los resultados previsibles en los demás sitios no considerados en las muestras. Véase más, a fojas 106.

⁵¹ Para profundizar más sobre estos resultados, veáse desde fojas 107 y ss. de la Sentencia.

⁵² Reconocido como tal por el IARC, la EPA y el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. Ver más a fojas 107 y ss.

2 y Sacha 13, presentaron de manera alarmante 18 y 17 mg/kg. En Shushufindi Suroeste y otra en Sacha 51, con 5 y 1 mg/kg, se demostró también una presencia inusual de este agente peligroso para la salud.

- b)** El tolueno es encontrado de manera natural en el petróleo crudo y es soluble en agua. Este elemento está asociado a problemas reproductivos y otros defectos en el desarrollo, por lo que la presencia de al menos 10 resultados que demuestran que los suelos están contaminados con cantidades entre 0.12 y 97 mg/kg refleja el impacto sufrido por los suelos y un potencial riesgo para la salud. *(Muchas muestras con resultados que representan contaminación por este agente son aportadas por los peritos insinuados por la parte demandada).*
- c)** Los Haps, que son también un potencial carcinogénico, pueden penetrar profundamente en los suelos, especialmente si hay contactos prolongados como lo sería en piscinas de reposo, haciendo que el suelo y el agua subterránea cercana se encuentren en peligro de ser contaminadas, resaltó la presencia de 54 resultados entre los 1.1 y 3142 mg/kg *(la Corte se basó en las muestras tomadas por peritos insinuados por la parte demandante, ya que los peritos insinuados por la parte demandada no analizaron este compuesto).*
- d)** El mercurio también ha sido considerado como un posible agente carcinogénico humano por la EPA. Existen múltiples estudios que demuestran los efectos de su exposición, siendo lo más preocupante, los daños, permanentes al cerebro y riñones, por lo que alertó a esta Corte los niveles alarmantes en los suelos del ecosistema de la concesión, principalmente en los campos de Sacha, Shushufindi y Lago Agrío, encontrando

muestras que llegaban a los 7mg/kg.

- e) El plomo que también es encontrado de forma natural en la tierra pero goza de la fama de ser perjudicial en la salud, reflejada por ejemplo en las crecientes restricciones para el uso de gasolina con plomo alrededor del mundo, basadas en preocupaciones por la salud, principalmente en disminuciones de la capacidad cognitiva, además de que es considerado como razonablemente presumible como agente carcinogénico humano. Las muestras de suelo yagua tomadas durante las inspecciones judiciales han indicado niveles excesivos de este agente químico que puede plantear riesgos de salud para las poblaciones locales. Los niveles de plomo en el suelo son mucho más elevados de lo normal, lo que contribuyó a corroborar que el envenenamiento con plomo es un riesgo real. *(Shushufindi 25 alcanzó los 294 mg/kg; los pozos Cononaco 6 y Shushufindi 13, reportaron 98.8 y 98.6 mg/kg, según denotan algunas de las muestras tomadas por peritos insinuados por Chevron y los demandantes).*

- f) En cuanto al cadmio, se atiende a que éste puede irritar gravemente el estómago y la vías respiratorias. Existe un consenso científico acerca de que el cadmio es un carcinogénico humano, por lo que son peligrosos los 151 resultados entre 1.003 y 315.79 mg/kg., de las muestras recolectadas.

- g) Con respecto al cromo VI, la Corte obtuvo 108 resultados entre 0.42 y 87 mg/kg. La Organización Mundial de la Salud, la Agencia Internacional para la investigación del cancer IARC y la Agencia de Protección ambiental (EPA) de los EE.UU., han determinado que este elemento es un conocido agente cancerígeno para los seres humanos. Sacha 13, contiene

niveles alarmantes de Cromo VI: 32.18 y 13.44 Mg/kg; el pozo Cononaco 6, 87 mg/kg. También en Shushufindi, en el campo Aguarico, Lago Agrio, en el pozo Lago Agrio 6 y Guanta, se constató la presencia de Cromo VI en niveles peligrosos para la salud (*al rededor de 1.11mg/kg*).

- h)** Varios compuestos de bario son insolubles en el agua y pueden causar efectos dañinos en la salud e incluso cáncer, aunque el bario no está específicamente clasificado por su carcinogenicidad por la IARC ni por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU. La Corte determinó que esto no significa que esté clasificado como un material inofensivo para la salud, de manera que ante el potencial daño que causaría y ante la falta de estudios creyó conveniente considerar que resultan peligrosos la gran cantidad resultados que superan los 751 mg/kg, y alcancen los 10100 mg/kg, siendo su presencia la más reportada para todos los campos, y por los peritos que han sido insinuados por los demandantes y por Chevron.
- En cuanto a los resultados de las muestras obtenidas en agua (*más allá de que el nivel de contaminación que presentan las fuentes de agua superficiales pueden variar dependiendo el sitio y método de muestreo*), en relación con la prohibición de contaminar las aguas de manera que afecte a la salud humana o el desarrollo de la flora y fauna (*artículo 22 de la Ley de Aguas, publicada en Registro Oficial No. 69, del 30 mayo de 1972*), y la obligación legal de proteger las fuentes o cuencas hidrográficas que sirven para el abastecimiento de agua, (*Código de Salud, artículo 16*), la Corte econtró en el expediente resultados preocupantes de TPHs y otros elementos en las muestras de los peritos insinuados por los demandantes y en la de los peritos de la Corte (*los peritos insinuados por Chevron presentaron resultados inferiores para varios elementos, y en algunos casos no presentaron resultados para otros*).

- Se dejó constancia de la publicación de una carta que el representante legal de Texaco Petroleum Company, Rodrigo Pérez Pallarez, dirigió al presidente de una revista de gran circulación en el Ecuador (*Revista Vistazo*) señor Xavier Alvarado Roca, en la que declaraba y reconocía que en el Ecuador se vertieron 15.834 millones de galones entre los años 1972 y 1990, durante todo el periodo de operación del Consorcio por Texaco.⁵³ Ante dicha declaración pública, resultó cierta la existencia de un vertimiento considerable de aguas de formación al ecosistema del área de la Concesión, de lo cual fue inevitable determinar que se causó un impacto en las aguas superficiales *-de consumo humano-* como consecuencia de dicho vertimiento.⁵⁴ Se concluyó que se vertieron al menos diez y seis mil millones de galones de aguas de formación durante las operaciones de Texpet a las aguas superficiales de consumo humano. Además, las aguas subterráneas también estaban contaminadas con desechos hidrocarbúricos que imposibilitaban su uso por las graves consecuencias a la salud de las personas que hacían uso de este recurso. La Corte para encontrar la verdad procesal sobre la contaminación a las aguas subterráneas, consideró no sólo la presencia de contaminación en las muestras sino recurrió a inspecciones judiciales para determinar que existían filtraciones “*desde las piscinas al entorno*”, estableciendo que efectivamente existían y que podrían afectar estas aguas. Uno de los principales focos de contaminación también determinado por la Corte, fue el vertimiento de las aguas servidas.⁵⁵

En definitiva, se demostró la presencia peligrosa de todos estos agentes contaminantes y la inminente necesidad de removerlo del suelo y agua del área de la Concesión por sobrepasar cualquier criterio razonable.

⁵³ Vid., a fojas 113.

⁵⁴ Considerando que el agua de formación contiene solventes de hidrocarburos, como Btex (*el benceno, el tolueno ethylbenzene y xileno*), HAPs (*los hidrocarburos policíclicos*) y TPHs (*los hidrocarburos totales de petróleo*), debido a su peligrosidad para la salud de las personas; el daño y el riesgo resultan evidentes. Fojas 113.

⁵⁵ Para profundizar sobre la contaminación a las aguas, vid., a fojas 113-125.

- **OTRO TIPO DE DAÑOS.** Los daños ambientales descritos anteriormente, atribuibles a las actividades de la demandada presentaron otras consecuencias graves, puesto que se el ecosistema donde “vivían” algunos grupos humanos se vio afectado, cuya integralidad cultural está firmemente asociada con la salud del territorio. En efecto la degradación ambiental puede llegar a amenazar la existencia misma de un grupo. Los demandantes, alegaron al menos dos de los impactos que los habitantes de la Amazonía - *seres humanos*- sufrieron:⁵⁶
 - a) Efectos adversos para la salud, incluyendo elevadas tasas de cáncer, abortos espontáneos, alta mortalidad infantil, y malformaciones genéticas.
 - b) Impactos en comunidades indígenas, incluyendo desplazamiento de sus territorios ancestrales, y pérdidas de su identidad e integridad culturales.

En cuanto al primero, la Corte se remitió a la definición dada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el cual determinó que la salud se trata de “*Un derecho humano fundamentalmente e indispensablemente para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derechos al disfrute del mas alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*” (Observación General No14, Asamblea General 2000),⁵⁷ por lo que entendió que la salud es un componente necesario del derecho a la vida, de manera que “*atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra sus vidas*”. Destacó que la vigencia de este derecho humano fundamental iba más allá de los argumento expuestos por las partes procesales, pues este derecho tiene un amplio desarrollo en los distintos instrumentos internacionales.⁵⁸ La Corte reconoció que el derecho a la salud está

⁵⁶ Para profundizar sobre estos diversos daños, ver Considerando 9.3 de la Sentencia, a fojas 125 y ss.

⁵⁷ Citado en la sentencia a foja 126.

⁵⁸ La Corte nombró entre los vigentes en la época, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que determinaba que el derecho a la salud es el “*derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*” (párrafo 1 del artículo 12). La Declaración Universal de Derechos humanos, afirmaba que “*toda persona tiene derecho a un nivel de vida*

vinculado de manera especial al derecho a la dignidad humana, a la no discriminación y a la igualdad, pues todos estos son componentes integrales del mismo.

De los documentos que utilizó la Corte para evaluar los posibles efectos adversos a la salud humana causados por la contaminación reportada en el área de la concesión, entre ellos, indicadores estadísticos, declaraciones/entrevistas de la gente de la zona, confesiones judiciales, testigos, denotan un profundo convencimiento respecto a la contaminación de las aguas, y ésta como la causa de sus afecciones de salud. Sin embargo, la Corte reconoció que todas estas declaraciones no podían ser prueba fehaciente e incontrovertible de que en realidad existe una afectación en la salud de los ciudadanos, sin embargo no se les podía restar todo valor debido a la impresionante coincidencia entre los hechos descritos en todas las declaraciones, sin que exista un solo testimonio o declaración que manifestase lo contrario. Incluso, ni los expertos que habían participado en el juicio conocía de cerca la realidad histórica mejor que quienes han vivido ahí, por lo que las declaraciones fueron consideradas dándoles el valor que merecen y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en conjunto con las demás evidencias presentadas por las partes. La Corte analizó también las posibles formas de exposición de las personas a la contaminación ambiental reportada. La ingestión, la inhalación, y el contacto directo, se mencionaron como las principales formas de exposición (*mecanismos de exposición descritos tanto por los peritos como por ciudadanos del área, corroborado al analizar las declaraciones recibidas durante las inspecciones judiciales*).

En cuanto a los impactos a las comunidades indígenas, ya que estos

adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (párrafo 1 del artículo 25). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, también reconocía el derecho a la salud (*inciso IV del apartado del artículo 5*). De manera idéntica, lo hacía la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (*apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12*). De igual manera, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 (*artículo 24*). En materia regional, la Corte observó lo que determinaba el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (*artículo 10*).

grupos humanos dependían de la caza y la pesca, los impactos sufridos por el ecosistema los afectaba directamente. La Corte consideró que la disminución en la caza y pesca de la que dependían dichas comunidades, aunque afectaba su alimentación y por ende su derecho a la salud y a la vida, misma, resultaba ser el resultado de los impactos sufridos por la flora y fauna, por lo que era necesario reparar el daño ambiental causado a aquellas para así restaurar su fuente de subsistencia y recuperar su alimentación tradicional, buscando de esta manera resarcir este impacto. En cambio, en cuanto a las pérdidas de animales y cultivos domésticos sufridos por los ciudadanos que declararon durante las inspecciones judiciales, la Corte puntualizó que no se demandó puntualmente la reparación de tales daños, es decir, no se exigió una indemnización, sino que de todas las declaraciones obtenidas, por ser concordantes entre ellas, contribuyeron a fortalecer el criterio en el juzgador en cuanto a la realidad de la situación descrita. Reconoció, que este hecho, sin duda, también pudo haber afectado su derecho a la alimentación y consecuentemente su derecho a la vida,⁵⁹ y luego de analizarlo concluyó que la exposición de los animales salvajes, domésticos y de cultivo a sustancias provenientes de la industria petrolera los afectaba perjudicialmente, en detrimento de la propia capacidad y calidad de alimentación de las personas, el cual es un derecho necesario para el desarrollo integral de la persona así como para la conservación de sus facultades físicas y mentales.

Además, consideró que la *“pérdida de tierras”* (alegada por los demandantes) no podía encasillarse como un daño ambiental, porque no era un impacto sufrido por el ambiente o alguno de sus componentes, sino que de existir un daño éste se constituía en un detrimento patrimonial. De este modo, la Corte determinó que no se demostró una propiedad previa de las tierras. El reconocimiento de la propiedad ancestral de las tierras surgió posteriormente a los hechos que originaron este juicio, lo que a la fecha en que se vieron forzados a abandonar sus tierras no tenían ningún derecho de propiedad reconocido sobre esas tierras, de manera que legalmente no pudieron perderlas. Sin embargo, al haberse demostrado el desplazamiento al que las comunidades aborígenes que habitaban en

⁵⁹ Para profundizar más sobre la afección al grupo humano indígena y las declaraciones obtenidas durante las inspecciones judiciales, véase fojas 147-152 de la Sentencia.

el área de la Concesión se vieron forzadas, la Corte determinó que esto vendría a ser otro de los elementos que influenció en el impacto cultural, especialmente *“porque se trataba de grupos humanos cuya existencia se hallaba íntimamente ligada a su entorno natural”*.⁶⁰ Las principales razones para este desplazamiento fueron el impacto sufrido por tierras y ríos, el ruido y la contaminación, ya que cambiaban la configuración del ecosistema del que dependían sus instituciones culturales, obligándolos a moverse de forma inevitable, a cambiar y/o adaptarse a la nueva situación.

Si bien los demandantes alegaron la existencia de otros elementos que impactaron culturalmente a los pueblos aborígenes, atribuyendo responsabilidad a la misma interacción cultural entre los trabajadores petroleros y las comunidades, la Corte estableció que dicha interacción, aunque haya tenido un impacto en las culturas de los pueblos indígenas, no era un impacto ambiental, porque *“no se trata de una acción humana que causó daño o menoscabo en el ambiente ni en ninguno de sus componentes, sino personas que influyen directamente en otras personas”*.⁶¹ Por lo tanto, consideró que el único impacto sufrido por dichos pueblos que podría considerarse como daño ambiental, es el daño cultural provocado por el desplazamiento forzado debido principalmente al impacto sufrido por tierras y por ríos y por la disminución de las especies que servían para la casa y la pesca tradicionales, lo que los ha obligado a modificar sus costumbres. Recurrió al Código Civil, para recordar a las partes que está obligado a la indemnización quien hizo el daño y sus herederos (*artículo 2216*). Es así, como la Corte resolvió el caso *“Chevron-Texaco”*, sobre el fundamento de la responsabilidad civil de la acción (*objetiva, sin culpa*) del demandado y los daños jurídicos demostrados en el expediente.

⁶⁰ A fojas 153 de la Sentencia.

⁶¹ A fojas 154 de la Sentencia. Hemos de precisar aquí, que hemos procedido a hacer correcciones de forma, pues el texto original de la sentencia presenta ciertos errores tipográficos que pueden inducir a error.

Sinopsis de los daños provocados en el caso “Chevron- Texaco”

La extracción hidrocarburífera, operada por la compañía estadounidense Chevron-Texaco, trajo consigo importantes daños en la Amazonía ecuatoriana. Texaco operaba de la siguiente manera: Alrededor de la plataforma abría directamente en el suelo grandes fosas *-piscinas-*, sobre el cual se vertía el petróleo de prueba, los lodos de perforación y las aguas de formación. Eran excavaciones sin ningún tipo de impermeabilización, es decir, de recubrimiento o material que impidiera que el crudo se filtrara; en definitiva, sin consideración ambiental alguna. Operativamente, la compañía siempre utilizó las mismas técnicas que en aquella época ya eran consideradas obsoletas e incluso prohibidas, particularmente, en los EE.UU.⁶²

Los daños y perjuicios que el desempeño de su actividad trajo consigo, fueron bastante alarmantes. De lo que de la sentencia se puede colegir, por efecto de las pruebas aportadas durante el proceso y aceptadas por la Corte, podríamos desglosar algunos de ellos. Bienes (*artificiales -propiedades- y naturales -recursos naturales-*), derechos *-como el de la salud (presencia de enfermedades muy graves como leucemia, cáncer) y la vida misma (muertes de varias personas)-*, impactos sociales y culturales en las comunidades indígenas (*generó su desplazamiento*), algunas actividades particulares de los indígenas y agricultores sufrieron sus consecuencias (*la caza, la pesca, el cultivo y la cosecha de frutos*), sin dejar de lado además, las actividades cotidianas que estas comunidades llevan a cabo dependiendo de la propia naturaleza, como el bañarse y poder beber agua pura de sus fuentes naturales (*como ríos, arroyos*), afectando gravemente también la capacidad de reproducción (*presencia de varios abortos*), entre otros.⁶³

⁶² Extraído de los hechos probados en el juicio. Cf. SSUCPS.

⁶³ El caso “Chevron-Texaco” ha sido de tal magnitud e impacto, que incluso salió a la luz en muchos diarios a nivel mundial. Por citar un ejemplo, en España, vid., Diario El País, <http://www.alterinfos.org/spip.php?article6972>; https://elpais.com/internacional/2013/11/13/actualidad/1384314753_768174.html

Ilustración núm. 1: Daños en el Caso “Chevron - Texaco”:



Por un lado, aparecen los daños que la petrolera causó; y, por otro lado, están presentes los gastos o recursos económicos obligados a incurrir y a destinarlos para afrontar la reparación de todas las consecuencias negativas que provocó el mal obrar de aquella, derivadas de tan “*magno y prestigioso*” proceso. El “*Fracking*”. Ambos factores, se convirtieron en el móvil que alentó a los afectados de las provincias de Orellana y Sucumbíos a actuar. Dejamos sentado, que no hubo una acción individual-estatal; lo que se interpuso, fue una acción colectiva, planteada por la Asamblea constituida por quienes se vieron afectados en la Amazonía ecuatoriana -*las comunidades indígenas*-.

El relato de los hechos del caso “*Chevron-Texaco*”, así como las pretensiones de las comunidades indígenas, ponen de relieve el punto central del conflicto. Un “*daño ecológico puro*” a toda voz. Todos los daños que se buscaron reparar fueron los que activaron el mecanismo de la responsabilidad civil, ya que ni los demandantes ni la Corte ecuatoriana disponían de instrumentos jurídicos que garanticen la responsabilidad ambiental, como la Directiva

2004/35/CE y la LRM en el ámbito europeo/español y lejos de estar estructurados como CERCLA u OPA en los EE.UU.

Pretenciones de la demanda:

De la demanda presentada por los miembros de las comunidades afectadas en contra de “*Chevron Texaco Corporation*”, luego “*Chevron Corporation*” (23 de agosto de 2005), las pretensiones interpuestas,⁶⁴ exhiben cuáles los recursos naturales afectados y los derechos vulnerados, las cuales fueron sustentadas de la siguiente manera:

1. La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazaban al ambiente y a la salud de los habitantes. Solicitaban que la sentencia disponga: a) La remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes existentes en las piscinas o fosas abiertas por TEXACO; b) El saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho; c) La remoción de todos los elementos de estructura y maquinaria que sobresalen del suelo en los pozos estaciones y subestaciones cerrados, clausurados o abandonados, así como los duetos, tuberías, tomas y otros elementos semejantes relacionados con tales pozos; y, d) La limpieza de los terrenos, plantaciones, cultivos, calles, caminos y edificaciones en los cuales existían residuos contaminantes inclusive los depósitos para desechos contaminantes construidos como parte de las tareas de limpieza ambiental.

2. La reparación de los daños ambientales causados, conforme lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, buscando que se ordene: a) La ejecución en las piscinas abiertas por TEXACO de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio circulante tuvieron antes de sufrir los daños; b) La contratación de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de recuperación de la fauna y flora nativas; c) La contratación de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan para la regeneración de la

⁶⁴ Véase, SSUCPS, fojas 1-3.

vida acuática; d) La contratación de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación. Los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya ejecución se demanda, en la cuantía que se determine pericialmente conforme lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, deberán ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonia, para que, con el concurso y asesoramiento de instituciones internacionales especializadas, los aplique exclusivamente a los fines determinados en la sentencia;

3. El pago del diez por ciento del valor que represente el monto de las reparaciones, al que se refiere el inciso segundo del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental; así como el pago de las costas judiciales de la acción y lo que valgan el tiempo y diligencias empleados en ella, según lo previsto por el artículo 2261 del Código Civil. Lo que por estos conceptos se ordene pagar, deberá también entregarse, por expreso pedido de los demandantes, al Frente de Defensa de la Amazonía.

1. CAPÍTULO I: “DAÑO CIVIL” VS “DAÑO AMBIENTAL”

1.1 El “daño clásico/tradicional”. Conceptualización.

El hombre se desarrolla dentro de una sociedad, en reconocimiento de que por naturaleza es un ser social. Las estrechas y constantes relaciones interpersonales que se desarrollan y emanan dentro de aquella, surgen con una finalidad: la satisfacción de necesidades humanas. Cada actor, integrante de los diferentes grupos humanos o sociales, desempeña un rol que desencadena constantes vínculos con los demás seres humanos, los cuales giran entorno a diversos ámbitos como el económico, político, cultural, religioso, educativo, entre otros. Nace entonces, la necesidad e importancia de relacionarse unos con otros; vivir en armonía, sin alterar el orden social.

Ulpiano,⁶⁵ uno de los juristas romanos más trascendentales a lo largo de la historia, ya dejó sentado en el Digesto, tres solemnes máximas, el “*tria iuris praecepta*”: “*Honeste vivere*”, “*Alterum non laedere*”, y “*suum cuique tribuere*” (*Vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo*). Todas ellas estuvieron recogidas en la *Lex Aquilia* romana, identificada por la ausencia de un carácter sancionatorio, supliendo la pena por la reparación del daño.⁶⁶ Sin embargo, de los tres axiomas mencionados, el “*no hacer daño a nadie*”, se constituyó como uno de los estribos fundamentales de la normativa civil española, así como de varios ordenamientos jurídicos de la Europa occidental; constituyéndose incluso, en un modelo para la mayoría de los países de América Latina, entre los cuales, destacamos principalmente al Ecuador.⁶⁷

⁶⁵ Domicio Ulpiano, *Digesto*, Libro I, Regla, 1210.1.

⁶⁶ Carlos Lasarte, *Curso de Derecho Patrimonial* (Madrid: Tecnos Grupo Anaya S.A., 2014), 272.

⁶⁷ El Código Civil ecuatoriano, en su articulado, hace referencia indistinta a la responsabilidad civil. Es una obligación civil que nace de un delito o cuasidelito que ha inferido un daño a otro (*artículo 2184*); que puede imputarse cuando existe malicia o negligencia en el accionar de otra persona (*artículo 2229*); que genera el deber reparatorio para quien ocasionó el daño (*artículo 2214*); y que da

Esta regla además, ha servido de peana a la jurisprudencia española para poner de manifiesto el “*tria iuris praecepta*” que el Digesto recoge. El gran relevo que refleja el principio que ordena “*Neminem Laedere*”, por el corte ético y moral que éste involucra conjuntamente con sus normas homólogas, parece significar además, la consagración del imperio de la diligencia dentro de la vida social. Consecuentemente, como aporta Díez-Picazo, “... *el precepto facilita una base legal para la idea de confianza que cada uno de los miembros de un grupo social puede inicialmente tener respecto de los demás*”,⁶⁸ lo cual nos permite adivinar, que en la convivencia social existe un ingrediente imprescindible, sin el cual, el convivir con los demás sería imposible: la confianza en el “*modus operandi*” de todos los que nos rodean; de los otros seres humanos.

No obstante, aunque el apotegma ha llegado a ser un principio universal del Derecho, no garantiza la no ejecución o inexistencia de “*daños*” entre los individuos. En términos universales, el daño o “*damnum*”, entendido por sí solo, sugiere el efecto de dañar, que evoca a su vez, de manera abstracta, la idea de un detrimento, perjuicio, menoscabo.⁶⁹ La Corte de Sucumbíos, sin duda, se ha inspirado en esta definición para construir un concepto de “*daño ambiental*”,⁷⁰ que consta además en su pronunciamiento judicial

derecho para exigir su cumplimiento tanto al causante del daño como a sus herederos (*artículo. 1486*). Correlativo a los Códigos Civiles de Argentina, Colombia, Chile, Brasil, Perú, Bolivia y Venezuela, entre otros.

⁶⁸ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, la Responsabilidad Civil Extracontractual* (Navarra: Aranzadi S.A., 2011), 20. Recurre el autor para explicar esta situación a los penalistas, quienes enfatizan en la confianza cuando de imputación objetiva se trata, por ejemplo: el cirujano confía en su ayudante respecto del instrumento o bisturí que le brinda, que éste sea el adecuado. Entre otros de los tantos ejemplos que pueden surgir, cita los casos de circulación de vehículos a motor, pues cada conductor confiará en que los demás conductores conducirán según las reglas legales establecidas.

⁶⁹ Es así como lo sugiere el propio DRAE. “*Dañar*”, del lat. *damnāre* “condenar”. Sin que su definición tenga efectos jurídicos directos, las cuatro acepciones que brinda de “*dañar*” son las siguientes: “1. tr. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. U. t. c. prnl. 2. tr. Maltratar o echar a perder algo. U. t. c. prnl. 3. tr. desus. Condenar a alguien, dar sentencia contra él. 4. prnl. P. Rico y R. Dom. Dicho de un aparato, un objeto, etc.: estropearse (deteriorarse)”.

⁷⁰ “*Toda pérdida disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o*

como una de las bases jurídicas, para poder atribuir “responsabilidad civil” a la compañía “Chevron - Texaco”.

Los daños, pueden surgir en el desarrollo de una relación jurídica (*pactos o contratos*) o simplemente, se pueden presentar en el contexto social en el desarrollo de cualesquier actividad humana, extracontractualmente (*sin un contrato de por medio*). De aquí, que pueda instaurarse la responsabilidad contractual o la extracontractual, según se trate de uno u otro caso.⁷¹ Son tan importantes los daños, que conllevaron a que el mecanismo de responsabilidad para hacerlos frente haya sido bautizado como “*Tort Law*” o “*Derecho de Daños*”. Es el mecanismo de responsabilidad que nos permite palpar varios ejemplos de daños, por estar repartido en las distintas normas de los diversos sectores jurídicos, civil,⁷² penal,⁷³ contencioso-administrativa⁷⁴ y social

culturales”, Sentencia, considerando noveno, a fojas 94.

⁷¹ Sobre este tipo de responsabilidades volveremos más adelante, en el capítulo IV.

⁷² El CC. español contempla una responsabilidad general por el daño causado, basada en la negligencia, fruto de la reconceptualización iusnaturalista e ilustrada del “*alterum non laedere*” (*artículo 1902 CC*). También está presente aquella norma que refiere a la “*responsabilidad por hecho ajeno*” (*artículo 1903 CC español*). Además, existen otros supuestos de responsabilidad relacionados con animales, humos, árboles y edificios. También, existe una legislación especial que ha surgido con la finalidad de establecer las reglas de la responsabilidad objetiva. Esta legislación es aplicable a ciertos ámbitos de riesgo, tales como: la caza, los productos defectuosos, la circulación de vehículos a motor, la navegación aérea, etc. Esta disparidad o descodificación para Gómez Pomar, no constituye una problemática -*a pesar de sus tantas críticas*-, pues considera que las reglas de responsabilidad objetiva y las normas del Código Civil son susceptibles de una orientación armonizada a través de principios comunes y de su aplicación por parte del órgano jurisdiccional civil. Vid., Fernando Gómez Pomar, *Curso de Derecho de Daños*, Mimeo (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016), edición en PDF, Cap. I, 15-19.

⁷³ Véase, STS, 2a, 4.11.2008 (RJ 2008\6451).- Se trata de un caso de negligencia bancaria cometida por el actor civil que no releva al autor de un delito de estafa de su obligación de restituirle por las cantidades ilícitamente apropiadas; STS, 1a, 11.7.2002 (RJ 2002\6200): Un accidente de trabajo donde el trabajador firma ante notario una transacción a cambio de desistir de todas las acciones penales o civiles que pudiera emprender contra su empresa o la aseguradora; STS, 1a, 19.5.2006 (RJ 2006\3664): Maltrato de obra, delito de agresión sexual y falta de lesiones. Para ver más la explicación de estas sentencias, vid., *ibid*.

(*normas laborales*),⁷⁵ que se han configurado además, en la normativa legal fundamental aplicada por las cuatro jurisdicciones a los casos que se han presentado en el mundo real y jurídico, en orden a la naturaleza jurídica de cada materia.⁷⁶

La llamada responsabilidad civil, para diferenciarla de la penal, intenta *restablecer* el bien lesionado por una acción u omisión, es decir, *reparar* el perjuicio a quien se lo haya causado. Mientras tanto, el “*Tort Law*” o “*Derecho de Daños*” si bien desde el punto

⁷⁴ Normas de carácter administrativo están presentes en: a) La Constitución Española (1978), veáse artículos 106, 139 y ss; b) La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 236 de 2 de octubre de 2015), como por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*BOE* núm. 236 de 2 de octubre de 2015), establecen el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por los daños que deriven del funcionamiento normal o anormal de las Administraciones Públicas. Cabe destacar que el origen del sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es muy distinto al de las reglas de responsabilidad civil del CC y de otras normas del Derecho de Daños. Este sistema, surgió (*Ley 30/92*) paralelamente a la idea de compensación por las privaciones de derechos que la Administración causara y en virtud de la legislación de expropiación forzosa. Recién siglo XX se creyó conveniente que el Estado indemnizara, no sólo por la expropiación forzosa en *strictu sensu*, sino también por los daños o lesiones patrimoniales producidos a los ciudadanos, de manera no querida y buscada por los poderes públicos, por el funcionamiento normal o anormal, pero no en el sentido de daño intencionado en atención a una privación forzosa. Hay una frontera tenue, entre lo que es la responsabilidad de las Administraciones Públicas y lo que son los sistemas de solidaridad pública que se canalizan a través de las Administraciones que gestionan los fondos de los ciudadanos. Por ejemplo, la STS, 3a, 4.7.2002 (RJ 2002\6307) se pronuncia sobre un atentado terrorista en un cuartel de la Guardia Civil, cuya explosión provocó la pérdida de audición del oído izquierdo de una menor. El TS declaró la existencia de una relación causal entre la explosión producida y las lesiones auditivas y reconoció a la recurrente una indemnización conforme a lo establecido en el artículo 3 del RD 484/1982, que se remite a las normas laborales o a las que regulan la Seguridad Social incrementadas como máximo en un 20%. Vid., *ibid.* En igual sentido, Lasarte, *Curso de Derecho Patrimonial*, 272.

⁷⁵ El sector laboral es uno de los principales sectores de riesgo y de producción de daños, lo cual hace que su nivel de siniestralidad sea por ende elevado. Aquí, las normas de prevención de riesgos laborales constituyen un ejemplo claro de ello (*artículos 115, 123, 127 de la Ley General de la Seguridad Social y los artículos 42 y 55 Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales*).

⁷⁶ Fernando Gómez Pomar, *Curso de Derecho de Daños*, 15-19.

de vista funcional,⁷⁷ pretende resolver los conflictos que pudiesen asomar entre los sujetos, y paralelamente, para algunos cumpla también una función de prevención,⁷⁸ no es menos cierto que opera a través de las reglas del Código Civil español (*artículo 1089 y ss*),⁷⁹ que imponen a una persona, normalmente el causante del daño, la obligación de indemnizar los daños causados a la víctima, tal como lo hemos señalado.⁸⁰

Existe un sin número de ejemplos de daños.⁸¹ No obstante, si nos ubicamos mentalmente ante la presencia de cualesquier evento dañoso, podemos deducir que un daño, desde su concepción prístina supone, en primer lugar, un agente que lo provoca. En segundo lugar, su origen proviene de la acción u omisión de ese agente *-el posible responsable-*. En tercer lugar, existe una lesión sobre un objeto determinado *-bienes o derechos-*; y, en cuarto lugar, existe alguien que lo padece; la víctima.

Para perfeccionar la acepción jurídica de “daño”, podemos nutrirnos de algunas definiciones que la doctrina brinda, por citar algunas de ellas:

Larenz,⁸² concibe al daño como *“todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*.

⁷⁷ En cuanto a las funciones del Derecho de Daños: Demarcatoria, Compensatoria, distributiva, de satisfacción y preventiva, Vid., ibíd. 2-4.

⁷⁸ Existe una verdadera discusión sobre si el Derecho de Daños cumple o no con la función preventiva. Cf. Pablo Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz, «Prevención y Derecho de Daños», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2001): 2-8, ISSN-e 1698-739X. Destacan el desempeño de esta función, al analizar las reglas legales sobre la fijación de la cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios, así como sus desarrollos jurisprudenciales. Entre quienes defienden la función preventiva del Derecho de Daños, encontramos a Gómez Pomar, *Curso de...*, 4.

⁷⁹ El daño al que refiere el “*Tort Law*”, debe cumplir pues, con los mismos requisitos que exige el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.

⁸⁰ Gómez Pomar, *Curso de...*, 5.

⁸¹ Cf. Pablo Salvador Coderch y Sonia Ramos González, «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2015): 27-28. ISSN-e 1698-739X.

⁸² Larenz, K., «Derecho de Obligaciones», *Revista de Derecho Privado* (1959): 193, citado por García Amezcua, *Responsabilidad por...*, 93.

De Cupis,⁸³ prefirió realizar clasificaciones para determinar el daño, estableciendo que al efecto se requiere un hecho productor y un daño en sí mismo, el cual, no sólo debe derivar de un hecho humano, sino debe tener una existencia concreta. Circunstancias que producirán un efecto jurídico - *reacción del Derecho*- encaminado a reprimir tal daño.

A partir de aquí, el “daño” ha sido considerado como el aparato motriz de toda la estructura que advierte la institución de la responsabilidad. Sobre el daño, se edifica el concepto de la responsabilidad civil. Es el primer elemento constitutivo; el centro neurálgico del instituto de la responsabilidad o como bien muchos lo prescriben, es el eje de toda la estructura de la responsabilidad - *civil*-, pues es un elemento que está ligado a la característica de la indispensabilidad, ya que su ausencia, provocaría que no haya nada que reparar y, por ende, que no exista nada que reclamar a quien lo acometió, con dolo o por culpa o negligencia. De aquí, que se funde una premisa imprescindible que ata ambos conceptos jurídicos, el de “daño” y el de “responsabilidad”. Si no existe un daño no se activará el aparato locomotor de la responsabilidad. En otras palabras, tampoco habrá responsabilidad sin daño. Son inversamente proporcionales ambos. Hay un consenso doctrinario, sobre ello y aunque no sea el único elemento que configure la responsabilidad civil -*contractual o extracontractual*-, se instituye como el fundamental.

En muchos ordenamientos jurídicos, la protección jurídica que se brinda a las personas y a las cosas no conlleva la aplicación sistemática de reglas diferenciadas. No obstante, excepcionalmente, existen reglas como la que encontramos en los EE.UU, en el “*Tort Law*”, en particular, la que determina que “*the tortfeasor must take the victim as he finds him*” (el causante del daño debe tomar a la víctima como la encuentre) o más comúnmente conocida como “*The eggshell skull rule*”.⁸⁴ Según esta regla, el causante del daño

⁸³ Adriano De Cupis, *Il danno: Teoria generale della responsabilità civile*, volume 1, (Milano: Guiffre, 1946), 31-32.

⁸⁴ También conocido por otros como “*eggshell-plaintiff rule*”; “*thin-skull rule*”; “*special-sensitivity rule*” or “*old-soldier's rule*”. Veáse, *Smith vs. Leech Brain & Co Ltd* (1962) 2 QB 405). El demandante fue un empleado de los acusados, *Leech Brain & Co Ltd*. Había estado trabajando y operando una máquina en el

debe responder también por el daño o pérdida más grave de lo que hubiera esperado derivado por la especial predisposición o vulnerabilidad preexistente de la víctima (*alérgica, con osteoporosis, hemofílica, delicada del corazón, etc.*) y que no se habría producido si la víctima hubiera sido “normal”. El acusado es responsable de esas reacciones imprevisibles e inusuales ante su acto negligente o intencional (*es mala suerte del agresor*), pues debe “tomar a la víctima como la encuentre”. No obstante, esta regla no prospera en el caso de daños a las cosas, pues las deficiencias o vicios latentes que éstas pudiese presentar se tienen en cuenta para disminuir precisamente el importe de la indemnización.

En la Unión Europea y en España, también podemos encontrar un ejemplo de esto. La Directiva de productos defectuosos,⁸⁵ que diferencia entre los daños a las personas y los daños a las cosas, obligando al productor a responder por los daños causados a las personas, mientras que al tratarse de daños causados a las cosas deberá responder cuando estén destinadas al uso o consumo del perjudicado y haya constituido el principal destino dado. Los PETL,

lugar de trabajo, cuando se quemó el labio con un trozo de metal fundido, después de que saliera por detrás del escudo protector. Aunque la quemadura fue tratada, desarrolló cáncer y murió tres años después. El demandante tenía una condición precancerosa, antes de que ocurriera la quemadura. Cuando murió, la viuda demandó en contra de Leech Brain & Co Ltd. Así se desarrolla la teoría “*The eggshell skull rule*”, en virtud de la cual, un individuo es responsable de todas las consecuencias de su negligencia, independientemente del daño extra o especial causado a otros.

⁸⁵ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, (*DOCE núm. 210 de 7 de agosto de 1985*). Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999 (*DOCE núm. 141 de 4 de junio de 1999*). En España, se introdujo en primer lugar, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (*BOE núm. 161 de 7 de julio de 1994*), modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE núm. 313 de 30.12.2000*). La modificación afectó al art. 2. En la actualidad, esta Ley ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2007*).

no establecen una regulación diferenciada (*ni en su gradación de intereses protegidos, cf. art. 2:102 PETL*); no existe una jerarquía diferente entre los daños a las personas y a las cosas. Tampoco en el DCFR,⁸⁶ existe una regulación general diferenciada, aunque sí alguna regla particular (*p. ej. Art. VI-5: 102 (2) (e) DCFR*). No obstante, otros ordenamientos jurídicos europeos, como el francés, también pretendió establecer dos conjuntos de reglas diferenciadas entre sí, en función de si el daño producido recae sobre las personas o sobre las cosas, lo cual ha implicado una protección superior a los seres humanos.⁸⁷

Así, la “*proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*” (*Proposición de Ley de reforma de la responsabilidad civil*), registrada en la “*Présidence du Sénat*” el 9 de julio de 2010,⁸⁸ a pesar de que haya “*caducado*”,⁸⁹ preveía en el *CHAPITRE II “DE LA RESPONSABILITÉ”, “SECTION 2”, “Des conditions de la responsabilité”, “SOUS-SECTION I”, “Des conditions communes aux responsabilités contractuelle et délictuelle”,* en el artículo

⁸⁶ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Ed. by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, edición pdf.

⁸⁷ Miquel Martín-Casals, «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, (Coruña: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2011), 20-22.

⁸⁸ Cf. «Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile» (N. 657, Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010, curegistré a la présidence du Sénat le 9 juillet 2010), présenté par M. Laurent Bételic (*Sénateur*), acceso el 20 de mayo de 2015, <http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>. De la “*Exposé des Motifs*” (*Exposición de Motivos*), se desprende que “*le droit commun de la responsabilité civile*” hoy descansa sobre una base de reglas legislativas muy limitadas y poco modificada desde 1804 y que lo esencial de esta cuestión se rige por la jurisprudencia que, piedra tras piedra, construyó un sistema legal que protege a las víctimas pero, por su propia naturaleza, fluctuante y difícilmente accesible. Al igual que con otras ramas de la ley civil, ha llegado el momento de tener un derecho renovado de responsabilidad que cumpla mejor con las expectativas y demandas de la sociedad contemporánea. Y, de acuerdo al informe de fecha 15 de julio de 2009, realizado por un grupo consolidado por la “*Commission des Lois*”, se pretende aclarar y renovar la ley de responsabilidad civil, teniendo en cuenta la evolución europea en curso, tanto en los países vecinos como en las instituciones de la Unión Europea.

⁸⁹ Sobre las reglas de la caducidad, vid., *ibíd.*

1386.1, que en el caso de daños a las personas, la exoneración parcial sólo cabría por culpa de la víctima que haya concurrido a contribuir la producción del daño. En caso de daño a la integridad física, sólo la culpa grave puede dar lugar a dicha exoneración. Dicho de otro modo, existiría concurrencia de culpa de la víctima sólo cuando ésta haya incurrido en culpa grave.⁹⁰ Evidentemente, esta regla general sería contraria a la Directiva de responsabilidad por productos, por lo que a nuestro juicio no pudo prosperar.⁹¹ En cuanto a la responsabilidad sobre las cosas o animales (*CHAPITRE II “DE LA RESPONSABILITÉ”, “SOUS-SECTION 2” “Conditions particulières à la responsabilité délictuelle”, “PARAGRAPH 2” “De la responsabilité du fait des choses”*), se disponía que será totalmente responsable por los daños causados por el hecho de las cosas o los animales quien las tengan bajo su custodia. Ni el vicio de la cosa, ni la perturbación física del tutor constituirán una causa de exención (*artículo 1386-4*). El hecho de la cosa se establece desde que aquella, en movimiento, entró en contacto con la sede del daño. En otros casos, corresponderá a la víctima probar el hecho de la cosa, estableciendo el defecto de esta última o la anormalidad de su posición o condición (*artículo 1386-5*). El tutor es quien tiene el control de la cosa o del animal en el momento en que ocurre el evento dañino. El dueño es el presunto tutor. (*artículo 1386-6*).⁹²

⁹⁰ “*Art. 1386-1. - L'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle*”.

⁹¹ En esta propuesta también se trató “*De la responsabilité du fait des accidents de la circulation*” (*la responsabilidad por accidentes de circulación*), a partir del artículo 1386-56 al artículo 1386-61. Descatamos como lo más relevante lo señalado en el artículo 1386-58, que prevé que en caso de accidentes de circulación, las víctimas recibirán la indemnización íntegra por los daños corporales sufridos, sin que se le pueda oponer su propia culpa, salvo actuación dolosa, es decir, que intencionalmente haya pretendido sufrir el daño. Así, posteriormente, el artículo 1386-59, añadió que la concurrencia de culpa de la víctima daría lugar a la exclusión o reducción de la indemnización, aunque especifica que únicamente en relación con los daños a las cosas. Cf. *Ibid.*

⁹² “*Art. 1386-4. - On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses ou des animaux que l'on a sous sa garde. Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération*”; “*Art. 1386-5. - Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage. Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état*”; “*Art. 1386-6. - Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose ou de l'animal lors de la survenance du fait*

Hasta la actualidad el último proyecto de reforma sobre responsabilidad civil en Francia es el elaborado por el “*Ministère de la Justice*”,⁹³ presentado el 13 de marzo de 2017,⁹⁴ en el cual también se denota esta diferenciación.

De cualquier modo, lo que queremos apuntalar y dejar sentado hasta ahora, es que el punto de intersección entre el Derecho Civil y el Derecho de Daños o “*Tort Law*”, lo constituyen las personas, ellas su mayor preocupación. La protección al ambiente, no forma parte del ámbito de aplicación/protección de estos instrumentos jurídicos de manera expresa ni específica, salvo por esa referencia indirecta que hace el artículo 1908 CC español. Sólo en virtud de esta norma, se dispone que aquellas personas (*los propietarios*) que hubiesen causado daños de tipo ambiental, asuman responsabilidad, cuando ocurran los hechos de la manera como expresamente alude: una explosión de máquinas por falta de diligencia en su cuidado; la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en un lugar seguro y adecuado; humos excesivos, nocivos a las personas o a las propiedades; la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, salvo fuerza mayor; y, las emanaciones de las cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones debidas.⁹⁵ No obstante, la obligación de asumir su responsabilidad, frente a dichos daños, goza de un carácter indemnizatorio.

dommageable. Le propriétaire est présumé gardien”. Cf. vid., acceso el 5 de mayo de 2015, <http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>.

⁹³ Vid., último proyecto de reforma sobre responsabilidad civil en Francia, acceso el 5 de mayo de 2015, <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html>.

⁹⁴ Cf. «Projet de réforme de la responsabilité civile», présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d’avril à juillet 2016, acceso 5 de mayo de 2015, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf. A manera de ejemplo se puede ver el artículo 1243 “*per les choses*”, y los artículos 1245 y ss. “*per les personnes*”.

⁹⁵ CC español. Artículo 1908: “*Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen*”.

La dogmática jurídica es la herramienta que permitirá corroborar y saber cuáles son los daños resarcibles. El instituto de la responsabilidad civil, ampara jurídicamente a los bienes patrimoniales *-que son los tienen un dueño o titular-*, consituyéndolos en bienes jurídicos susceptibles de reparación y por ende, de indemnización económica. Su naturaleza jurídico-civil, atribuye pleno sentido a ello. Aquí, el mecanismo jurídico *-de responsabilidad-* no trepida como sucede con los ambientales. El efecto perceptible, es la limitación legal que refleja la normativa (*civil*) que al regular la responsabilidad se niega a incluir a los “*daños ambientales*” y más aún a los “*ecológicos puros*”.

Los dos tipos de daños que doctrinariamente se reconocen en el ámbito civil son:⁹⁶

1.- Daño Material o Patrimonial, es el que recae sobre un objeto, directamente (*bienes económicos destruidos o deteriorados*) o indirectamente (*los gastos realizados -daño emergente- para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran -lucro cesante- por la incapacidad para trabajar sobrevenida a la víctima, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona titular del mismo*). El objeto sobre el cual recae el daño, deberá ser susceptible de comercio entre los hombres. Desde esta concepción, aceptada de manera casi unánime por la doctrina, resultará daño patrimonial y no moral, por ejemplo, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el cuerpo por una actriz, o las lesiones físicas de un deportista profesional.

2.- Daño No Patrimonial o Daño Moral, es aquel que se deriva del daño corporal (*en materia civil, cuando se habla de “daño resarcible”, éste incluye también el daño corporal*). Un correcto acercamiento al concepto de “*daño moral*”, será concebirlo como aquél que incluya toda

⁹⁶ Vid., Natalia Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...* 421; Ramón Maciá Delgado, «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* 36 (2010): 21 y ss, ISSN-e: 1887-7001; Blanca Casado Andrés, «El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 9 (2005): 5 y ss.

limitación que sufre una persona damnificada, que a más de dolores físicos, ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad, incluyendo cualquier disminución de la integridad de la biología individual, independientemente de las repercusiones prácticas en uno o más ámbitos de la actividad humana que pueda generar.

La tendencia doctrinal actual tiende a vincular este tipo de perjuicios/daños *-inmateriales o espirituales-* con los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales con la esfera psicofísica del individuo, con los sufrimientos, con el dolor, de ahí que se los conozca también en conjunto como “*daños no patrimoniales*” o “*extrapatrimoniales*” que doctrinariamente, han venido siendo considerados como todo lo que no es susceptible de concebirse como daño patrimonial o material, no *per se*, sino por la dificultad para su valoración económica.⁹⁷ Por lo tanto, atendiendo a su naturaleza, no cabrían dentro del concepto de los daños materiales; es decir hay que concebirlos como un concepto residual.

Para algunos doctrinarios, hoy en día, resulta insuficiente considerar que el daño moral o no patrimonial es todo aquello que no es daño material o patrimonial y de tener que optar por un concepto de daño moral, entre quienes de manera más acertada lo expone Díez-Picazo.⁹⁸ El profesor, denota que los daños morales son los infligidos a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, distinguiendo dos aspectos: uno interno, referido a la esfera interna del sujeto (*dolor, angustia, etc*), y otro externo, que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior. Entonces, el daño moral en palabras de Díez-Picazo, es “*la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad*”. Todo ello, sin perjuicio de ser

⁹⁷ Agustín Macías Castillo, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, (Madrid: La ley, 2004), 290-291.

⁹⁸ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 346-348. Vid., Josep Solé Feliu y Miquel Martín-Casals, *El daño moral*, coord. por Sergio Cámara Lapuente (2003), 857-882.

matizado concepto además en el caso de perjuicios causados a las personas jurídicas, los cuales deben ser indemnizables siempre que afecten al buen nombre, reputación, o buena fama.⁹⁹ En esta misma línea, Maciá Delgado¹⁰⁰ siguiendo, en parte, la tesis del catedrático Gómez Pomar, determina que todo causante de unos perjuicios habrá de indemnizar por los daños que se originen en su conducta, pero su víctima, sólo deberá cobrar una indemnización por el importe de los mismos, que se harán coincidir con los que llamamos patrimoniales ya que, en realidad, los daños morales no son más que un aspecto circunstancial y subjetivo del daño patrimonial, en el que el derecho ni debe ni puede entrar, con la contundencia con que lo hace en la actualidad.

Con estos antecedentes, lo que podemos reconocer, es que el deterioro al ambiente tiene un encaje difícil en las categorías del Derecho de la responsabilidad civil, conforme a la *summa divisio* del daño resarcible, que contrapone los daños materiales o patrimoniales a los morales y que divide a los primeros en daño emergente y lucro cesante.¹⁰¹ Si recordamos a los “*daños punitivos*”,¹⁰² que el sistema estadounidense comprende, habremos de advertir que tampoco tendrían cabida en ninguna de estas dos categorías.

⁹⁹ Blanca Casado Andrés, «El concepto del daño moral», 23.

¹⁰⁰ Maciá Delgado, «La dualidad del daño», 32.

¹⁰¹ Para profundizar sobre el daño emergente y el lucro cesante, vid., Albert Ruda González, *El Daño Ecológico Puro, La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental* (Navarra: Aranzadi S.A., 2008), 155-186.

¹⁰² *Ibíd.*, 223-226. La Sentencia del caso “*Chevron-Texaco*”, también ha impuesto este tipo de daños. Sin embargo, nuestro estudio los excluye del análisis, puesto que más que tratar de compensar a quienes han sido víctimas suponen un castigo a quien lo ha causado. Nuestro enfoque se centra en determinar si el sistema civil (*cuya función es compensar el daño*) sirve para también lograr una compensación en materia ambiental (*cuya finalidad es la reparación del daño para que vuelva el medio afectado a su estado anterior; no conlleva un objetivo sancionador*). Llama mucho la atención que la Corte Provincial de Sucumbíos haya recurrido a esta figura jurídica que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no lo prevía ni lo consagra hasta la actualidad y que incluso ni en la legislación estadounidense, principalmente en CERCLA y OPA no se alude a ellos.

De todos modos, en España, los mayores “*daños no patrimoniales*”, son los sufridos por personas particulares. Aunque no exista una definición en el CC español ni la jurisprudencia se haya puesto de acuerdo para instaurar un concepto exclusivo sobre “*daños morales*”, éstos se han determinado y aún se siguen determinando y concediendo bajo el amparo de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil y 1908.¹⁰³ Sin embargo, estos artículos no hablan del “*daño no patrimonial*” causado como consecuencia de un deterioro ambiental, sino que el resarcimiento de los perjuicios se ampara, con carácter general, en los preceptos que regulan la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana.

Ciertamente, el reconocimiento del “*daño no patrimonial*” vinculado con la técnica industrial pertenece a la Sociología Jurídica. Sin embargo, no es menos cierto, que antes de la entrada en vigor de la LRM, existió una línea doctrinaria, como la de Montero Yanguas,¹⁰⁴ que trazaba una demarcación entre el ámbito Público y Privado respecto del ambiente. La profesora asintió que en el ámbito del Derecho Público, no cabía hablar de “*daño ambiental*”, sino que era el Derecho Civil el que debía hablar de “*daño no patrimonial*”, concibiéndolo como aquel que resultase de una alteración al ambiente pero con consecuencias de afectación a intereses particulares. En todo caso, si bien existían normas que referían al “*ambiente*”, lo hacían de manera general, por lo que recomendaba una clasificación de daños ambientales, separando los “*daños patrimoniales*” y los “*no patrimoniales*”, pues le parecería útil, clarificadora y además, se contribuiría así a una mayor tutela del ambiente.

Dentro de este contexto, si la finalidad hubiese sido reservar la definición de un “*daño ambiental*”, al ámbito de la responsabilidad civil de forma exclusiva (*como un daño no patrimonial*), habría resultado más apropiado recurrir a la clasificación acuñada por el anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental de 1999,¹⁰⁵ elaborado por el

¹⁰³ Macías Castillo, *El daño causado por...*, 290-291.

¹⁰⁴ Guillermina Yanguas Montero, *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente* (Navarra: Aranzadi, 2006), 21-22.

¹⁰⁵ Para un análisis del anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental de 29 de marzo de 1999, vid., Lucía Gomis Catalá, «Sobre el anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de

Ministerio del Ambiente, cuya finalidad era establecer un sistema de intervención administrativa para este tipo de actividades, para lo cual se remitía a los casos en los que se haya producido un daño o un grave deterioro para el ambiente como a los casos en los que se haya puesto en grave riesgo la seguridad o la salud de las personas; diferenciándose los términos “daño” y “deterioro” a lo largo de su texto normativo. Sin embargo, es una clasificación que ni la Directiva 2004/35/CE ni la LRM han acogido, optando por incorporar sólo la de “daño ambiental”.¹⁰⁶

Luquin Bergareche,¹⁰⁷ respecto del mecanismo de responsabilidad civil, ya sostuvo *-previamente a la promulgación de la LRM-*, que “... Sólo de forma indirecta o mediata se puede decir que se protege al ambiente mediante el mecanismo de la responsabilidad civil, puesto que lo que se protege inmediatamente es la persona o sus bienes, y, de forma refleja, los elementos ambientales...” y que, “... la responsabilidad civil... opera siempre *ex post*, esto es, una vez verificado el daño o menoscabo, de modo que el daño al ambiente, que se causa de forma refleja en ciertos atentados dañosos contra la persona o sus bienes, ya se ha causado siempre cuando entra en juego el mecanismo de la responsabilidad civil, hasta tal punto que sin daño no hay responsabilidad civil alguna de qué hablar. Y más aún, esa reparación raras veces se producirá como empíricamente ha quedado demostrado, en forma respetuosa con el ambiente (es decir, *in natura*, mediante el restablecimiento de la situación al estado anterior a la perturbación) sino que, las más de las veces, se sustituirá... por una fácil y expeditiva indemnización pecuniaria, que ha llevado a defender la legitimidad de las cuotas de contaminar como bienes negociables”.

Cuando hablamos de “daños civiles” por un lado, y “daños ambientales”, por otro, unos y otros no se asemejan en muchos aspectos, hasta el punto de que ha llegado a establecerse además, una clasificación jurídica dentro del sector doctrinario, que diferencia entre “daños individuales” y “daños colectivos”,

actividades con incidencia ambiental», *Revista Derecho y Medio Ambiente* 0 (1999): 65 y ss.

¹⁰⁶ Vid., Javier García Amezcua, *Responsabilidad por Daños Ambientales* (Navarra: Aranzadi S.A., 2015), 96.

¹⁰⁷ Raquel Luquin Bergareche, *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental* (Navarra: Aranzadi S.A., 2005), 135.

impulsando a su vez en el orden ambiental, como efecto reflejo de estos últimos, el surgimiento de dos tipos de daños, los “*ambientales personales*” y los “*ambientales ecológicos puros*”.

Concretamente, nos ubicamos ante los siguientes hechos jurídicos:

a) Daños ocasionados en la esfera individual de un sujeto determinado, afectando por lo tanto intereses también individuales o derechos subjetivos, *-incluido el patrimonio en algunos casos-*; son los doctrinariamente identificados como “*daños clásicos*” o “*daños tradicionales*”,¹⁰⁸ como lo explicamos en su momento. Ante este tipo de daños, si el agente es un particular, le será aplicable el sistema *-clásico-* previsto en el Código Civil español, pero si el causante del daño es la Administración Pública, el sistema aplicable será el determinado en la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015. No obstante, lo que resulta poner de relevo aquí, es que ambos sistemas persiguen una finalidad compensatoria más que reparadora.

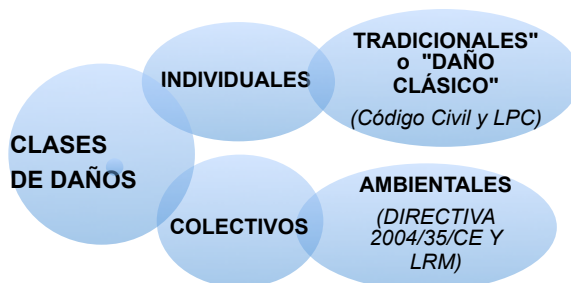
b) Daños de carácter colectivo, que a *contrariu sensu*, no se proyectan ni se ven reflejados en la esfera individual de una persona determinada, sino que afectan al interés del público en general; al colectivo, a todos los ciudadanos. Dentro de éstos, se enmarca el tan en voga “*daño ambiental ecológico puro*”. En sentido estricto, este tipo de daños estarán sujetos al régimen de Derecho Público, cuyo ámbito de aplicación está plenamente recogido en la LRM que transpone la Directiva 2004/35/CE.

La diferencia con el sistema clásico de responsabilidad, es que el propósito principal de la Directiva 2004/35/CE y la LRM va en sentido inverso, es decir, su objetivo primordial radica en la prevención de que ocurran daños sobre el ambiente. Además, como consecuencia de que haya operado el mecanismo de responsabilidad, lo primordial que hemos de resaltar, es que de presenciarse algún tipo de daño de esta naturaleza *-ambiental-*, su

¹⁰⁸ Vid., Carlos De Miguel Perales, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente* (Madrid: Civitas Ediciones, 1997), 15-20; Antonio Cabanillas Sánchez, *La reparación de los daños al medio ambiente*, (Elcano: Aranzadi, 1996), 10-15; García Amez, *Responsabilidad por...*, 95; Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 21-25; Ricardo de Ángel Yagüez, *Tratado de Responsabilidad Civil...*, 578-624.

efecto consiguiente, es alcanzar una finalidad reparadora más que compensatoria de quien lo haya cometido.

Ilustración núm. 2 Clasificación general de los “Daños”



Se supone que el Derecho, es el sistema que debe brindar la mayor protección y garantía de los derechos de las personas en general y asegurar que si éstos sufren un quebranto *-es sus bienes o derechos*, éstos sean reparados y las víctimas indemnizadas. Aunque suene paradójico, no todos los daños *-por no decir los más graves-* han logrado este propósito por medio de las instituciones clásicas del Derecho. Aquí, salen a la luz, por un lado, los “*daños ambientales*”; y, por otro, particularmente, los “*daños tradicionales*”, que han encontrado repuesta a través del mecanismo de responsabilidad civil extracontractual. Esta institución civil, ha sido la herramienta jurídica más utilizada para resolver la gran mayoría de casos, para atribuir responsabilidad y exigir la reparación ante la presencia de algún daño incluyendo los casos por daños ambientales, entre los cuales destacamos, especialmente, el caso “*Chevron-Texaco*”, aunque no es el único. Existen otros casos similares, en los que no ha dejado de ser también, el mecanismo determinante para su resolución; el caso “*Prestige*”, por citar uno de ellos. Si bien ha sido el mecanismo clásico más utilizado en los múltiples pronunciamientos judiciales, notablemente, ha relucido como una de las fuentes más importantes de conflicto en el ámbito jurídico. Ha conllevado a condicionar, incluso, el medio jurídico para su resolución, permitiendo que la responsabilidad civil ex delicto (*la vía penal*) llegue a ser la vía más idónea para lograr una reparación “*in integrum*” *-lo que al mecanismo institucional clásico no le ha sido posible-*, no sólo en los ejemplos propuestos, sino en

todos los casos por daños ambientales. Ha resultado ser insuficiente para resolver los casos por daños de tipo ambiental.¹⁰⁹

Aquel planteamiento de concebir al daño en términos universales, como todo menoscabo, que induce a pensar siempre en una lesión sufrida por una persona (*la víctima*) como consecuencia de una conducta determinada, que además, dañe sus bienes o vulnere sus derechos, a simple vista, nos permite afirmar que, acertadamente, encajaría en el orden jurídico civil clásico. De hecho, es así como este sistema en efecto concibe y regula el “daño”. Ya sabemos, que esto no obsta, para que otros ámbitos del Derecho se ocupen de él. En materia de “daños”, ya sabemos que el “*tort law*” (*en el sistema español*), está distribuido en varios campos del Derecho, no sólo el civil, sino dentro del régimen administrativo, penal, laboral, etc. Aunque, a pesar de ello, no deja de someterse, en última instancia, a las reglas propias (*responsabilidad aquiliana*) del ámbito civil, que ha dispuesto para lograr su compensación (*en tanto daño tradicional o clásico también vendría a ser*). En cambio, resulta todo lo contrario a la hora de determinar lo que por “daño” se debe comprender en el campo ambiental. Aquí se contrarresta el alcance de aquel “daño tradicional” (*y su mecanismo de reparación; la responsabilidad civil*), quedándose bastante limitado por el carácter individualista/ privatista que a toda luz el reviste.

Lo ambiental siempre pertenecerá a ese mundo paralelo a lo antropocéntrico, el biocéntrico o como más recientemente se lo conoce, el ecocéntrico, que construyó el eslabón para poner en pie una nueva rama, además autónoma del Derecho, el Derecho Ambiental. Aquí, el daño no va a recaer sobre un sujeto o individuo en particular. Aquí, el ambiente, es el que propiamente ha sufrido una lesión, pero no un simple menoscabo, tal como lo veremos, y aunque también es proveniente *-como sucede en el supuesto del daño tradicional-*, de una conducta humana (*acción u omisión*), no sólo puede ser causado de manera directa, sino que también ese daño, podría haber sido causado incluso de modo indirecto. En el plano civil, la responsabilidad indirecta, vendría a ser más la excepción a la regla común; el daño, en esencia, es producto de una conducta directa.

¹⁰⁹ Andrés Betancor Rodríguez, *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018), 49.

1.2 Elementos o requisitos del daño civil “*tradicional o clásico*”. La visión del “*Tort Law*”.

Aunque para algunos, la disposición legal general de responsabilidad (*artículo 1902 CC*), conlleve a pensar que todo daño debería ser resarcido, la simple existencia de un “*daño*” no lo hace necesariamente resarcible. En el campo civil, para que el “*daño patrimonial*” pueda ser compensado, requiere el cumplimiento de ciertos requisitos que la jurisprudencia y la doctrina han reconocido y discutido:

- a) La certeza.¹¹⁰ El daño tiene que ser ***cierto*** en su existencia y cuantía. En cuanto a la existencia, el daño debe ser real, caso contrario, la responsabilidad no podría operar. No se podría reclamar. Se excluyen por ende, aquellos daños puramente hipotéticos o eventuales, ya que éstos pueden llegar a producirse o no. No obstante, aquí la certidumbre podría presentar un problema, como habitualmente ocurre con las lesiones físicas que requieren de un tiempo para poder ser determinadas con exactitud, es decir, se pueden concretar en el futuro, lo cual no significa que el daño no exista, pues éste muchas veces, no puede ser determinado en un momento preciso. En cuanto a la cuantía, el daño ha de ser ***determinable*** en cuanto a su alcance, ya que para reparar algo, se ha de saber hasta dónde ha llegado el daño sufrido.
- b) El daño debe ser ***personal y directo o inmediato***. Tiene que haber una víctima, alguien que lo sufra. Este requisito tiene que ver con la responsabilidad, la relación de causalidad y la legitimación.
- c) Que sea consecuencia de un ***acto ilícito o antijurídico***, o no. Este requisito ha sido motivo de gran discusión en el campo doctrinario, ya que el CC español no habla de la ilicitud. Doctrinariamente, no existe una posición unánime de que la antijuridicidad sea un presupuesto necesario para instaurar la responsabilidad civil. Aunque la mayoría no dista de esta

¹¹⁰ Cf., DRAE. “*Certeza. De cierto. 1. f. Conocimiento seguro y claro de algo; 2. f. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar*”.

óptica, es decir, la aprueban como una exigencia imperiosa, hay quienes, en sentido opuesto, la rechazan con plenitud.

Se habla de “*ilicitud*” cuando existe un acto derivado de la violación de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido. Se ha concluido, que existe la obligación de reparar aquellos daños que provengan de actos ilícitos, por el simple hecho de ser desaprobados legal o socialmente. Lo que no puede exigirse, es la reparación de aquellos daños que deriven de la actividad ilícita de la víctima. Sin embargo, esto no obsta a que se investigue si la víctima debió soportar tal resultado, es decir, el daño (*que pudo haber sido caudo por estado de necesidad del infractor del deber, legítima defensa o por su propio consentimiento*). En cuanto a la “*antijuricidad*”, algunos consideran que a pesar de que una actividad esté en conformidad con el ordenamiento jurídico, como por ejemplo la actividad fabril; esto no obsta para que pueda surgir responsabilidad. Lo que verdaderamente importa determinar, es si los daños en sí mismos considerados, son o no lícitos. Es por ello, que el TS ha determinado que la *ilicitud* o *antijuridicidad*, es una característica del daño resarcible.¹¹¹

- d) El “*daño*” debe ser *intolerable*.¹¹² Es un requisito que se exige más en el mundo doctrinario. El criterio de la “*normal tolerabilidad*” se ha introducido como frontera de legalidad de las inmisiones. Es un criterio definido por la doctrina italiana como una “*noción límite*”¹¹³ entre lo *tolerable* y lo *intolerable*, con las respectivas consecuencias jurídicas.

Su aplicabilidad también se extiende a las relaciones de vecindad, entre los propietarios de fundos próximos o contiguos; el supuesto más usual. En el campo civil, este criterio opera, ya que va a demarcar la frontera que separará

¹¹¹ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 60-63.

¹¹² Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 27. Hay que destacar que la publicación de la autora es anterior a la entrada en vigor de la LRM.

¹¹³ Íñigo Alfonso Navarro Mendizábal, *Las Inmisiones y molestias medio ambientales, tutela preventiva civil* (Madrid: Dykinson, 1997), 213.

a los vecinos de producir y soportar los daños, los cuales sólo tendrán transcendencia jurídica si han incidido en la esfera de derechos del vecino, pero por encima de lo que éste debe soportar de manera usual o normal. Si tal límite es superado, no se podría hablar de una simple molestia, sino que existirá un “daño”, cuya consecuencia jurídica la constituye la reparación.¹¹⁴ 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.¹¹⁵

Así, en relación con lo antijurídico, este requisito, representa que aquellos daños provenientes de situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado, no serían susceptibles de ser resarcidos. Si bien toda relación de vecindad genera molestias, no todas deben ser jurídicamente relevantes.¹¹⁶ Sin embargo, la **aflicción** y la **perturbación**, han sido sancionadas por los tribunales, generando un problema respecto del límite de la “normal tolerabilidad”.

El Derecho Civil se ha caracterizado tradicionalmente por ser el instituto clásico reparador, cuya función ha sido precisamente esa, perseguir una indemnización (*condición reparadora*), la cual

¹¹⁴ En palabras de Navarro Mendizábal, *Las Inmisiones y molestias*, 211: “un criterio respetuoso con el ejercicio del derecho del titular en su esfera interna al huir de intromisiones en la manera de disfrutar del mismo a priori. Este cambio tiene importantísimas consecuencias al no proscribir un género de actividades, sino un género de molestias, de tal manera que cualquier actuación sobre la cosa propia puede ser legítima por inusual, excéntrica o incluso dañina que para ella resulte, si no se excede de la medida de la normal tolerancia del vecino, no importando desde luego la intención con la que se realiza”.

¹¹⁵ Antonio Cabanillas Sánchez, «El daño ambiental y los derechos de la persona», Conferencia pronunciada en el 11 Congreso Nacional de Derecho Ambiental y en el Ciclo de Conferencias sobre las fronteras de la responsabilidad civil en el siglo XXI, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 155.

¹¹⁶ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 62.

procederá únicamente si se demuestra la existencia de un daño; además, cierto o efectivo (*ponemos especial énfasis en el artículo 1902 CC español*). La “*certeza*” del daño causado, llega a convertirse en el requisito “*sine qua non*” de mayor preeminencia, para que la responsabilidad civil se active. No todo daño es susceptible de instaurar el régimen de responsabilidad civil, ya sea de connotación contractual o de naturaleza extracontractual; y, por ende, no puede ni debe ser resarcido/indemnizado si no existe. No existe el daño por sí mismo en abstracto, éste debe suceder en el mundo real para que pueda tener el efecto jurídico pretendido (*la reparación*). Esto nos permite sellar, aunque de manera reiterada, que no hay reparación sin un daño cierto, ni un daño cierto que quede sin reparación.

Sin duda, el legislador español se sintió motivado por el sistema jurídico civil francés (*article 1382*).¹¹⁷ La doctrina jurisprudencial francesa predeterminaba que para que un daño pueda ser indemnizable, debía ser “*direct, actuel et certain*”.¹¹⁸ Hasta la actualidad, la definición no ha variado. Según la última reforma hecha al *Code Civil* francés,¹¹⁹ en su texto normativo (*artículo 1240*) aún persiste el mismo texto del ex “*article 1382*”. En efecto, aquel dispone que “*cualquier hecho del hombre, que cause a otro un daño, lo obliga por cuya culpa éste llegó, a repararlo*”.¹²⁰ Inmediatamente, se dispone que, cada uno es responsable del daño que ha causado no sólo por sus propios actos, sino también por su negligencia o imprudencia.¹²¹

En el ordenamiento jurídico estadounidense, el “*Tort Law*”,

¹¹⁷ Cf., le Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804. Article 1382: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

¹¹⁸ Vid., Jean Carbonier, *Droit civil, Volume II, Les biens. Les obligations* (Paris: Presses universitaires de France, 2004).

¹¹⁹ Le Code Civil (*Dernière modification le 06 août 2018-Document généré le 05 septembre 2018*).

¹²⁰ Cf., “*article 1240*” (*modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016-art. 2*). Según la “*version en vigueur au 1 octobre 2016*”, “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

¹²¹ Cf. “*article 1241*” (*Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2*), que dispone: “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

también exige que cualquier “tort” debe ser “concrete and particularized”,¹²² “actual or imminent”.¹²³ De conformidad con éste, basta que se trate de un “daño” en concreto, sin necesidad de que sea físico o económico, es decir “patrimonial”, sino que por ejemplo, bastaría que se haya perjudicado el interés de alguien para ver animales en peligro de extinción.¹²⁴ Asimismo, los intereses estéticos pueden ser reconocidos, cuando el demandante realmente utiliza una determinada área en la que afirma ese interés.¹²⁵ El daño

¹²² Vid., *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018), “Article III standing requires more than just a keen interest in the issue; it requires allegations, and, eventually, proof, that the plaintiff personally suffered a concrete and particularized injury in connection with the conduct about which he complains. U.S.C.A. Const. Art. 3, § 2, cl. 1”; *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S.Ct. 1540 (2016), 136 S.Ct. 1540 (2016), “To establish injury in fact required for Article III standing, a plaintiff must show that he or she suffered an invasion of a legally protected interest that is concrete and particularized and actual or imminent, not conjectural or hypothetical. U.S.C.A. Const. Art. 3, § 2, cl. 1”; *ibid.*, “Article III standing requires a concrete injury even in the context of a statutory violation. U.S.C.A. Const. Art. 3, § 2, cl. 1”; *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 112 S.Ct. 2130, (1992), “Irreducible constitutional minimum of standing requires that plaintiff have suffered an injury in fact, which is an invasion of a legally protected interest which is concrete and particularized and actual or imminent rather than conjectural or hypothetical; that there be a causal connection between the injury and conduct complained of so that the injury is fairly traceable to the challenged action of the defendant and not the result of the independent action of some third party who is not before the court; and that it be likely, as opposed to merely speculative, that injury will be redressed by a favorable decision” (12235 cases that cite this legal issue).

¹²³ Vid., *Clark v. City of Seattle*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 899 F.3d 802 (2018), “To establish an injury in fact, plaintiff must show he suffered an invasion of a legally protected interest that is (a) concrete and particularized, and (b) actual or imminent, not conjectural or hypothetical; for an injury to be “particularized,” it must affect the plaintiff in a personal and individual way, and to be concrete, it must actually exist and not be abstract”; *Blunt v. Lower Merion School Dist.* United States Court of Appeals, Third Circuit, 767 F.3d 247 (2014), “Harm is “actual or imminent” rather than “conjectural or hypothetical” for standing purposes where it is presently or actually occurring, or is sufficiently imminent; determination of what is “imminent” is somewhat elastic, but it is fair to say that plaintiffs relying on claims of imminent harm must demonstrate that they face a realistic danger of sustaining a direct injury from the conduct of which they complain. U.S.C.A. Const. Art. 3, § 2, cl. 1”.

¹²⁴ Véase, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 112 S.Ct. 2130, (1992).

¹²⁵ Véase, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 92 S.Ct. 1361 (1972). Se trata de una acción interpuesta por una corporación de membresía que alegaba que la construcción de la estación de esquí y el área de recreación en el refugio nacional

al que refiere el ordenamiento jurídico español, se asemeja notablemente y cuando se habla de Derecho de Daños, debe de igual manera, cumplir con los mismos requisitos que exige el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.

1.3 El sistema estadounidense. El régimen legal aplicable al “*environmental damage*”

El ambiente, la salud y la calidad de vida de los seres humanos, son tres realidades distintas, pero están entrelazadas holísticamente entre sí. En la actualidad, si excavamos en terreno norteamericano, los casos modernos de Derecho Ambiental pueden surgir bien del “*Common Law*” o bien por autorizaciones legales. En este sentido, las “*toxic tort suits*” versan sobre “*personal injuries*”, que se tratan generalmente de una lesión física debido a la exposición a una sustancia tóxica (*por ejemplo, en el lugar de trabajo*). Encambio, las “*environmental suits*”, se refieren a casos en los que se alega una lesión a los intereses de los demandantes debido a un daño al ambiente o una violación de un estatuto ambiental. Por lo tanto, las “*environmental suits*” se pueden clasificar en dos subcategorías: aquellas que afirman derechos bajo el “*Common Law*”, como la “*public nuisance*”; y, aquellas que afirman derechos creados por un “*statute*”. Existen varias similitudes entre ambos tipos de daños. De hecho, algunos consideran que los “*toxic tort suits*” son “*environmental suits*”.¹²⁶

y el bosque contravenía leyes federales y demás mandatos legales que impiden a los funcionarios federales aprobar o emitir permisos para dicho proyecto. El caso llegó hasta el Tribunal Supremo, el cual sostuvo a contrario de lo que sostuvo la Corte Distrital de California, que la corporación o sus miembros no se verían afectados en cualquiera de sus actividades o pasatiempos por el proyecto propuesto, y aunque la corporación reivindicaba especial interés en la conservación de refugios naturales de caza y bosques, carecían de legitimación bajo la Ley de Procedimiento Administrativo para mantener la acción.

¹²⁶ Cf. «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review* 128, (2015): 2256-2264. Los casos de gases de efecto invernadero (“*GHG*”) se pueden distinguir de las demandas ambientales tradicionales, debido a la naturaleza no localizada del calentamiento global, lo cual plantea una mayor preocupación sobre el daño, la causalidad y el resarcimiento en comparación con las demandas que alegan efectos/daños más localizados. Sin embargo, las Cortes han ubicado la mayoría -*por no decir la totalidad*- de las investigaciones sobre la causalidad dentro del requisito de legitimación (“*standing*”) en los casos que no son por “*GHG*”, y la investigación de la causalidad está típicamente basada en

El sistema del “*Common Law*”, reconoció desde un inicio los “*personal civil wrongs*” (*Torts*). Dentro de éstos, se comprenden comportamientos lesivos intencionales como el “*trespass*” y “*nuisance*”. Las demandas ambientales prematuras en el “*Common Law*”, se basaron particularmente en la figura de la “*public nuisance law*”, utilizada para obtener recuperaciones por “*Natural Resource Damages*” (-NRD-). De esta manera, los recursos bióticos de los recursos naturales contaban con una protección como la que gozaba la propiedad, aunque con muy poca atención en lo atinente al valor ecológico.¹²⁷

Durante los años 1960 y 1970 se produjeron una serie de accidentes ambientales indeseables en los EE.UU., época en la cual se contaba gradualmente con una legislación especial ambiental acerca de la responsabilidad y otra específica, en cuanto a daños ambientales. La institución de la responsabilidad ambiental en sí misma, encuentra fuertes raíces en los principios de la legislación ambiental de los Estados Unidos (*los estatutos de larga data y las directrices sobre las disposiciones de responsabilidad*), pues son los que han influido en gran medida la legislación a nivel mundial.¹²⁸ La primera oleada de estatutos no preveía una responsabilidad que obligue a compensar el daño ambiental. Las disposiciones de responsabilidad evolucionaron a lo largo de los dos decenios siguientes, mediante mecanismos innovadores que superaron aquellas restricciones históricas que limitaban la responsabilidad y los tipos de daños reclamados así como las recuperaciones permitidas.¹²⁹ La legislación ambiental federal, se expandió drásticamente a partir de los años 1970 y 1980; época en la que las principales leyes que regía el “*Environmental Law*” de los EE.UU. se modificaron significativamente o se promulgaron otras, como por ejemplo: la

los hechos. Esto lo explicaremos cuando analicemos la causalidad en el capítulo III de nuestro trabajo.

¹²⁷ Véase sobre estos tipos de responsabilidad en el capítulo IV del presente trabajo.

¹²⁸ Vid., Carol Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», *Environmental Law Reporter* 45 (2015): 11033, Doi: 1-800-433-5120.

¹²⁹ Vid., John Quarles and Michael W. Steinberg, «The Superfund Program at Its 25th Anniversary», *36 Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS* 10364 (2006): 2-3.

“Clean Air Act” (CAA) de 1955 (la primera norma federal)¹³⁰ y la “Clean Water Act” (CWA) de 1972.

No obstante, ante la necesidad federal *-justificada por hechos históricos tristes y horroríficos-*, de contar con un marco legal que resuelva los problemas asociados con la crisis nacional coligada con las instalaciones de desechos peligrosos abandonados como el “Love Canal” en New York y el “Valley of the Drums”, en Kentucky, que obligó al público estadounidense a tomar consciencia de los riesgos inherentes *-métodos incontrolados e indocumentados-* y que se utilizaban para eliminar las “hazardous substances” por varias décadas,¹³¹ se promulgó “The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act” (1980), generalmente conocida como CERCLA¹³² o “Superfund”.¹³³ CERCLA, no sólo ha venido a configurarse como la norma de mayor importancia al tratar los “daños ambientales”, sino que ha tenido una notable influencia sobre la Directiva 2004/25/CE y la LRM en esta materia.

¹³⁰ CAA Public Law, 84-159, ch. 360, 69, Stat. 322, 159-JULY 14, 1955.

¹³¹ Alexandra B. Klass, «CERCLA, State Law, and Federalism in the 21 Century», *Southwestern law review* 41 (2012): 682. En igual sentido, John Pendergrass, «Legal Background to Off-Site Contamination», *37 Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS* 10144 (2007): 5.; Quarles and Steinberg, «The Superfund Program», 2. mas autores del lov canal

¹³² CERCLA (42 U.S.C §§ 9601-9675, *ELR STAT*), fue promulgada el 11 de diciembre de 1980 (*Pub.L. 96-510*).

¹³³ El Superfund toma su nombre del “*Revolving Fund*” o “*fondo rotatorio*” creado para financiar la limpieza de sitios de desechos peligrosos. El dinero para el fondo provino en parte de un impuesto sobre los fabricantes de materias primas químicas y las compañías petroleras y en parte de los ingresos generales. El Congreso fijó inicialmente el monto del fondo en 1.600 millones de dólares, pensando que sería suficiente para limpiar la mayoría de los sitios de desechos peligrosos en el país, pero agregó 8.500 millones de dólares en 1986 y otros 5.100 millones de dólares en 1990 para extender la financiación hasta 1994. A finales de 1995, el programa del Superfondo comenzó a financiarse totalmente mediante créditos anuales procedentes de los ingresos generales. Es un fondo rotatorio porque el Congreso previó que el dinero del fondo se usaría para limpiar algunos sitios, pero que el gobierno recuperaría la mayor parte de esos fondos de los responsables de los residuos peligrosos en los sitios. El gobierno no ha logrado recuperar la mayor parte del dinero gastado en el fondo, aunque ciertamente ha tenido éxito en acciones de recuperación de costos. Vid., Pendergrass, «Legal Background», 5-6.

Los “*Natural Resource Damages*” (-NRD-) pueden surgir en sitios de contaminación histórica, por derrames de petróleo instantáneos o accidentes que involucren la liberación de petróleo (“*oil spills*”) o sustancias peligrosas (“*hazardous substances*”), cuya responsabilidad está autorizada bajo una variedad de leyes federales que contienen disposiciones específicas que autorizan la recuperación de la lesión o daños, destrucción o pérdida de los recursos naturales, así como los costos razonables de la evaluación de esos daños. De hecho, a lo largo de los años, las demandas por NRD, se han venido presentado en atención a otros estatutos federales (además de “*CERCLA*”, “*CWA*” y la “*CAA*”), como la “*OPA*” de 1990¹³⁴ y un conjunto de normas, encarnado por la “*National Marine Sanctuaries Act*” (*NMSA*)¹³⁵ y la “*Park System Resource Protection Act*”,¹³⁶ que establecieron y regularon las áreas protegidas para recursos especiales y ordenaron el desarrollo de los planes de manejo de dichos recursos, así como, en virtud de los diversos estatutos existentes a nivel estatal, los cuales contienen también, disposiciones que autorizan la recuperación por NRD.¹³⁷

En términos generales, bajo los estatutos federales y estatales, son típicamente responsables quienes han ocasionado NRD resultantes de la descarga o vertido de “*hazardous substances*” o petróleo.¹³⁸ En concreto, en cada uno de los estatutos referidos, está circunscrita la responsabilidad por daños a los recursos naturales, de conformidad con las distintas disposiciones que prohíben las

¹³⁴ Oil Pollution Act of 1990 (*101 H.R.1465, Pub.L. 101-380*), 33 USC §§ 2701 - 2761, ELR Stat.

¹³⁵ 42 USC §§ 101 (6), 107 (a) (4) (C); 42 USC §§ 1001 (5), 1002 (b) (2).

¹³⁶ 42 USC §§ 101 (6), 107 (a) (4) (C); 42 USC §§ 1001 (5), 1002 (b) (2).

¹³⁷ Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11034.

¹³⁸ Barbara J. Goldsmith, Tara Waikem Flynn y Tara Franey, «A Decade of Natural Resource Damage Liability: Key Federal Decisions 2004-2014», *44 Environmental Law Reporter. News & Analysis* 10868 (2014): 1-2. Los autores (cuyo comentario se centra en las opiniones judiciales federales emitidas durante el período 2004-2014 en relación con *CERCLA* y la *OPA*, por ser los principales estatutos federales bajo los cuales se emitieron dictámenes), enfatizan que durante los últimos 30 años aproximadamente, ha existido una aparición y evolución lenta de la jurisprudencia relacionada con los NRD. La gama de información resultante de las diversas decisiones emitidas puede ser útil particularmente sobre la definición de la responsabilidad por NRD, guiando acciones de procedimiento y resolviendo demandas de responsabilidad.

lesiones a aquellos. Según cada “Act”, se consagran acciones legales en contra de los derrames de petróleo, de emisiones de “*hazardous substances*” y descargas a largo plazo, así como acciones para proteger ciertos lugares como los santuarios marinos y los parques nacionales.¹³⁹

A partir de aquí, podríamos esquematizar el sistema de la legislación ambiental federal estadounidense de la siguiente manera:

- “*Natural Resource Damage Assessment*” o “*NRDA*”, es decir, la Evaluación del Daño sobre los Recursos Naturales y su compensación.
- A nivel federal en los EE.UU., encontramos la “*Clean Water Act*” o “*CWA*” (*Ley de Agua Limpia*).
- La “*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*” o “*CERCLA*” (*Ley de Respuesta Ambiental Integral, Compensación y Responsabilidad*).
- La “*Oil Pollution Act*” u “*OPA*” (*Ley de contaminación por hidrocarburos*).

Estas tres últimas son las “*Acts*” más importantes que tratan los daños ambientales. De ellas, la “*CWA*” y “*CERCLA*” están dirigidas principalmente a los daños de los recursos naturales, mientras que la *OPA* extiende su alcance a la evaluación y reivindicación/compensación de los daños ambientales de carácter público y también a la de daños privados con carácter ambiental en forma más amplia. Estas normas permitieron a las autoridades pertinentes construir el sistema previsto por el “*NRDA*” e identificar y cuantificar los daños causados a los recursos naturales como consecuencia de la contaminación en el ambiente, ya que ofrecían una base técnica para la compensación de daños a causa de la contaminación ambiental.¹⁴⁰

¹³⁹ Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11036.

¹⁴⁰ Cf. Yu Fang, «Environmental Damage Assessment. Comparative Policy and

De conformidad con esta estructura, es como en materia ambiental, los casos ambientales han sido suplantados en su mayoría, por casos que surgen de la aplicación de leyes y reglamentos ambientales y ya no sólo del “*Tort Law*”. El lenguaje amplio del “*canon legal ambiental*”¹⁴¹ creó una gama de nuevos derechos y causas para entablar una acción, basados en las teorías del daño ambiental, lo cual despertó dudas en torno a la legitimación,¹⁴² reflejadas también en el ámbito jurisprudencial y doctrinario de los países occidentales.

Una vez comprendido el desarrollo y evolución del derecho ambiental así como el esquema legal federal implantado en los Estados Unidos, podemos identificar cuáles son los tipo de demandas ambientales que en esta materia se instauran.

Practice», *EU-China Environmental Governance Programme*, study 3-“China Volume” (2012): 16.

¹⁴¹ En general, el “*canon*” cuenta con varios significados relacionados entre sí, pero diferentes en el uso común contemporáneo. En este trabajo, nos referimos, al “*canon*” entendido como el conjunto de los elementos más importantes en un campo, que en nuestro caso correspondería al ambiental. Vid., Todd S. Aagaard, «Environmental Law Outside the Canon», *Indiana Law Journal* 89 (2014): 1251-1257. ISSN: 0019-6665. El autor se refiere al canon utilizado en sentido descriptivo más que normativo. En este sentido, reluce que aunque puede existir varias formas de evaluar la importancia de las leyes en el campo legal, lo que en algunos casos puede llevar a la incertidumbre y el desacuerdo sobre qué leyes constituyen un canon, en el Derecho Ambiental se ha señalado un grupo de seis estatutos ambientales federales que dominan la enseñanza y la práctica, a saber: “*CAA*”; “*CWA*”; “*CERCLA*”; “*RCRA*”; “*NEPA*” y “*ESA*”. No obstante, a pesar de las diversas características que les diferencia a estas leyes ambientales, el profesor, destaca que el canon legal ambiental comparte cinco características en común (*el rol de la protección ambiental, el objeto de la ley, la forma de la ley, el nivel de gobierno y la institución encargada de la implementación*): a) Las leyes en el canon de la ley ambiental se promulgan principalmente con el propósito de proteger el ambiente; b) Las leyes ambientales canónicas en general abordan la contaminación; c) Las leyes ambientales canónicas son estatutos, incluidas las reglamentaciones administrativas que implementan un estatuto o los casos que interpretan un estatuto o reglamento; d) Las leyes en el canon del Derecho Ambiental son leyes nacionales; y, e) La EPA administra la mayoría de las leyes en el canon del Derecho Ambiental.

¹⁴² «Causation in Environmental Law», 2262-2264.

1.4 Tipos de demandas ambientales en los Estados Unidos:

a) **“State statutory claims related to contaminated property” (“Demandas estatutarias relacionadas con la propiedad contaminada”)**

Varios estados de los EE.UU. cuentan con sus propios estatutos de tipo “*Superfund*”, los cuales permiten a los demandantes recuperar los “*response costs*” de una manera similar a la proporcionada por CERCLA. Sin embargo, existe una excepción y es que algunos de estos estatutos, a diferencia de CERCLA, en estados como Alaska, Minnesota y Washington, permiten la recuperación por lesiones personales, pérdidas de beneficios, disminución en el valor de la propiedad, honorarios de abogados (*relacionados con los litigios de los casos de recuperación de costos*), gastos u otras pérdidas derivadas de la contaminación a la propiedad o daños a la salud humana y el ambiente. MERLA,¹⁴³ se constituye como uno de los mayores ejemplos. Éste completó CERCLA y se incluyeron disposiciones adicionales que consagran algunos supuestos que implican una mayor o una menor responsabilidad para los acusados según las circunstancias.

Klass,¹⁴⁴ expone algunas diferencias entre CERCLA y MERLA, entre las cuales destaca por un lado, la referente a la recuperación de los “*response costs*”, para cuyo efecto, de conformidad con CERCLA, el demandante debe incurrir en costos “*necesarios*” que cumplan con el NCP, mientras que bajo MERLA, sólo los “*response costs*” deben ser “*razonables y necesarios*”. MERLA permite la recuperación de los costos y daños no disponibles bajo CERCLA. Por otro lado, la provisión de responsabilidad primaria de CERCLA sólo permite la recuperación de los “*response costs*” (*es decir, los costos incurridos para la remediación real de la propiedad contaminada*); mientras tanto, MERLA prevé la recuperación de esos costos¹⁴⁵ y cuenta además, con una disposición

¹⁴³ Minnesota Environmental Response and Liability Act (*MERLA*) of 1983.

¹⁴⁴ Klass, «CERCLA, State Law», 686-687.

¹⁴⁵ La profesora apunta que la provisión de responsabilidad primaria que CERCLA originalmente impuso; una responsabilidad de tipo objetiva y solidaria a los actuales propietarios y operadores de “*facilities*”, independientemente de si

legal que detalla las dos categorías de daños, cuya recuperación está permitida:¹⁴⁶

1.- *Los daños por pérdidas económicas reales, incluyendo el daño o destrucción de los bienes reales o de la propiedad personal, pérdida de uso de la propiedad real o personal y la pérdida de ingresos o ganancias pasados o futuros resultantes del daño, destrucción o pérdida de propiedad real o personal.*

2.- *Todos los daños por muerte, lesiones personales o enfermedades, incluyendo gastos médicos, costos de rehabilitación, gastos de entierro, pérdida de ingresos pasados o futuros, pérdida de capacidad de ganancia y daños por dolor, sufrimiento y deterioro.*

(§ 115B.05).¹⁴⁷

ese aquellos causaron o no las “releases” de “hazardous substances”, aunque fue ligeramente moderada con las posteriores enmiendas, mediante la creación de figuras jurídicas como “the innocent owner exception” y “the bona fide prospective purchaser exemption (la “excepción del propietario inocente” y la “exención de comprador potencial de buena fe”)), resultó ser -durante muchos años-, bastante significativa para muchos acusados inocentes que desconocían que su propiedad previamente a la compra había sido contaminada. MERLA, por el contrario, impuso una responsabilidad a los actuales propietarios y operadores de “facilities”, sólo si poseían u operaban la “facility” en el momento en que la “hazardous substance” fue colocada o llegó a estar colocada en la “facility”; cuando la “hazardous substance” estaba localizada dentro o en la “facility” pero antes o durante el tiempo de la “release” o amenaza de ésta. De esta manera, aquella disposición que contemplaba CERCLA, una de las más controvertidas sobre responsabilidad para los propietarios actuales, nunca fue parte de MERLA. Vid., ibíd.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ § 115B.05 Liability for Economic Loss, Death, Personal Injury, and Disease; Limitations and Defenses. Subdivision 1. Liability, “...any person who is responsible for the release of a hazardous substance from a facility is strictly liable for the following damages which result from the release or to which the release significantly contributes:

(1) all damages for actual economic loss including:

(i) any injury to, destruction of, or loss of any real or personal property, including relocation costs; (ii) any loss of use of real or personal property; (iii) any loss of past or future income or profits resulting from injury to, destruction of, or loss of real or personal property without regard to the ownership of the property; and (2) all damages for death, personal injury, or disease including: (i) any medical expenses, rehabilitation costs or burial expenses; (ii) any loss of past

Además de estas diferencias sacadas a la luz, existe un estatuto adicional que Minnesota dispone, el que para nuestros efectos de estudios nos llama más la atención: “*The Minnesota Environmental Rights Act*” (MERA),¹⁴⁸ utilizado para obtener una “*injunctive relief*” en los casos de propiedad contaminada. MERA otorga a cualquier persona física, corporación, agencia estatal o municipalidad el derecho de entablar una acción civil;¹⁴⁹ en la corte del distrito para obtener una medida declaratoria o equitativa contra cualquier persona “*para la protección del aire, el agua, la tierra u otros recursos naturales*” dentro del Estado, ya sea propiedad pública o privada, por “*contaminación, deterioro o destrucción*”. Lo interesante aquí, es que el estatuto considera como “*Recursos Naturales*”, sin limitarse a “*todos los recursos minerales, animales, botánicos, de aire, agua, tierra, madera, suelo, de reposo, recreativos e históricos*”, sino que incluye a los recursos escénicos y estéticos que pertenezcan a cualquier entidad gubernamental.¹⁵⁰

or future income, or loss of earning capacity; and (iii) damages for pain and suffering, including physical impairment”.

¹⁴⁸ Vid., Klass, «CERCLA, State Law», 688-691. La profesora describe que MERA ha sido interpretada de manera muy amplia por las Cortes de Minnesota, concediendo ampliamente a los ciudadanos la facultad de desafiar acciones estatales, locales y privadas, y concluyendo que los “*recursos naturales*” protegidos por la ley incluyen pájaros y árboles en los que anidan; edificios históricos, áreas pantanosas y áreas de vida silvestre, la vista desde un bosque estatal y la desértica experiencia visitando un bosque, quietud en áreas residenciales, pozos de agua potable y humedales. Los demandantes han utilizado MERA para prohibir acciones prospectivas que incluyan un pozo de grava, un campo de tiro, recolección de árboles, una torre de radio privada en tierras privadas y condenas para proyectos de autopistas y cárceles. Además, resalta que las Cortes han utilizado el estatuto para obligar al responsable de la contaminación a remediar esa contaminación, siempre y cuando el demandante pueda establecer que la contaminación existente está causando de forma continua polución, deterioro o destrucción de los recursos naturales. Existen también algunas diferencias que versan sobre la recuperación de los honorarios de abogados relacionados con los litigios de los casos de recuperación de costos (MERLA permite, CERCLA no); y otras, respecto de los “*statutes of limitations*” aplicables a las acciones de CERCLA y MERLA; vid., ibíd.

¹⁴⁹ Véase, MINN. STAT. ANN. § 116B.03 (*right of civil action*).

¹⁵⁰ Véase, MINN. STAT. ANN. § 116B.02 “*definitions*”, Subd. 4, “*Natural resources*”: “...shall include, but not be limited to, all mineral, animal, botanical, air, water, land, timber, soil, quietude, recreational and historical resources. Scenic and esthetic resources shall also be considered natural resources when owned by any governmental unit or agency”.

En efecto, un demandante puede establecer “contaminación, deterioro o destrucción” de los recursos naturales, ya sea demostrando que la conducta en cuestión, violó una norma o un permiso ambiental o demostrando que dicha conducta “afecta significativa y adversamente o es probable que significativa y adversamente afecta al ambiente”.¹⁵¹

b) “State common law claims” (“Demandas estatales bajo el régimen del “Common Law”)

En muchos de los casos de contaminación ambiental, los demandantes continúan dependiendo en gran medida de las “Common Law Claims” basadas sobre “trespass”, “nuisance”, “negligence” y “strict liability” para conseguir la indemnización y reparación de los daños ocasionados, el establecimiento de medidas cautelares y de “punitive damages”,¹⁵² además de lo que prevé CERCLA y otras “State Superfund Claims”. Esto ocurre, debido a determinados factores. Uno de ellos, se debe a que muchos casos en los que se ha producido algún tipo de contaminación, ésta ha sido causada por un contaminante como el petróleo o el gas natural que están excluidos del ámbito de aplicación de CERCLA o de la cobertura del “State Superfund Law”, por lo que las “Common Law Claims” vienen a ser los únicos medios legales de recuperación de los daños y demás costos. Otro factor, es que puede resultar que una parte distinta del demandante, como el demandado, un tercero o el gobierno, está asumiendo la responsabilidad de la limpieza actual de las sustancias peligrosas, pero el demandante aún siga presenciando

¹⁵¹ Klass, «CERCLA, State Law», 691.

¹⁵² Esto no dista de que en algunos casos, los jueces puedan adoptar medidas preventivas futuras, para evitar la reiteración de los daños, como por ejemplo en el caso de una comisión de un delito ecológico o ilícito administrativo en la materia. En cualquier caso, estamos hablando de medidas concretas de exiguo alcance. El sistema norteamericano, es muy distinto en este aspecto en comparación al sistema español, pues los órganos judiciales -estadounidenses- pueden añadir en ocasiones a los veredictos de indemnización de daños y perjuicios cifras astronómicas con base en los “punitive damages”, cuya finalidad es imponer a las empresas indemnizaciones dirigidas a prevenir conductas similares en el futuro mediante un cálculo de costes y beneficios, privándoles de todas aquellas subvenciones económicas o lucrativas que su acción haya podido significar. Vid., Blanca Lozano Cutanda y Juan-Cruz Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, (Madrid: Dykinson S.L., 2008), 184.

daños como la pérdida de beneficios o ganancias, pérdida de rentas o alquileres, o lesiones personales. Además, dependiendo de la gravedad de la conducta, el demandante puede estar habilitado para pretender el establecimiento de “*punitive damages*”, lo que puede empequeñecer cualesquier costo de limpieza u otro tipo de daño. Esta medida no está disponible bajo CERCLA ni bajo los “*States Superfund Statutes*”, pero sí bajo el sistema del “*Common Law*”.¹⁵³

Los “*toxics torts*” o “*daños tóxicos*”, son un ejemplo de una clase específica de “*personal injury lawsuit*”, los cuales además, han llegado a constituirse en una fuente importante dentro del campo ambiental, a pesar de su limitación general a los daños personales, pues abarcan una amplia variedad de casos por exposición a asbestos, pesticidas, dioxinas¹⁵⁴ y varios productos farmacéuticos, como el dietilestilbestrol (*medicamento de prevención del aborto*), por citar los más comunes. Debido a la naturaleza de las sustancias involucradas, los daños no se descubren sino hasta mucho tiempo después de que la exposición se haya producido. Además, durante ese lapso de tiempo, la víctima pudo haber estado expuesta a una variedad de sustancias potencialmente dañinas, como resultado de acciones de diferentes actores. Estas dificultades complican que la causalidad pueda probarse, evitando que la compensación a las víctimas por los daños sufridos prospere.¹⁵⁵

1.5 The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, “CERCLA” o “Superfund”

El Congreso esculpió CERCLA sobre la base de la “*New Jersey's Spill Compensation and Control Act*” o “*Spill Act*” de 1976 (*la Ley*

¹⁵³ Klass, «CERCLA, State Law», 691-698.

¹⁵⁴ La dioxina puede referirse incluso a cualquier compuesto de los hidrocarburos clorados que se producen como productos secundarios tóxicos en una variedad de procesos industriales. De conformidad además con las evaluaciones del riesgo de la dioxina hechas por la EPA, estos elementos son altamente cancerígenos, persisten durante largos períodos en el ambiente y pueden acumularse en la cadena alimentaria. Para profundizar sobre las dioxinas, vid., William Boyd, «Controlling Toxic Harms: The Struggle over Dioxin Contamination in the Pulp and Paper Industry», *Stanford Environmental Law Journal* 345, vol. 21 (2002): 351-392.

¹⁵⁵ «Causation in Environmental Law», 2258-2259.

de *Compensación y Control de Derrames o Ley de Derrames*); primer “*Statute*” que exigía la limpieza de tierras contaminadas por “*hazardous substances*”; y sobre la base de la CWA que exige la limpieza de derrames de petróleo o de “*hazardous substances*” en las aguas superficiales. En la década de 1995, el “*Superfund*” alcanzó niveles nunca antes experimentados de progreso operacional y aceptación pública, cuyo crédito de mejora es atribuible en gran parte a la EPA que realizó varias reformas administrativas sobre la gestión del programa.¹⁵⁶

Propósito de “CERCLA”.- No existe una disposición que explícitamente señale el propósito de CERCLA. Fueron los informes del “*House Committé Report*” y la “*Supreme Court*”, los que lo definieron.¹⁵⁷ La promulgación de “*CERCLA*” surgió con la finalidad de brindar una respuesta integral a los vastos problemas asociados con los sitios de descarga de desechos peligrosos abandonados e inactivos,¹⁵⁸ incluyendo un mecanismo para la asignación de los “*cleanups costs*” o creando un “*Superfund*” (*razón por la cual a CERCLA se le conoce también bajo este designio*). Algunos doctrinarios también buscaron determinar el propósito de esta “*Act*”. Abelkop,¹⁵⁹ constriñe que CERCLA pretendió solucionar el problema de la eliminación inadecuada de “*hazardous substances*” por el desarrollo de actividades

¹⁵⁶ El programa Superfund ciertamente se lanzó en una atmósfera de crisis; el descubrimiento de contaminación grave en sitios como los ya descritos, provocó el miedo generalizado de graves peligros para la salud pública. Poco se sabía sobre el número o el alcance de los problemas de eliminación de desechos peligrosos, y aún menos sobre cómo tratarlos. Prácticamente no habían programas gubernamentales ni conocimientos especializados en este campo, que dio lugar a un impulso político irresistible. Los autores consideran que “*The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA) statute*”, se basó débilmente en el modelo del “*Clean Water Act's oil spill cleanup fund*”, apodado “*Superfund*” y que fue calado como una sesión de “*pato cojo del Congreso de los EE.UU.*”. Así, lo catalogan, por haber sido aprobado dicho estatuto sin un solo informe del comité que abordaba el proyecto y que en la actualidad llegó a ser “*Act*”. Vid., Quarles and Steinberg, «The Superfund Program», 2-5.

¹⁵⁷ Cf. H.R. REP. No. 96-1016(I), at 17, reprinted in 1980 U.S.C.C.A.N. 6119, 6119-6120.

¹⁵⁸ Kyle Crawford et al., «Environmental Crimes», 1203.

¹⁵⁹ Adam D.K. Abelkop, «Tort Law as an Environmental Policy Instrument», *Oregon Law Review* 92 (2013): 407-408.

industriales y la presencia de éstas en el ambiente. Pendergrass,¹⁶⁰ estatuyó que los propósitos generales de CERCLA se centran en dos objetivos:

- a) Facilitar la remediación de sitios de desechos peligrosos; y,
- b) Hacer que el contaminador pague los costos de limpieza.

Mientras tanto, Ferrey,¹⁶¹ entiende y simplifica a CERCLA como:

- 1.- Un sistema de recolección y análisis de información.
- 2.- Autoridad federal para responder y limpiar las “*releases*” de las “*hazardous substances*”.
- 3.- Un fondo fiduciario de respuesta a las “*hazardous substances*” (“*The Superfund*”) para garantizar la limpieza.
- 4.- Un esquema de responsabilidad para los responsables de las “*releases*” de “*hazardous substances*”.

Estos cuatro elementos, tal como explica, forman a su vez la secuencia lógica, en la que la EPA generalmente afirma su jurisdicción. La EPA, tiene la obligación de:¹⁶²

- a) Colectar la información.
- b) Responder a las emergencias.
- c) Seleccionar un fondo de limpieza federal segregado y preestablecido.
- d) Persiguir a los responsables.

De todo lo expuesto, hay que rutilar que el enfoque principal de “*CERCLA*” más que regulador es “*remedial*” y “*corrective*”. “*CERCLA*” también permitió la revisión del “*National Contingence Plan*” o “*NCP*” (*Plan Nacional de Contingencia de Contaminación*), de sustancias peligrosas, el cual proporciona directrices para las respuestas a la “*release*” o amenaza de

¹⁶⁰ En igual sentido, Kyle Crawford et al., «Environmental Crimes», *American Criminal Law Review* 53 (2016): 1202. También para estos doctrinarios, el principal fin de CERCLA es “*remedial*” y “*corrective*” más que “*regulatory*”.

¹⁶¹ Steven Ferrey, *Environmental Law. Examples & Explanations*, fifth edition (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2010), 372-373.

¹⁶² Sobre la notificación a la EPA y la inspección de una “*release*” (véase, *section 103, 42 U.S.C. 9603 CERCLA*) y sobre la información que la EPA puede requerir de cualquier persona (véase, *section 104, 42 U.S.C. 9604, CERCLA*).

“*hazardous substances release*”, y estableció una “*National Priority List*” (“*NPL*”), que identifica los sitios que pueden requerir una acción correctiva. Dado que “*CERCLA*” es principalmente un “*remedial statute*”, las indemnizaciones monetarias en virtud del estatuto se consideran “*civil penalties*” o “*cost recovery damages*”, pero no “*criminal penalties*”. Sin embargo, las disposiciones de CERCLA se complementaron con la adopción de la “*Ley de Enmiendas y Reautorización de Superfund*” o “*SARA*” (1986), en la cual se incorporaron las sanciones penales para ciertos casos por infringir el Superfund (*section 109, 42 U.S.C. 9609*).¹⁶³

1.6 Conceptualización del daño ambiental en la Unión Europea y en el sistema jurídico español

a) El ambiente como eje de la Directiva 2004/35/CE y la LRM

Así como ocurrió con los casos del “*Love Canal*” y “*Exxon-Valdez*”, en los años 1959 y 1989, hechos consternadores en los Estados Unidos, también en el continente europeo se han presentado algunos casos graves de contaminación que han propagado sus efectos dañosos a varios Estados europeos, como el de las aguas de grandes ríos como el caso “*Sandoz*” y del “*Río Rhin*”, otros casos de la llamada “*lluvia ácida*”, que han acarreado un grave deterioro de masas forestales en varios países centroeuropeos; el mismo caso del accidente de la “*Central nuclear de Chernobyl*” (*aunque presenta unas connotaciones, por la gravedad de los daños en la vida y salud de las personas, que lo diferencian en buena parte de los daños estrictamente ambientales*), los cuales constituyeron la motivación fundamental para que el Parlamento Europeo y el Consejo, hayan promulgado la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (*Considerando I y II*).

En la actualidad, el entorno se ve y se comprende cada vez más como un todo. Al fin se ha llegado a reconocer que las sustancias contaminantes, entre ellas, el petróleo, pueden moverse entre los

¹⁶³ Kyle Crawford et al., «Environmental Crimes», 1202-1203.

distintos medios naturales y ser la causa directa o indirecta de diversos daños ambientales. El holismo del mundo natural contrastaba de una manera tan aguda con la legislación ambiental existente en los estados miembros de la Unión Europea, las estructuras organizativas y los procedimientos administrativos, y aunque la inconmensurabilidad de los bienes ambientales sea uno de los principales obstáculos, con el propósito de adaptar todo ello a la naturaleza holística del mundo natural, la imperiosa necesidad de un enfoque integrado para proteger el ambiente en su conjunto, fue aceptada como un principio político por todos los gobiernos nacionales europeos.¹⁶⁴

A partir del enfoque netamente individualista adoptado por la mayoría de los códigos civiles de los estados miembros de la Unión Europea, sobretudo al prever que el daño que alguien cause a otro individuo, deba ser cierto y personal, dejando como lacónica la protección íntegra del ambiente, constituyó la motivación de dichos estados para adoptar un sistema que propicie una solución acertiva que permita afrontar los problemas que los daños ambientales pudiesen acarrear. La incapacidad de los diferentes instrumentos normativos existentes, principalmente, el instituto clásico de la responsabilidad civil extracontractual, para alcanzar una prevención eficaz así como una adecuada y rápida reparación de los daños ambientales, conllevó también a que los estados miembros de la UE se consoliden y se focalicen en implementar políticas más estrictas que decoloren las leyes ineficaces y que permitan subsanar las deficiencias que se han venido presentando, sobretudo respecto del sistema clásico, que aún continúa siendo un aprieto explícito,¹⁶⁵ a la hora de resolver los casos de daños de tipo ambiental.

La noción de “*daño ambiental*”, también se ha configurado como la piedra angular del instituto jurídico de la “*responsabilidad*”, pero no de la clásica responsabilidad “*civil o extracontractual*”. En el campo ambiental, esta institución está construida con objetivos específicos y diferentes que la aislan de aquella. Está reconocida y

¹⁶⁴ Noussia Kyriaki, «The BP Oil Spill-Environmental Pollution Liability and Other Legal Ramifications», *European Energy and Environmental Law Review*, 3, vol. 20 (2011): 103-104. ISSN: 0966-I646.

¹⁶⁵ Analizadas y profundizadas en el capítulo I, aunque también lo sacaremos al sol en el capítulo IV. Profundizar sobre lo deficiente que viene a ser el Derecho Civil para el ambiente, en Luquin Bergareche, *Mecanismos...*, 42-52.

plasmada de manera expresa en diversos cuerpos normativos, promulgados únicamente para referirse a ella y regular su ámbito de aplicación. Incluso, la normativa que la instaura y regula, llevan intitulada su denominación para remarcar su independencia y su exclusividad en la materia. De esta manera, ha llegado a constituirse para la Directiva 2004/35/CE así como para la Ley de Régimen Medioambiental en el ordenamiento jurídico español que la transpone, en su objeto central de regulación. Son las que erigen el principio rector del Derecho Ambiental. “*Quien contamina paga*”. La Directiva en mención, dio un giro transversal al Derecho, para pasar de una protección netamente individualista a otra de carácter colectivo. Efectivamente, estamos hablando de la “*Responsabilidad Ambiental*”. Es la que, por todas las razones expuestas, ocupa hoy en día un espacio grande dentro de los debates legislativos y de los análisis proporcionados por un gran sector doctrinario.

El impulso notable por parte de la Unión Europea para promulgar la Directiva 2004/35/CE que la mayoría de los Estados miembros la han transpuesto a su orden interno (*así por ejemplo en España, a través de la LRM*), también surgió del Libro Blanco sobre Responsabilidad Medioambiental.¹⁶⁶ Anteriormente, como lo hemos denotado, únicamente se exigía la lesión de un derecho subjetivo como en el ámbito de la responsabilidad civil o el deber de reposición en virtud de las normas administrativas vigentes que lo acopiaban,¹⁶⁷ cuando en realidad, como manifiesta Huergo Lora,¹⁶⁸ la reparación del ambiente dañado carece de carácter sancionador,¹⁶⁹ aún a pesar de que la forma en la cual se tipifica en las leyes pueda sugerir dicho carácter, por lo que se sugiere independencia entre las medidas de restablecimiento de la legalidad de la imposición de sanciones.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Libro Blanco COM (2000) 66 final, de 9 de febrero de 2000 (presentado por la Comisión Europea).

¹⁶⁷ García Amez, *Responsabilidad...*, 94-95. En igual sentido, Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 61-62.

¹⁶⁸ Huergo Lora A., *Las Sanciones Administrativas*, (Madrid- Iustel, 2007), 265-266.

¹⁶⁹ En igual sentido, Luciano Parejo Alfonso, «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo* 36 (2014): 23-24. RI: § 414743.

¹⁷⁰ Véase STC español (*recordada en el Auto 145/2012, de 16 de julio de 2012*). Se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6897-2011, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante en relación

con el artículo 36.4 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. En los fundamentos jurídicos se deja constancia de que “4. Además del incumplimiento de los requisitos procesales la cuestión planteada... el órgano judicial parte del presupuesto de entender que la existencia de una obligación de reparar el daño medioambiental presupone la existencia de una sanción administrativa impuesta previo el correspondiente procedimiento sancionador, en cuyo seno habrían de establecerse las medidas de reparación oportunas. Tal premisa determina que la duda de constitucionalidad carezca de viabilidad pues la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. Distinción que deriva ya de lo dispuesto en el art. 45 CE, el cual, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Esa distinta consideración de la obligación de restaurar el daño medioambiental, expresión del interés público en la conservación del medio ambiente que consagra el art. 45 CE, se basa en que la misma pretende la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación indebidamente alterada a consecuencia de una actuación que no se ajusta al orden jurídico y que se ve así infringido y eso con independencia de las consecuencias punitivas en forma de sanción administrativa que, en su caso, pudieran derivarse. Es decir, como apunta el Ministerio Fiscal, para que la medida correctora se imponga no es necesaria la previa existencia de sanción, sino el incumplimiento o la infracción. Por lo demás, el art. 36.4 de la Ley 26/2007 lo que afirma es la independencia de sanciones y medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación, lo que en nada afecta al art. 25.1 CE, ya que estas últimas no pueden considerarse ni equivalentes a sanciones ni, mucho menos, sanciones encubiertas. Así resulta de la regulación legal de esta figura pues el art. 2.16 de la Ley 26/2007 define las medidas de reparación como «[toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el anexo II], finalidad específica de restauración del medio ambiente dañado que confirma el art. 20.1 del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007 («La reparación del daño medioambiental tendrá como finalidad devolver los recursos naturales y los servicios de los recursos naturales dañados a su estado básico, para lo cual se identificarán el tipo, la cantidad, la duración y la ubicación de las medidas reparadoras necesarias»). Todo ello no es sino una manifestación de la compatibilidad que se reconoce con carácter general entre las responsabilidades administrativas derivadas de un procedimiento sancionador y la posibilidad de exigencia de reposición al estado originario de la situación alterada por el infractor (al respecto, art. 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Configurada de tal modo, resulta que tal obligación carece, entonces, del

Sobre la base de estos precedentes, en el ámbito jurídico comunitario europeo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, se anudaron para elaborar un marco normativo común que instituye un sistema de responsabilidad ambiental útil que dirija a los Estados miembros. Dicha normativa se erige mediante la promulgación de la Directiva 2004/35/CE, la cual reconoce además, la soberanía de los Estados para que ante el surgimiento de estos daños, los operadores responsables asuman los costes con sujeción a los criterios de reciprocidad que se establezcan en los tratados y convenios internacionales, así como en la legislación comunitaria que imponga de manera más amplia y rigurosa la realización de cualquiera de las actividades que entren en el ámbito de aplicación de la referida Directiva. (*considerando 10*). Su promulgación se fundamenta en todos los daños que se han presenciado en los últimos decenios y que han provocado una gran pérdida de biodiversidad, además de los riesgos sanitarios que han generado. En el plano estatal (*España*), la LRM se ha constituido en la máxima exponente de los principios de prevención y reparación ambiental, al transponer aquella Directiva a su ordenamiento jurídico interno (*Preámbulo I*).

La propia denominación de “*Daño Ambiental*”, nos obliga a emplear un estudio sistemático, de los dos términos que involucra: “*Daño*” y “*ambiente*”. Ambos términos requieren ser analizados individual y jurídicamente, a pesar de que tengan que ir estrechamente de la mano, porque tienen una denotación particular e individualizada en las diferentes disposiciones legales que lo regulan, esto es la Directiva 2004/35/CE y la LRM, lo cual resulta imprescindible explicarlo para determinar qué casos o supuestos de hecho, efectivamente, configurarían esta categoría jurídica, que determinará además, cuando se podrá activar el instituto de responsabilidad ambiental. Es por esto, que nos resulta útil precisar su concepto y contenido, pues contribuirán a la demarcación del ámbito de protección y delimitación de la responsabilidad ambiental *-en concordancia con lo que la normativa ambiental ha instaurado*, para quien provoque un daño de esta naturaleza.

contenido aflictivo que es propio de las sanciones administrativas por cuanto de las mismas no es posible predicar finalidad punitiva alguna, lo que pone de manifiesto su distinta naturaleza que justifica un distinto tratamiento legal”.

En materia civil, cuando se habla del “*daño resarcible*”, dentro de éste se incluye también el “*daño corporal*”, que en materia ambiental, vendría a ser el que se ocasiona o el que recae sobre las cosas. Esto, en principio, conllevaría a pensar que aquí encuentra su asidero la degradación -*daño*- del ambiente. Sin embargo, respecto de esa inclusión, la doctrina en el campo ambiental, ha ponderado la “*desventaja*” del carácter institucional que trae consigo dicha figura nocional.¹⁷¹ La degradación -*daño*- ambiental no es sinónimo de daño en sentido jurídico-civil; escapa a los medios que dispone el Derecho Civil para llevar a cabo su compensación, razón por la que se ha regulado en sentido estricto. No abordaremos sobre esto, pues ya lo hicimos con profundidad en pasajes anteriores al tratar el daño civil como tal. El texto más claro fue la propuesta de la Directiva por responsabilidad civil por daños y perjuicios causados al ambiente, originados por los residuos, que fue el embrión de la Directiva 2004/35/CE y clarificadora en relación con la LRM.

El concepto que por excelencia refiere a *degradación* o *negatividad* en materia ambiental, está representado en la actualidad, en la Ley española de “*Residuos y Suelos Contaminados*”, al definir un “*suelo contaminado*”, denotando que es aquel cuyas características han sido alteradas “*negativamente*” (artículo 3).¹⁷²

Ruda González,¹⁷³ ha propuesto entender el “*deterioro del ambiente*” como la presencia de materia o energía en él, que altere -*de modo directo o indirecto*- sus condiciones y dañe a los recursos que lo componen o al equilibrio existente entre ellos.

Hablar de “*efectos adversos*” o “*cambio adverso*”; nociones incorporadas por la Directiva 2004/35/CE y la LRM, también generan una persuasión para pensar en un sinónimo de negatividad. Sin embargo, el contexto en el que lo han hecho, ha servido para

¹⁷¹ Ruda González, *El daño ...*, 96.

¹⁷² Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (BOE núm. 181, de 29 de julio de 2011), artículo 3 “*definiciones*”, “*x*) «*Suelo contaminado*»: *aquel cuyas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso procedentes de la actividad humana, en concentración tal que comporte un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno, y así se haya declarado mediante resolución expresa*”.

¹⁷³ Cf. Ruda González, *El daño...*, 96-97.

conceptualizar verdaderamente lo que es el “*daño ambiental*”. Tal como lo definen, un “*daño ambiental*” vendría a ser, cualquier cambio o efectos adversos producidos a los recursos naturales o a los servicios que éstos prestan (*artículo 2.2 de ambas normas*). La propia Declaración de Río de Janeiro, incluyó esta terminología para solicitar a los Estados su cooperación en materia de responsabilidad ambiental, frente a los “*efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades...*” desarrolladas dentro o fuera de su jurisdicción pero bajo un determinado control (*principio 13*).¹⁷⁴

Sobre esta base, doctrinariamente, tampoco han faltado construcciones dogmáticas para instaurar una definición en torno al “*daño ambiental*”. Entre quienes han decidido hacerlo, parecería ser que quienes se acercan más a una definición técnico-jurídica son los siguientes autores:

Ruda González,¹⁷⁵ al hablar del “*daño ambiental*”, parte por considerar que “... *Habría un afectado, que alguien sufre o padece el daño... Una víctima a la que el ordenamiento le concede una vía o mecanismo para que reclame su reparación. Aunque no existe una víctima individual sino que el quebranto tiene carácter colectivo. Afecta a la colectividad o al medio ambiente como tal... Tiene que ver con la lesión de los componentes del medio natural y sus interacciones*”. Además, deduce que los daños ambientales “... *son ecológicos, porque afectan al medio ambiente, y que son puros, porque afectan sólo al mismo, no a personas individualmente consideradas*”.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Textualmente el principio reza: “*Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y mas decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción*”.

¹⁷⁵ Ruda González, *El daño...*, 75. El mismo autor, en *Responsabilidad civil medioambiental...*, 728.

¹⁷⁶ *Ibid.*

Clovis¹⁷⁷, concibe que “*daño medioambiental será aquello que ponga en peligro o menoscabe la calidad del medio, tal que no permita al hombre llevar una vida digna ni gozar de bienestar o, lo que es lo mismo, aquel daño cuya consecuencia sea que el entorno se convierta en lugar inadecuado para el desarrollo de la persona*”.

El “*daño ambiental*”, a criterio de Yanguas Montero,¹⁷⁸ comprende a “*aquellas lesiones a cualquiera de los elementos que integran el medio ambiente que ocasionan, además un perjuicio, patrimonial o no, a los individuos que disfrutan de ese medio ambiente*”.

Asimismo, Luquin Bergareche,¹⁷⁹ es partidario de concebir como “*daño ambiental*”, en un sentido amplio, definiéndolo como el “*daño causado al ambiente como bien jurídico de titularidad colectiva o a otros derechos subjetivos como la salud o patrimonio en cuanto puedan resultar afectados por determinadas agresiones medioambientales*”. A simple vista, denotamos que en esta definición, están congregadas las diferencias que la doctrina en los últimos años ha venido desarrollado para establecer las características de uno u otro tipo de daño de manera singularizada, en consideración con la clasificación más usual de los “*daños ambientales*” (“*ambientales personales*” y “*ecológico puro*”).

Briceño,¹⁸⁰ con alguna similitud pero incorporando en su concepto también la afectación que las personas podrían sufrir a causa de un daño ambiental, define al “*daño ambiental*” como “*Cualquier menoscabo o vulneración de los bienes ambientales (dentro de los que se comprenden tanto los recursos bióticos como abióticos), del paisaje como expresión figurada del ambiente y de la vida, salud y bienes de los seres humanos que se producen como consecuencia de*

¹⁷⁷ Danny Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales. Un análisis a la luz de la ley de responsabilidad medioambiental en España», *Revista de Derecho UNED* 14 (2014), 623.

¹⁷⁸ Guillermina Yanguas Montero, «El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente», *Anuario de Derecho Civil*, 3, vol. 53 (2000): 847.

¹⁷⁹ Luquin Bergareche, *Mecanismos...*, 134.

¹⁸⁰ Andrés Mauricio Briceño, «El daño ecológico. Presupuestos para su definición», V Congreso de Derecho Ambiental Español, Pamplona, marzo de 2004.

toda contaminación que supere los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de éstos”.

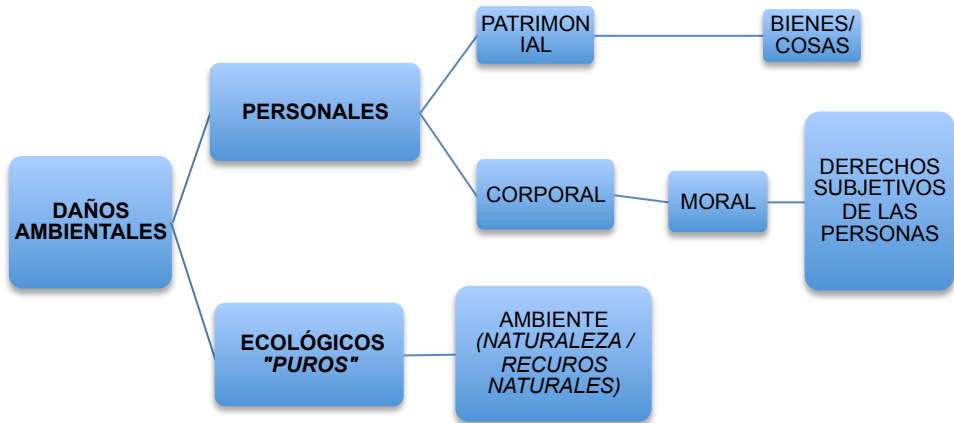
Parece ser que las definiciones más completas de “*daño ambiental*” son las impartidas por Luquin y Briceño. A nuestro criterio el “*daño ambiental*”, se refiere a aquel producido por una acción u omisión, llevada a cabo durante la ejecución u operación de una actividad humana -*una actividad industrial*-, capaz de provocar una alteración desfavorable en el “*ambiente*” propiamente dicho -*sólo en algunos de sus componentes*-, o en la función de los servicios que éstos brindan, es decir en su visión macro y micro, pero que puede lesionar también bienes patrimoniales, provocando lo que generalmente se conoce como daño patrimonial, o bienes extrapatrimoniales, pudiendo provocar un daño moral, tal como lo ha reconocido la mayoría de la doctrina.

b) Clasificación de los “*daños ambientales*” en el ordenamiento jurídico español

A efectos de que la institución de la responsabilidad ambiental se pueda instaurar, se debe tener dilucidada las diferencias existentes entre el carácter individual y colectivo que un daño puede representar, es decir, entre los “*daños tradicionales*” en el campo civil y los “*daños ambientales*” en el ámbito legal ambiental. Este enfoque y división de los “*daños*” en cuanto al tipo bien afectado, no sólo han llevado a la recta deontológica a crear una dogmática respecto de uno y otro como hemos referido, sino además, ésta se ha visto incentivada a desarrollar una clasificación respecto de cada uno de ellos.

Este distingo que ha contribuido a la clasificación más típica y usual de los “*daños ambientales*”, que incluye dos categorías nuevas de daños sujetos a distintos regímenes. Se trata de una clasificación bipartita que hace que a partir de los “*daños ambientales*”, que figuran dentro del espectro de los “*daños colectivos*”, nazcan dos tipos de daño independientes. Por un lado, los “*daños ambientales personales*” (“*tradicionales*”); y, por otro lado, los “*daños ecológicos o ecológicos puros*”, según ha ido evolucionando su concepto.

Ilustración núm. 3: Clasificación Convencional de los “*Daños Ambientales*” en España.



El denominador común que caracteriza a estos dos tipos de daños es el “*ambiente*”. Este fenómeno complejo, está presente en cada uno de ellos. La diferencia radica, en que en el primer caso, el ambiente se ve afectado de manera indirecta, mientras en el segundo caso, aquel ha sufrido un lance directo. Esta última situación, es la que ha generado el debate doctrinario para determinar qué es lo que por “*daño ambiental puro*” verdaderamente se debe comprender y qué requisitos ha de cumplir para que se configure como tal.

Por el impacto que en el análisis del caso “*Chevron - Texaco*” representa esta dicotomía y con la finalidad de entender de mejor manera el alcance y el debate fundado en los últimos años respecto de estos dos bloques de daños ambientales, por configurar además, la clasificación de daños más convencional en el campo ambiental, hemos de recurrir a rescatar las sobresalientes definiciones que muchos autores no han dudado en instaurar respecto de ellos. Por lo tanto, ahora, ya no vamos a referirnos a la clasificación de los daños individuales, en razón del análisis que ya se ha llevado a cabo en líneas pasadas. Lo que nos queda por definir y explicar, es la clasificación que engloba los “*daños ambientales*”, en razón sobretodo, de su “*pureza*”,¹⁸¹ que como ya lo explicaremos, se

¹⁸¹ Sobre los elementos del daño ecológico puro, véase Ruda González, *El daño...*, 75 y ss.

contraponen a todo tipo de daño con carácter individual (*interés personal o particular del otro*).¹⁸²

Hay quienes destacan su imprecisión, como ya lo expondremos en su momento. Sin embargo, es necesario describirlos para entender el ámbito de aplicación de la normativa de responsabilidad ambiental de la Unión Europea y régimen estatal español y determinar si podríamos circunscribir dentro del sistema que han creado, el caso que nos ocupa y los diferentes daños en los que el ambiente interviene, ya sea como medio conductor de un daño o como bien jurídico afectado.

Anteriormente, en la Unión Europea ni en España, no existía normativa alguna que regulase la responsabilidad ambiental por “daños” de naturaleza “ambiental”, de manera autónoma e independiente. El método que se ha incorporado ha sido la opción de dos vías para delimitar la frontera legal de esta clase de daños. Por un lado, una privada, que rige el ordenamiento español, por medio de las teorías de las inmisiones (*artículo 1908.2 y 4 Código civil*) y de relaciones de vecindad (*sin que sea necesario que las fincas estén contiguas*). Esta doctrina ha sido aplicada a nivel jurisprudencial,¹⁸³ determinando que el sujeto protegido es el propietario de la finca afectada cuando las molestias del sujeto

¹⁸² Sobre el análisis del criterio de titularidad que se inmiscuido en el carácter “puro” del daño ambiental, ver más en, Ruda González, *El daño...*, 128-130.

¹⁸³ Véase, STSJ Cataluña (*Sala de lo Civil y Penal*), sentencia núm. 28/2002 de 3 de Octubre (*RJ 2003\650*). El TSJC, establece que las inmisiones implican “una injerencia o intromisión indirecta sobre el predio vecino producida por la actividad del propietario en el ejercicio de sus facultades dominicales, que comporta la intromisión en el predio vecino de sustancias corpóreas o inmateriales como consecuencia de su propia actividad, que no abarca las injerencias por vía directa o por actos materiales”. Otro ejemplo, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5a), sentencia núm. 163/2014 de 3 de junio (*AC 2014\1036*). Este caso versa sobre una demanda en contra de un centro canino contiguo a la vivienda familiar del demandante, por los ladridos al unísono de un número elevado de perros que se escuchaban tanto en el día como en la noche. La víctima, presentaba ansiedad, un estado de ánimo bajo, insomnio y depresión reactiva. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia que condenó a la parte demandada (*el centro canino*) a cesar la actividad, desalojar los perros, a abstenerse de desarrollar nuevas actividades que pudieran causar inmisiones en el domicilio del actor y al pago de una suma elevada de dinero por los daños físicos y morales causados, más los intereses respectivos.

causante ha superado un límite estatuido. Esto nos explica y demuestra, por qué el sistema no está pensado/diseñado para cubrir al “*daño ecológico puro*”. Por otro lado, una pública, mediante la incorporación de instrumentos de carácter público (*proprios de la Administración pública*).

El problema que podría suscitarse aquí, es que existen algunos “*daños ambientales*” que podrían presentarse en el mundo cotidiano, cuyo carácter y naturaleza jurídica no estén perfectamente bien delimitados o genere un gran debate al respecto. Uno de los daños controversiales es específicamente el que venimos analizando, por los matices que iremos destiñendo a lo largo de este trabajo.

Sin más, de lo que doctrinariamente se ha podido abordar la clasificación de los “*daños ambientales*”, pasamos a expresar las principales características diferenciadoras que encontramos entre ambos tipos de daños, las cuales se sustentan y se arraigan básicamente en los siguientes presupuestos:

b.1 Los daños “*ambientales personales*” o “*personales ambientales*”

Cuando hablamos de este tipo de daños, se entendería *-a pesar del perfil impreciso que los reviste-* que se trata de aquellos que afectan a un bien ambiental (*sea la Naturaleza o a un recurso natural o a ambos*), pero que al mismo tiempo, se han inmiscuido y han afectado la esfera de derechos de una persona (*patrimoniales o personales*), provocando un menoscabo en los recursos de su propiedad (*o el derecho que un sujeto tiene sobre ellos se ha visto vulnerado por el daño*) o han afligido la vida y la integridad física o, más genéricamente, la salud y el bienestar de las personas.¹⁸⁴ En efecto, este tipo de daño, puede acarrear incomodidad y dificultad de las condiciones de vida, derivadas de un incidente ecológico o de cualquier otra lesión al ambiente, traducidas en sufrimientos morales o disturbios psíquicos,¹⁸⁵ *-caracterizadores del daño moral tradicional-*, como por ejemplo: el cambio de costumbres,

¹⁸⁴ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 63.

¹⁸⁵ Blanca Casado Andrés, «El concepto del daño moral», 5 y ss.

contagios, imposibilidad de consumir ciertos alimentos, el propio riesgo de estar expuestos a peligros para la salud.

Estamos ante la presencia de daños que no son propiamente ambientales. En este tipo de daños, el ambiente es el medio conductor del daño, pero no el objeto protegido sobre el cual recae el daño. Aquí es donde se enraiza su impresión. Deberían llamarse “*daños personales ambientales*”¹⁸⁶ y no “*daños ambientales personales*”, porque son daños más personales que ambientales.¹⁸⁷ Precisamente, el bien o interés afectado y el bien jurídico protegido no es el ambiente en sí mismo considerado. Lo que verdaderamente importa, son los daños ocasionados a las personas/individuos o cosas/bienes objeto de su propiedad -*en algunos casos, el patrimonio*- o la vulneración de los intereses individuales, producto todos ellos como consecuencia de las influencias que se propagan, difunden o transmiten a través del ambiente (*el ejemplo más típico, la intoxicación de una persona por contaminación del aire*).¹⁸⁸ La protección al ambiente únicamente prosperará, sólo bajo la condición de que un bien patrimonial o personal (*el derecho de un particular sobre ellos*) haya sido dañado.¹⁸⁹

En términos más concretos, empleados por Yanguas Montero,¹⁹⁰ es el daño “*sufrido por los particulares en sus bienes patrimoniales o en bienes inmateriales o espirituales de los que es titular, su salud o bienestar físico o psíquico como consecuencia de agresiones al ambiente*”. Para para caracterizar al “*daño ambiental personal*”, ve la necesidad de identificar sus elementos, a cuyo efecto manifiesta que su origen siempre debe estar en un atentado o en un deterioro

¹⁸⁶ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 63.

¹⁸⁷ No obstante, nos enfocaremos en este designio, de cualquier modo empleado, para diferenciarlos de los propiamente “*puros*”, los “*daños ambientales ecológicos*”.

¹⁸⁸ A pesar de no ser el único ejemplo, es al que han recurrido la mayoría de los doctrinarios al referirse a este tipo de daños. También puede proponerse como ejemplo, la muerte de una cabeza de ganado por contaminación del agua (Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 422.) o las pérdidas económicas derivadas por la contaminación de un suelo que tiene un valor agrario (García Amez, *Responsabilidad...*, 96).

¹⁸⁹ Blanca Casado Andrés, «El concepto del daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED* 18 (2016): 400-421. ISSN: 1886-9912. En la jurisprudencias hay varios ejemplos de daño moral.

¹⁹⁰ Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 37-39.

del ambiente. Este deterioro ambiental ha de provocar un daño al individuo, al verse afectados determinados bienes inmateriales o espirituales de los que es titular. Especifica, que no basta una mera invocación de la vulneración del derecho a un “ambiente adecuado”,¹⁹¹ sino que ha de generarse un daño indemnizable que puede producirse como consecuencia de la alteración de la calidad de vida, de la salud o por la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familia o a la inviolabilidad del domicilio. Una vez aceptadas estas premisas, considera que habrá que determinar en qué medida son exigibles a estos menoscabos, los requisitos caracterizadores de todo perjuicio civilmente resarcible y si estos requisitos presentan algún tipo de especialidad cuando se predicen este tipo de daños.¹⁹²

Betancor,¹⁹³ cuando habla de estos daños, se refiere a ellos acertadamente como “*personales ambientales*”. Reconoce su característica primordial al tratarse de aquellos sufridos por los ciudadanos como una consecuencia derivada de los infligidos a los recursos naturales y a la Naturaleza, destaca un factor importantísimo a considerar y que en el caso de los daños “*ecológicos puros*” no es imprescindible contar con él: El título de apropiación o uso del recurso. Quienes sufren los daños, consideran al menoscabo o la pérdida que afecta al recurso como algo accesorio, meramente instrumental. Si bien la contaminación daña al medio, los ciudadanos lo que ven es que su salud está comprometida. Destaca que el caso de las emisiones, el daño tiene estas dos vertientes. Una afectación negativa al medio, resultado de un cambio en su estado natural, que de acuerdo a los términos empleados por ejemplo del Convenio de 1992,¹⁹⁴ supondría una

¹⁹¹ Que está consagrado en el artículo 45.1 CE.

¹⁹² Sobre el carácter inmaterial, no patrimonial o moral del “*daño ecológico puro*”, ver más en Ruda González, *El daño...*, 89-94.

¹⁹³ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 65.

¹⁹⁴ Cf. Instrumento de adhesión de España al Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1969 (BOE núm. 225, de 20 de septiembre de 1995). En éste se enmendó el artículo I del Convenio de Responsabilidad Civil 1969, de la siguiente manera: “3. Se sustituye el párrafo 6 por el siguiente texto: «6. Daños ocasionados por contaminación: a) Pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la

“*impurificación*” y que a su vez afecta a la salud de las personas, pero independientemente del título de apropiación o uso del recurso, lo que conduce a determinar que tampoco se trataría de un “*daño ambiental*” en estricto sentido.

De cualquier manera, cuando de “*daños personales ambientales*” se trate, el elemento esencial es la afectación a la esfera de los derechos personales de una persona en particular, por lo que su reparación puede ser viable mediante el mecanismo de la responsabilidad civil, por la puesta en conexión directa con los derechos personales de los individuos. Encajaría en la lógica de las inmisiones, pieza esencial de la institución jurídico-civil. Así, cualquier afectación derivada de la proyección en la esfera de derechos e intereses de un ciudadano a causa de la contaminación, en sentido amplio (*lo que supone que las sustancias, los compuestos, y demás, se sirven del recurso como medio para su incidencia*) tiene el mecanismo jurídico de la tutela del derecho y el de su reparación; el cauce para la “*restitutio integrum*”. La afectación negativa es la que activa el instituto clásico de la responsabilidad civil y que plasma como posible la compensación a través de él. No obstante, no se puede desapercibir las dificultades que conlleva el establecimiento de la afectación a estos derechos, sobretudo en cuanto a la magnitud valorativa de aquella cuando se trata de algunos derechos (*como el bienestar, la salud, etc.*), a pesar que se halla determinado la conexión con la afectación. Sin embargo, cuando esta conexión resulta imposible de fijar, la reparación no sería viable, al menos, por los mecanismos convencionales.¹⁹⁵

Es así como el “*daño ambiental personal*” está presente, sólo cuando el deterioro o degradación ambiental actúa de elemento transmisor del propio perjuicio, el cual acaba proyectándose en la esfera personal o no patrimonial de una persona determinada. En este caso, la acción de responsabilidad civil cabe, siempre que se constituya en un daño que afecte a un sujeto identificable (*la*

pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. b) El costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas».

¹⁹⁵ Cf. Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 65.

víctima), quien será el legitimado activo en la acción que brinda el CC español (*artículo 1902*) y en general en las acciones de resarcimiento de daños. De esta manera, el “*daño ambiental personal*” puede proyectarse de diferente manera en los intereses o derechos subjetivos del ser humano (*artículo 1908 CC*).

b.2 El “*daño ambiental*” en sentido estricto o “*daño ecológico*”¹⁹⁶ o *ecológico puro*”

Esta noción ha derivado, sin duda, de la creciente concientización de la sociedad a nivel casi mundial en relación con el valor del ambiente. Es el segundo tipo de “*daños ambientales*”, según la clasificación aportada. Se refiere al “*daño ambiental*” en sentido estricto, comúnmente más conocido por el sector doctrinario como “*daño ecológico*” o “*daño ecológico puro*”, según ha evolucionado su concepto. Este tipo de daño, nos coloca ante el daño en sentido amplio; afecta al ambiente como tal, sin que se manifieste directamente en la esfera individual de un sujeto concreto. Existe un posesionamiento doctrinario unánime respecto de que el daño ecológico “*puro*” no se refiere a la lesión de bienes jurídicos individuales, sino que tiene que ver con los componentes del ambiente y sus interacciones; en definitiva se traduce en una alteración de la capacidad funcional de los ecosistemas.¹⁹⁷

Su denominación se enraiza en el deterioro ambiental, que conlleva a caracterizarlo como “*daño ecológico*” por ser el ambiente el que ha sufrido ese menoscabo/deterioro/perjuicio en su equilibrio natural por el proseguir de una acción lesiva de “*alguien*”. Este daño se refiere a aquellos recursos naturales en sí mismos considerados como parte del ambiente y que lamentablemente han sido afectados. En sentido opuesto a los daños puramente individuales. Se trata pues, de un daño que afecta a un bien común de la generalidad -*no recae en sentido minucioso, sobre la persona ni tampoco en sus bienes ni intereses individuales*-, traducido en el interés de la colectividad para la utilización y conservación de los

¹⁹⁶ Así lo llamaba el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico de la Comisión de las Comunidades Europeas (COM núm. 47, de 14 de mayo de 1993).

¹⁹⁷ Ruda González, *El daño...*, 76.

fundamentos naturales de la vida.¹⁹⁸ Ninguna persona resulta afectada en principio, atendiendo la naturaleza “ambiental” propiamente dicha que particulariza a este tipo de daños.

Para determinar jurídicamente que estamos ante un “daño ambiental” en términos jurídicos, pasan a un segundo plano los perjuicios individuales que se hubiesen irrogado, pues estamos delimitando y velando por la protección/responsabilidad de los daños sufridos por el medio natural en sus propios elementos; éstos han sufrido una incidencia que menoscaba su equilibrio ecológico. Aquí es donde reluce su “puridad” según la mayoría de la doctrina. Es así como lo han previsto además, tanto la Directiva 2004/35/CE (*considerando 14*) como la LRM (*artículo 5*). Los intereses privados han quedado totalmente excluidos, por ende, el Derecho Privado no podría ser aplicable a este tipo de daños, ya que se afecta a una colectividad y “desde una óptica privatística, sólo son relevantes los daños que, degradado el medio ambiente, perjudican a un interés particular”.¹⁹⁹ Sin embargo, esto no quiere decir ni conlleva a creer de manera absoluta, que el ser humano no se verá afectado de ninguna forma cuando este tipo de daños se hayan hecho presentes en el mundo material y real, ya que tal y como han definido el legislador comunitario (*Parlamento y Consejo*) y el legislador español, cualquier alteración en el ambiente, repercutirá, en última instancia, sobre el hombre. En cualquier caso, a este tipo de “daños ambientales puros” se les aplicará el régimen de Derecho Público,²⁰⁰ anticipado en la LRM, que transpone la Directiva 2004/35/CE, cuyo propósito en última instancia es lograr la reparación del ambiente dañado.

Un gran sector de la doctrina, ha abordado el alcance de los “daños ambientales puros” y al respecto exponemos:

Ruda González,²⁰¹ expone que el “daño ecológico puro” trae consigo una idea que pone de relieve que el ambiente, entendido de forma unitaria, no pertenece a nadie en particular; el daño recae

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 76-78.

¹⁹⁹ Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 61.

²⁰⁰ Sobre la aplicación de la LRM para los daños ambientales y no para las de tipo civil, véase la STS de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6709).

²⁰¹ Ruda González, *El daño...*, 128.

sobre el ambiente en sí mismo considerado, lo afecta sólo o fundamentalmente a éste. Se trata de un daño que afecta únicamente a los elementos que componen el ambiente, quedando toda afección al ser humano, o sea, los intereses privados excluidos de esta noción (*aunque esto no significa, que no pueda ser lesionado por dicho daño*), es decir de modo indirecto puede afectar también a algunas personas.

En esta misma línea, el profesor Betancor,²⁰² toma parte en que los daños ambientales “*puros*” o “*ecológicos puros*”, son los que sufre la Naturaleza como un todo sistémico o los recursos naturales que están fuera del tráfico jurídico privado. No existe un título jurídico de “*apropiación*” de los recursos que establezca ese “*lazo*” o “*conexión*” con la esfera jurídica de una persona determinada. El Derecho parece exigir esa conexión jurídica en virtud de un título legal entre el bien ambiental (*recurso o Naturaleza*) y una persona, la cual debe ser no sólo determinada, sino además, directa. La conexión será mayor (*intensidad y formalización*) cuanto más “*patrimonial*” sea el derecho/título del sujeto y menor en tanto la intensidad y formalización se desdibujan. Introduce así, una paradoja: cuanto más imprescindible sea el recurso/naturaleza para la vida, menor es la intensidad de la conexión. Así la Naturaleza o los recursos “*sin dueño*” tienen una conexión de menor intensidad jurídica cuando, desde el punto de vista de la física, son imprescindibles para la vida. El Derecho viene a operar en sentido contrario a la lógica más básica, lo cual no se puede pasar por alto, porque afecta de manera decisiva al cumplimiento del objetivo de la reparación íntegra. No resulta lógico, que cuanto más “*necesario*” sea el recurso/Naturaleza, exista menos obligación de reparación porque la conexión patrimonialista sobre la que se construye la responsabilidad se “*desdibuja*”. Destaca que los daños ambientales “*puros*” engloban los que afectan a la Naturaleza como macro-eco-sistema y a los ecosistemas naturales como micro-eco-sistema; ámbitos que permiten a los seres humanos obtener unos beneficios asociados a su disfrute como soporte de la vida, en todas sus dimensiones, y aún más, a unos usos ajenos al tráfico privado. Recalca, que se suscitan problemas jurídicos y económicos en cuanto a este tipo de daños, respecto de su reparación y compensación; pues escapan al

²⁰² Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 64-66.

Derecho y a la Economía, ya que estas ciencias brindan soluciones incompletas para alcanzar el objetivo que pretende alcanzar el principio general del Derecho ambiental: todos los daños debe ser reparados/compensados por su responsable (*principio “Quien contamina paga”*).

En efecto, los “*daños ambientales puros*”, gozan en palabras de Pernas y Ánimas Madrazo,²⁰³ de “*características particularísimas que escapan a los derechos personales, por lo que no pueden ser del todo acogidos bajo las formas de tutela de la responsabilidad civil y por ende, requieren de una regulación especial...*”. En definitiva, existe un “*daño ambiental*” tal como lo expone “... *cuando se causa un daño al ambiente, en su carácter de bien común*”, en cuyo caso, germinará la responsabilidad ambiental.

García Amez,²⁰⁴ establece resalta la diferencia primordial entre el “*daño ambiental personal*” y el “*daño ecológico*”. Se refiere al primero, como todo aquel provocado de manera indirecta por la realización de una actividad con incidencia ambiental, (*así por ejemplo las pérdidas económicas derivadas por la contaminación de un suelo que tiene un valor agrario*), cuyo aspecto fundamental no es el objeto sobre el cual recae el daño sino el medio de causación. En cuanto al segundo, destaca que éste se caracteriza no por el medio a través del cual se causan los daños, sino que, lo relevante es el objeto sobre el que recae el daño: el ambiente, configurándose estos daños, en el objeto de reparación que prevén tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM.

Destacamos que estos daños, recaen sobre bienes comunes y de interés difuso o colectivo, que los dista del concepto y características del “*daño civil tradicional*” expuesto con anterioridad o como se los denomina en el mundo dogmático ambiental, de los “*ambientales personales*”, por no ser el “*ambiente*” el objeto de interés primordial en consideración a la afectación producida y recaída sobre él.

²⁰³ Juan José Pernas García y Marcela Ánimas Madrazo, «La responsabilidad por daños ambientales al suelo: La nueva Directiva Comunitaria», *Agricultura: Revista Agropecuaria* 870 (2005): 16. ISSN 0002-1334.

²⁰⁴ García Amez, *Responsabilidad...*, 96-97.

De todas las definiciones aportadas, la mayor parte del sector doctrinario, se ha asentido que caben dos posibilidades para delimitar y construir el concepto de “*daño ecológico puro*”, las cuales han servido de fuente inspiradora a diversos ordenamientos jurídicos para incorporarlos en su normativa ambiental:²⁰⁵

1.- Un enfoque amplio, concepción naturalística o real del daño. Se refiere a cualquier alteración del ambiente o de su integridad, toda una perturbación global, regional o local del funcionamiento de los ecosistemas. Pero, cualquier actividad humana puede afectar al ambiente. La polución o simplemente con la respiración (*pues este proceso vital también produce gases tóxicos que se intercambian con el medio exterior*), son dos actos que las realiza el hombre. Por lo tanto, ambos factores no pueden conllevar a que se instaure como premisa jurídica imperativa y además radical, de que toda modificación del ambiente implique y pueda considerarse como generadora de responsabilidad.

2.- Un concepto valorativo o normativo, dependiente de una calificación por el operador jurídico. La anterior teoría parecería ser insuficiente, porque no basta la presencia de una alteración ambiental, sino que faltaría algo más. Aquí, estaría latente la valoración del derecho de esa alteración. Por lo tanto, el “*daño ecológico*” “*puro*”, vendría a ser un concepto dependiente de la calificación del operador jurídico. Lo que habría que determinar eso sí, es si la alteración es negativa o perjudicial; si constituye un deterioro del ambiente o al contrario, es una alteración neutral o incluso positiva. En este caso, las Ciencias Naturales quedarían al margen de la valoración que se debe realizar respecto de si el cambio en el ambiente ha producido efectos “*adversos*” o “*positivos*”; en tanto, aquellas tratan todas las influencias que surgen en el ambiente, pero de modo neutro. Esta segunda concepción parecería ser la más adoptada en el mundo jurídico de corte occidental.

De la interconexión entre los dos tipos de daños abordados desde un inicio *-el civil y el ambiental-* con las particularidades que los cualifican a uno y a otro, se ha evolucionado cada vez más respecto del concepto jurídico de “*daño ambiental*”. Se han congregado

²⁰⁵ Ruda González, *El daño...*, 95-96.

ciertos elementos/características que acceden a diferenciarlo del “*daño civil patrimonial*” o “*clásico/tradicional*”. Su noción ha madurado y hasta hoy, es concebido como un concepto individualizado, a pesar de que sea una noción embrionaria, fruto de la concepción jurídico-tradicional emanada del Derecho Civil y del Derecho de Daños.

A partir de estas primeras conclusiones y diferencias estatuidas, surge un supuesto de daño, el caso “*Chevron-Texaco*”, dentro del contexto ambiental, que guarda estrecha relación con las nociones y elementos de la clasificación bipartida de daños ambientales y que han generado unas cuestiones problemáticas respecto de aquella, y que las pretenderemos dilucidar a lo largo de este trabajo. Para afrontarlas, partiremos por explicar *¿Qué hemos de comprender por daño ambiental y que implica el carácter “ecológico puro” de éste?* Para ello, primero hemos de esbozar como se ha configurado el “*daño ambiental*”, en el régimen jurídico estadounidense, para pasar luego, al ordenamiento jurídico comunitario europeo y estatal-español.

1.7 Características del daño ambiental

Aquella premisa utilizada en el campo civil “*sin daño no hay responsabilidad*”, también es aplicable en el ámbito ambiental. Esta institución, nos obliga a demarcar la noción de “*daño ambiental*”, para comprender lo que verdaderamente debemos entender por éste y qué requisitos han de determinar su existencia dentro del mundo jurídico. Una vez sea parte del espectro jurídico, habrá que determinar, si es susceptible de ser reparado y cómo prosperaría la reparación de las lesiones que el ambiente ha sufrido en sus elementos (*recursos naturales*) o servicios que éstos prestan o como Naturaleza que es (*su visión macro*). Es por ello, que no se podía prescindir de la clásica división de daños que diferencia entre los “*daños patrimoniales*” de los “*ambientales*” y en cuánto a estos últimos, entre los “*personales*” y los “*ecológicos puros*”.

Antes que la LRM fuese promulgada, la doctrina, entendía que un “*daño ambiental*” existía, si se cercioraba la concurrencia de las siguientes características:²⁰⁶

1.- El daño debe ser **irreversible**. Por ejemplo ante la pérdida de una especie animal. Si el ambiente, a través de su propia evolución pudiese regenerar el daño causado, ya no cabría.

2.- Los daños deber ser provocados por las **agresiones** que pueden derivarse de la exploración y el desarrollo tecnológico (*por ejemplo fukusima, en Japón*). No obstante, la amenaza que supone la introducción de una nueva especie en un entorno diferente al suyo propio, no puede ser considerado como “*daño ambiental*”.

3.- Debe tratarse de daños **colectivos**, es decir, deben manifestarse más allá de la propia vecindad donde acontezcan. Esto no puede conducirnos al error de pensar que los daños no pueden afectar a ciertos sujetos individualmente.

4.- Consecuencia del requisito anterior, se requiere que el daño sea **individualizado y determinado**, pues, para que un sujeto tenga el derecho a reclamar debe encontrarse en la esfera jurídica de quien lo reclama, lo que le acredita tener legitimación activa. Sin embargo, esta característica (*que en lo civil se asemejaría a que le daño debe ser personal y directo*), se ha venido difuminando, debido a los múltiples matices que la jurisprudencia ha ido creando, ya que de no ser así se verían excluidos todos los daños a terceros que no estuviesen incluidos directamente dentro del nexo de causalidad.²⁰⁷ Además, puede ocurrir que en el momento en el que el “*daño ambiental*” se presente, éste no resulte ser consecuencia de una única acción. Puede ser producto de la concurrencia de varios actos y en varios espacios de tiempo.

Esta característica no se refiere a una determinación mediante una cuantificación económica, porque lo que verdaderamente se pretende, es determinar el daño con el objeto de realizar una reparación restitutoria, es decir, una reposición del medio al estado

²⁰⁶ Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 61-62; Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 21-40.

²⁰⁷ Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 39-40.

anterior a la producción del daño. Lo que en el campo civil se conoce como reparación “*in natura*”, aunque no sea la única que se persigue ni la finalidad reparadora, pues prima más su carácter compensatorio (*indemnización pecuniaria principalmente*).

Además de estas tres características, se ha combinado una extra:

5.- La “certeza”. El daño debe ser *cierto* y no sujeto a meras conjeturas. Esta exigencia se refiere más que a la delimitación del propio concepto de daño, a la prueba de su existencia.²⁰⁸ En el campo jurídico-civil, se exige que no existan incertidumbres en cuanto a la existencia o evolución futura del daño de manera inalterable. Imperiosamente, es el requisito imprescindible que el ordenamiento civil necesita ante una acción que persiga la imputación de responsabilidad y por ende su respectiva indemnización -*así se configuraría el daño civil clásico*-, lo cual es imposible pretender instaurarlo para un “daño” de tipo “*ambiental*”, porque lo que se suele observar frente a la “certeza” o la “previsibilidad”, es que los “*daños ecológicos*” se resisten a menudo al examen científico.²⁰⁹

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ El daño a menudo es causado por una o varias personas no identificadas que forman parte de un grupo más grande de operadores económicos cuya identidad se conoce. Por ejemplo, cuando niveles excesivos de una sustancia peligrosa se descargan en un río por una serie de instalaciones específicamente autorizadas para descargar esa sustancia en esa masa de agua. En un régimen basado en la culpa, la empresa que realiza descargas no autorizadas sería responsable, ya que las otras plantas habrían estado operando dentro de sus límites de emisión autorizados. Sin embargo, no es seguro que la víctima pueda identificar qué empresa llevó a cabo la descarga ilegal de un grupo de instalaciones situadas “*upstream*” de su propiedad. La solución clásica sería entonces desestimar el caso, sacrificando los intereses de la víctima sobre el altar del principio de causalidad. Tal solución no es compatible con el principio de quien contamina paga, ya que se transfiere las externalidades negativas a la comunidad. Un argumento que es más favorable al interés de las víctimas y podría encontrar apoyo en el principio de quien contamina paga se establece en varios sistemas legales. Algunos tribunales franceses, por ejemplo, han extendido la responsabilidad conjunta y solidaria a todos los agentes potenciales de un accidente de caza, en beneficio de la víctima, incluso cuando el disparo mortal haya sido disparado por un único cazador que no puede ser identificado. Si no puede establecerse qué cazador disparó a un transeúnte, todos los cazadores son responsables. Ya no es necesario demostrar que una emisión específica fue la causa del daño. Vid., Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford: University press Scholarship Online,

En efecto, la motivación de esta exigencia radica en que si no existe un menoscabo real, no tendría sentido reclamar algo que todavía no existe. No obstante, en el campo ambiental esto puede ser puesto en “tela de duda”,²¹⁰ porque todos los daños ambientales afectan a todos los seres humanos, exista certeza o no; son como se había manifestado, consecuencia de un incumplimiento de orden constitucional, del deber jurídico-constitucional de conservar o de utilizar racionalmente los recursos naturales; por lo tanto, todos deben ser además, objeto de reparación.²¹¹

Sin duda, el legislador español se sintió motivado por el sistema jurídico civil francés, como ya lo manifestamos anteriormente, sin que incluya ninguna lista legal de los posibles intereses a ser vulnerados.²¹² Esos tres requisitos (“*direct, actuel e certain*”), sea que los individualicemos o los tratemos de manera conjunta, hacen que se produzca un efecto *a la inversa* respecto del “daño ecológico puro”.²¹³ Es que, existen muy pocas probalidades de que esos tres

2010), part I, 56-58, acceso el 09 de febrero de 2017, <http://www.oxfordscholarship.com/sare.upf.edu/view/10.1093/acprof:oso/978019254743.001.0001/acprof-9780199254743>, doi: 10.1093/acprof:oso/9780199254743.001.0001.

²¹⁰ Ruda González, *El daño...*, 81. El autor se refiere a esto para criticar la posición hostil de algunos ordenamientos jurídicos para rechazar la reparación del daño ecológico puro. Lo volvemos a instaurar como premisa el que “*no todo daño se ha de reparar*”, para únicamente sobresaltar los requisitos que uno u otro daño -civil y ambiental- deben cumplir. Es decir, el contexto que la premisa instaure no es para dar una posición deontológica sobre el mecanismo general de responsabilidad; no por el momento.

²¹¹ Betancor, *Responsabilidad...*, 66-67.

²¹² En el ámbito ambiental, no sucede esto con la Directiva 2004/35/CE y la LRM, se ha incorporado una norma que por un lado alude al concepto de daño y por otro, se ha instado otra norma que contemple una lista, conectando entonces, el daño a la lesión de determinados intereses que podrían vulnerar o en términos generales, dañar intereses jurídicamente protegidos relativos al ambiente. El Código Civil de Francia no lo prevé (*es pues un sistema de cláusula general*), pero Alemania si (*tanto en 823 I BGB como en 1 UmweltHG*) aunque se protegen sólo ciertos intereses jurídicos individuales, lo que significa que su sistema de responsabilidad ambiental tampoco reconozca la reparación del “daño ecológico puro”, pues consideran al ambiente no como el bien afectado, sino lo protegen en tanto ha sido el medio de la causación dañosa que afectó un interés individual típico (ver más en, Ruda González, *El daño...*, 82).

²¹³ La ley alemana, introdujo un régimen responsabilidad civil por riesgo por los daños individuales, personales o patrimoniales, derivados de los influjos ambientales. Sin embargo, quedan excluidos de toda posible reparación por vía de

requisitos se concatenen y surjan en el mismo momento en el que se produzca el daño ambiental. La incertidumbre es una de sus notables características, aunque también reviste una serie de preocupaciones. Cabría pensar que todo daño sería resarcible, pero los tribunales franceses han adoptado un criterio hostil ante las reclamaciones por un “*préjudice écologique pur*”.²¹⁴

Todas estas características han sido incluidas de alguna manera en la normativa de responsabilidad ambiental de la Unión Europea y en la del ordenamiento jurídico español.

La Directiva 2004/35/CE, expresamente, exige que los daños sean **concretos y cuantificables** además del vínculo causal que se debe determinar entre los daños y los contaminantes identificados. Sin embargo, tal como expresamente expone: “*No es posible subsanar todas las formas de daño ambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos ambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales*” (Considerando 13).

Tal como vemos, el “*daño ambiental*”, goza de autonomía en su estructura por las características propias que le son atribuibles y que a su vez le permiten diferenciarlo del “*daño civil*”, cuyas características ya fueron expuestas anteriormente. No obstante

la responsabilidad civil los daños ecológicos, los cuales tan sólo pueden recibir una protección mediata o indirecta a través de dicho mecanismo. La única disposición de la ley que hace referencia a los daños ecológicos es el artículo 16, según el cual, estos daños únicamente podrán ser objeto de indemnización si los bienes ambientales que resultan afectados (*agua, suelo, subsuelo, flora, fauna, etc.*) son de propiedad privada. En tal caso, al tratarse de un daño personal o individualizable la víctima de daño sí que estará legitimada para entablar una acción de responsabilidad civil ante los tribunales competentes y para reclamar una indemnización por los gastos derivados de la restitución del bien ambiental deteriorado. Vid., Mónica Vinaixa Miquel, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos* (Santiago de Compostela: De CONFLICTV LEGVM Estudios de Derecho Internacional Privado, 2013), 329 y ss.

²¹⁴ Ruda González, *El daño...*, 80-83.

enfaticamos que la ausencia de la certeza es la más importante de ellas, *-que en el campo civil es inherente a su esencia y viene a ser un elemento infalible para que el daño sea sancionado bajo la perspectiva civil-*.

6.- Otro de los requisitos, que resulta imprescindible diferenciar y que se llegó a introducir en el campo civil, para determinar en cuanto a las inmisiones, si éstas son legales o no, es que el “*daño*” sea ***intolerable***. La diferencia que marca respecto del Derecho Público es que éste se focaliza en el control de las emisiones,²¹⁵ utiliza el criterio de las emisiones sustentado en la acción productora del daño, a diferencia del ámbito legal privado, cuyo foco de atención son los efectos que tiene lo emitido sobre los derechos, especialmente, en la propiedad de otro sujeto; se adentra en el seno de las relaciones de vecindad (*inmisión en el lenguaje civil*).²¹⁶

7.- La ***legalidad o ilegalidad y antijuridicidad***, del perjuicio que se haya producido sobre el ambiente. La distinción que representa ser ***ilícito*** o ***antijurídico*** en el campo ambiental, nos coloca ante una problemática que se deberá dilucidar, *¿La antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad ambiental o no?*

En materia de responsabilidad ambiental, existen varios ordenamientos jurídicos a nivel mundial, a parte del español, que prescinden de la antijuridicidad como presupuesto *sine qua non* del instituto de responsabilidad. El “*Common Law*”, es uno de ellos. Los demandados sólo serán responsables si han violado su “*duty of*

²¹⁵ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1594.

²¹⁶ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 62. Explica el autor de manera más ejemplificadora, acotando que la actitud del sujeto pasivo está entre los perjuicios que ha de tolerar y los que no tiene el deber de hacerlo, en cuyo caso ha de ser compensado; el problema es cómo determinar la tolerancia. Se remite a dos leyes, por un lado, la Ley alemana de Responsabilidad Ambiental, de 10 de diciembre de 1990, que consagra como causa de exclusión de responsabilidad el daño no sustancial o el perjuicio razonable de acuerdo con las condiciones locales (§ 5). En consecuencia, los ciudadanos deben tolerar el daño ambiental que revista estas características; existe un nivel de contaminación tolerable y admisible que no merece que se exija responsabilidad. En España, sólo la Ley de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, que regula la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, incorpora la tolerancia como un supuesto en el que no cabe la exigencia de la responsabilidad civil (*artículo 3*).

care”, es decir, deben haber estado ligados a un deber de cuidado, esto es, sólo serán responsables si han infringido un deber de conducirse diligentemente. Aquí reluce la noción de “*culpabilidad*”, que el Derecho español también ha contemplado, tanto en el campo civil, aunque con la introducción de la teoría del riesgo la jurisprudencia ha consolidado e introducido la responsabilidad objetiva, así como en el administrativo-ambiental, que a pesar de tratarse de un sistema de responsabilidad objetiva, la culpa juega un rol importante en algunos supuestos, específicamente, para establecer o no la reparación de un daño ambiental, y sin duda en el ámbito penal, aunque se ha introducido discusiones sobre la responsabilidad jurídica objetiva de las personas jurídicas.²¹⁷ Entonces, se concibe tanto en el sistema español como en el estadounidense, que la culpa y la antijuridicidad son dos nociones jurídicas diferentes. Aunque, hay que hacer una precisión respecto del Common Law, en el que el “*tort of private nuisance*” si bien prescinde de la antijuridicidad, la “*public nuisance*” va a ser siempre antijurídica porque se trata de un crimen. Todo ello viene a ser contrario a lo que sucede en el ordenamiento francés que lo asemejan y lo unifican bajo un sólo elemento “*le faute*” (*culpa y antijuridicidad*). Sin embargo, si bien la antijuridicidad en la doctrina más común ha sido materia de rechazo -como presupuesto de la responsabilidad-, el código civil alemán lo exige para muchos casos en un sistema objetivo como lo es el “*UmweltHG*”.²¹⁸

Ruda González,²¹⁹ resalta que el ordenamiento jurídico civil español ha introducido una cláusula general de responsabilidad, lo cual presupone que la lesión de un derecho no devenga en un fundamento autónomo de la antijuridicidad. Por lo tanto, no es necesario enumerar los derechos cuya lesión fundamenta la antijuridicidad. No cree que el sistema español se plantee si la lesión del derecho subjetivo es un indicio de la antijuridicidad. Sin embargo, reluce que todo esto importa cuando se trata de “*daños ecológicos puros*”, pues no se trata de una afectación a derechos

²¹⁷ Vid., Jesús María Silva Sánchez, «la evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas Jurídicas», *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* 86-87, vol 29 (2008), 129-148, ISSN: 0121-0483, ISSN:-e 2346-2108.

²¹⁸ Ruda González, *El daño...*, 84-86; 388-390.

²¹⁹ *Ibid.*, 390-391.

individuales, sino a lo mismo, a ese interés jurídicamente protegido en el ambiente que la Constitución (*artículo 45*) lo protege. Sustenta su explicación en que por esta razón, Italia al regular la responsabilidad ambiental excluyó el requisito de que el daño sea injusto, que su “*Codice Civile*” sí lo exige (*danno ingiusto*), al determinar que “*cualquier hecho doloso o culposo, que cause un daño injusto a otros, obliga a la persona que ha cometido el evento a compensar el daño*”.²²⁰ De esta manera, se podrán individualizar las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el “*daño contra ius*”, lo cual propicia a que la víctima titular del *ius afectado* exija su reparación civilmente. Mientras tanto, al tratarse de un “*daño ecológico puro*”, *esto no sería posible, es decir*, no se podría probar la lesión de tal derecho, la ley ha exigido que el daño debe haber sido provocado porque se ha infringido la ley.²²¹

Betancor,²²² respecto de la licitud y la antijuricidad, de manera más sistemática, explica la relación jurídica que deben o no tener con la situación jurídica de la víctima que se ha visto vulnerada a causa del daño ambiental ocasionado:

- a) No tiene relación con su origen, es decir, cualquier actividad, legal o ilegal, que haya causado el daño *-incluido el “ambiental”-*, puede desencadenar las consecuencias jurídicas de la obligación de reparar. No es indispensable que el daño haya sido producido de manera ilícita,²²³ ya que

²²⁰ Codice Civile italiano (*Approvazione del testo del Codice Civile Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*). Su artículo 2043 que trata del “*Risarcimento per fatto illecito*”, dispone que “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

²²¹ Véase Legge 349/1986, SUPPLEMENTO ORDINARIO n. 59 G.U.R.I. 15 luglio 1986, n. 162, Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale (*Testo aggiornato e coordinato con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112; l'articolo 1, commi da 438 a 442 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152*). El artículo 18.1 dispone expresamente, “*Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato*”.

²²² Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 60-61.

²²³ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 60. Ahora bien, como explica el profesor, normalmente forma parte de la estructura del tipo de la infracción

también existe la posibilidad de que la actividad esté acorde al Derecho (*de igual manera, es posible la presencia de contravenciones al Derecho, pero que no son productoras de daños*).²²⁴

- b) Tiene una relación intensa con la situación jurídica del sujeto afectado por el daño *-al igual que en el sistema tradicional-*. Desde un punto de vista con carácter general,

administrativa, tal como sucede en el tipo penal, la inclusión del elemento del daño. En conclusión, la infracción requiere de una conducta antijurídica y de la producción de un daño. Por ejemplo, la Ley de aguas (*Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio*), incluye ambos elementos al tipificar como infracción administrativa *“las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas”* (artículo 116.3.a)). Del mismo modo, la Ley de Costas (*Ley 22/1988, de 28 de julio*) tipifica como infracción, *“las acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes de dominio público marítimo-terrestre o a su uso”* (artículo 90.a) LC), incluyendo también ambos elementos.

²²⁴ Existen varios ejemplos dentro del ordenamiento jurídico español (Cf. Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 60), que demuestran que una actividad por más que sea contraria al ordenamiento jurídico y a pesar de estar tipificada como infracción, conlleve a que ésta sea productora indudablemente de *“daños ambientales”*, a saber: la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, tipifica como infracción leve la conducta consistente en *“las simples irregularidades en la observación de las normas establecidas en esta Ley sin transcendencia directa para la salud humana o el medio ambiente o cuando esta transcendencia fuera de escasa entidad”* (artículo 34.2.a)). En la misma Ley, se tipifica como infracción grave *“el incumplimiento de la obligación de informar a la Administración en los supuestos que se establecen en esta ley”* o *“la falta de colaboración en la labor de inspección y vigilancia de la Administración competente”* (artículo 34.3e) y g)). En la Ley de aguas, está tipificada como infracción *“el incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley”* (artículo 116.2.c Real Decreto Legislativo 1/2001), así como *“el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga”* (artículo 116.2.g) Real Decreto Legislativo 1/2001). De manera similar, en la Ley de Costas (*Ley 22/1988*) se tipifica el incumplimiento de las condiciones de los correspondientes títulos administrativos (artículo 90.d)), así como de las prohibiciones establecidas en la ley y la omisión de actuaciones que fueren obligatorias conforme a ella (artículo 90.i)). Incluso, en esta Ley ha incorporado como infracción específica *“el falseamiento de la información suministrada a la Administración”* (artículo 90.h) LC). Todos estos casos representan supuestos de actividades antijurídicas, que aunque estén además, tipificadas como infracciones administrativas, no resultan ser inevitablemente productoras de daños. La infracción se produce independientemente del daño, es decir, no importa si está o no asociada al daño.

cualquier daño es *antijurídico* desde el momento en que la Ley no ha dispuesto ni ha impuesto a un sujeto en particular su sufrimiento, pero éste tampoco lo ha aceptado voluntariamente (*artículo 1089 CC*). Dicho de otra manera, la víctima no tiene el deber ni la obligación de soportarlo y, consiguientemente, ningún otro sujeto tiene el poder o el derecho de producirlo. Al contrario, el daño es *lícito* cuando quien lo produce goza de un poder o un derecho para producirlo y correlativamente, quien lo soporta tiene un deber o una obligación de soportarlo.²²⁵ No obstante, en el caso del “*daño ambiental*”, surge una particularidad. Cuando la *licitud* o *ilicitud* está concernida con la situación jurídica de los sujetos relacionados con él, podemos estar frente a dos supuestos:²²⁶

i) La situación jurídica del titular del bien o recurso dañado.

ii) La situación de las personas que sufren los efectos del daño en su esfera de derecho, puede padecerlo bien de manera concreta (*cuando el daño ambiental afecta a la salud o los bienes concretos de ciertas personas*) o bien de manera genérica (*cuando el daño afecta colectivamente de manera genérica a unas personas*).

Ambos casos no escapan de producir efectos jurídicos. En primer lugar, el titular de los recursos naturales no tienen ni el poder ni el derecho para causar daños a sus propios recursos o ponerlos en peligro, pero tampoco tiene ni el deber ni la obligación de soportar el daño que otros pudieran infringirles. La propiedad no es un derecho absoluto, sino sometido a las “*limitaciones establecidas en las leyes*”, tal como lo proclama el propio Código Civil (*artículo 348*); pero lo más importante es que la propiedad está socialmente funcionalizada (*artículo 33.2 CE*). Esta función social de la propiedad, implica y delimita tanto facultades como deberes. En el caso español, la función social es la socioambiental “*de acuerdo*

²²⁵ Eduardo García de Enterría, Prólogo de *La responsabilidad patrimonial de la administración hacia un nuevo sistema*, de Oriol Mir Puigpelat (Madrid: Civitas, 2002), 20-21.

²²⁶ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 61.

*con las leyes” (artículo 33.2 CE).*²²⁷ Por lo tanto, la Ley regula la funcionalización socioambiental de la propiedad, delimitando su contenido y el ámbito del daño legalmente posible como resultado del ejercicio del derecho. La posibilidad de dañar un recurso natural queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, para convertirse en una decisión que la Comunidad adopta y expresa mediante las leyes respectivas. Los propietarios ejercen su derecho como lo consideren útil, oportuno o provechoso, pero dentro del ámbito de la ley, en cuyo caso, el daño resultante se convierte en utilización del recurso (*o sea, no es daño, sino el daño jurídicamente admisible*). Sin embargo, quien delimitará el ámbito del “*daño ambiental*” querido o tolerado será el legislador. En segundo lugar, en el caso del titular de los recursos, el “*daño ambiental*” será antijurídico, cuando aquel no tiene ni el deber ni la obligación de soportarlo. La Ley puede imponer este deber cuando los daños sean tolerables (*operaría el criterio de la “normal tolerabilidad”*) y lo serán porque son normales o son lícitamente producidos.²²⁸

A partir de aquí, surge una duda: *¿Se debería limitar el daño ecológico a las perturbaciones que se consideran anormales?* Esto implicaría usar umbrales para definir qué categorías de daño “*normal*” no dan lugar a compensación. Sin embargo, el carácter normal o anormal del daño es muy relativo, ya que tiende a ser una función del tiempo, el lugar y las personas afectadas. En palabras de Sadeleer:²²⁹ “*Un nivel de decibelios que enloquecería a un músico dejaría a una persona sorda tranquila; una marea negra que devastaría una piscifactoría representa un peligro menor cuando se extiende por alta mar*”. Además, el concepto mismo de anormalidad es completamente antiecológico como bien expone el profesor referido, quien denota además, que la ecotoxicología nos muestra que las nociones de umbral son radicalmente incorrectas, ya que casi no se usan cuando las dosis se acumulan en los organismos vivos. Además, el acto de establecer un umbral tiende a reforzar la idea de que algunos tipos de daños son aceptables y, por lo tanto, obliga a las comunidades a aceptar un cierto nivel de daño sin poder reclamar una indemnización. El principio de quien

²²⁷ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 705 y ss.

²²⁸ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 61.

²²⁹ De Sadeleer, *Environmental Principles*, part I, 50.

contamina paga, en efecto, no proporciona respuestas a la pregunta de cómo definir el daño; eso debe seguir de una elección legislativa. Esta exigencia al igual que la “*certeza*”, se refiere más que a la delimitación del propio concepto de daño, a la prueba de su existencia. No obstante, este criterio que la jurisprudencia y la doctrina civil han introducido, sirve para evaluar las inmisiones,²³⁰ pero no resulta tan efectivo para evaluar las emisiones.²³¹ En el ámbito civil, tal como lo habían manifestado, el criterio utilizado es el italiano, fundamentado en las inmisiones. En cambio, en el ámbito jurídico-público, a diferencia del campo del Derecho civil, el criterio que opera es el de la legalidad de las emisiones, o sea, el de la acción productora del daño. El criterio de la tolerabilidad de las *inmisiones*, asociadas al hecho de que son “*normales*”,²³² queda aislado en el campo del Derecho Público.

Esta diferencia entre la vertiente dualista del Derecho *-público y privado-*, se conecta con la finalidad normativa para la cual cada vía está contemplada y los mecanismos jurídicos de sus instituciones jurídicas también creados para poder cumplirla, la cual es distinta según una u otra rama del Derecho. Mientras la finalidad del Derecho Público (*instituciones jurídicas público-administrativas*) es preventiva (*del daño para lo que se controlan/regulan de manera asimismo preventiva, ciertas actividades, mediante licencias o autorizaciones*) y reparadora *-in natura-*, pero no compensatoria, que en última instancia es el propósito que por esencia persigue el Derecho Privado (*principalmente el instituto de la responsabilidad extracontractual*).

Incluso a las sanciones penales y administrativas, la función preventiva les acompaña. La propia Constitución española, obliga a que un daño no sea solamente reparado sino la imposición de un castigo, cuando se haya quebrantado el ordenamiento jurídico, es

²³⁰ Vid., Navarro Mendizábal, *Las Inmisiones y molestias*, 31 y ss.

²³¹ *Ibíd.*, 211.

²³² Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 62. El autor respecto del criterio de la tolerabilidad que opera en el campo civil, explica que en el ámbito jurídico-público se desarrolla también el Derecho ambiental, cuya máxima es la prevención de daños sobre el ambiente en términos generales, independientemente de la propiedad y de la omnipotencia de las facultades/derechos del propietario. Es por ello, que los límites de dicho criterio civilista es verdaderamente convincente y persuasivo.

decir la producción de aquel ha surgido como consecuencia de haber infringido la normativa pertinente que garantiza el uso racional de los recursos naturales (*artículo 45*). Entonces, la antijuridicidad es una característica *-jurídica-* del daño que alude a que el Derecho es el instrumento que “*establece el límite o la frontera que traza el uso racional y sostenible del recurso de aquél otro que no lo es y, por consiguiente, es dañino*”. En el momento en que el consumo/uso de los recursos supera la frontera de lo racional/sostenible y se convierte en dañino, el Derecho anuda ciertas consecuencias como la imposición de un castigo y, en todo caso, la reparación. En suma, la *antijuridicidad* alude a una vertiente imprescindible del “*daño ambiental*”:²³³

- i) Marca la frontera jurídica de la sostenibilidad; y,
- ii) Fija las consecuencias jurídicas de la insostenibilidad. Una de estas consecuencias es el castigo a título de delito o de infracción administrativa, pero, lo más importante, es la obligación de la reparación íntegra. Si hay daño, debe haber reparación; tiene que haber una correlación perfecta entre uno y otra. No es posible admitir la existencia de un daño sin la consiguiente reparación completa por parte del responsable. No suena viable ni lo es jurídicamente admisible que el responsable no repare íntegramente los daños que ha producido. Sin duda, “*daño*” y “*reparación*” forman dos conjuntos coextensos.

Con la finalidad de concretar las características que le son atribuibles al “*daño ambiental*”, congregamos todas aquellas que a partir de la normativa de responsabilidad ambiental podemos deducir y de la mano con lo que doctrinariamente se conoce también. Dicho esto, el “*daño ambiental*”:

- a) No siempre es cierto.
- b) Puede ser lícito o ilícito.
- c) No siempre es antijurídico.
- d) No siempre requiere de un título jurídico de propiedad.
- e) Es de carácter colectivo.
- f) Cabe reparación sólo “*in natura*”

²³³ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 62-63.

- g) No tiene valor en el mercado porque sus recursos naturales son inmateriales.
- h) No es individualizado ni determinado. Difuso muchas veces.
- i) Puede ser producto de varios actos

Ilustración núm. 4: Diferencias entre el “Daño tradicional” y el “Daño Ambiental -Puro-”



1.8 El Ambiente

El “*daño ambiental*” por su construcción ambivalente, pasa imprescindiblemente por la delimitación del concepto de “*ambiente*”, pues es el bien jurídico objeto de protección.²³⁴ El “*ambiente*” como tal, configura el segundo concepto vital para delimitar la noción del “*daño ambiental*”. La definición de “*Ambiente*” colaborará en la demarcación en tanto bien jurídico protegido de la normativa de responsabilidad ambiental y la respectiva evolución legislativa que *a posteriori* se podría desarrollar para garantizar su preservación. Determinará además, el mecanismo de responsabilidad a instaurarse en caso de que algún sujeto ocasione un daño sobre él.

El “*ambiente*” cobra plena importancia y juega un rol preponderante en el campo jurídico cuando se ha producido un cambio en él. Ahora bien, no se trata de cualquier cambio. Para que

²³⁴ Yanguas Montero, *El daño no patrimonial*, 40.

este cambio tenga connotación jurídica ha de cumplir con algunos requisitos que serán analizados *a posteriori*, pues no todo deterioro ambiental puede categorizarse jurídicamente como “*daño ambiental*”. El menoscabo que interesa es aquel que provoca un cambio en él; es decir, el único y principal afectado será el ambiente como consecuencia de dicho menoscabo, aunque esto no signifique que no vaya a repercutir en los seres humanos o en las actividades que éstos desarrollan, pudiendo verse también afectados. En el caso del ambiente, cuando éste sufre un menoscabo por cualquier hecho dañoso, buscará en principio volver a su estado anterior o estado básico de manera natural o a través de los mecanismos de la responsabilidad ambiental, cuando se haya podido determinar quien fue el autor de la acción u omisión de los deberes ligados con los principios de prevención y evitación que provocaron que se ocasionase dicho daño.

La principal arista jurídica que nos permite localizar y visualizar al “*ambiente*” es la Constitución española. Marcamos como punto de partida las tres premisas que se erigen sobre la base de su artículo 45.1, para trazar algunas líneas demarcatorias para nuestro análisis, las cuales se concretan en.²³⁵

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Estableciéndose como una condición “*sine qua non*” para el desarrollo de la persona y como contrapartida su deber de conservarlo, el ambiente ha llegado a configurarse más que en un

²³⁵ Cf. CE (1978), artículo 45.

derecho de los ciudadanos²³⁶ en un bien jurídico protegido dentro de su ordenamiento jurídico (*artículo 45.1 CE*), sobre todo por la posibilidad que éste tiene de sufrir algún daño. Si un daño surgiere, la consecuencia que trae consigo es que éste deberá ser reparado, producto de una solidaridad de todos; colectiva (*artículo 45.2 CE*). Además de las sanciones de índole penal o administrativa que éste pueda acarrear (*artículo 45.3 CE*).²³⁷

Lo que a primera vista se puede destacar del mandato constitucional es su carácter antropocentrista. El ser humano constituye el epicentro de defensa a la cual se deben someter las condiciones naturales, a pesar de que se haya determinado que el bien jurídico protegido ha de ser “*el disfrute de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona... y proteger y mejorar la calidad de*

²³⁶ Simón Yarza, «El llamado derecho al medio ambiente», 158-160. En cuanto al derecho consagrado constitucionalmente “*a un medio ambiente adecuado*”, el autor considera que “*La ambigüedad del llamado «derecho al medio ambiente» no se agota en su indeterminación formal sino, antes aún, en la evanescencia de su objeto de protección -el «medio ambiente»- y en la multiplicidad de bienes jurídicos, de titularidad múltiple -tanto individual como colectiva-, que abarca. El carácter difuso del bien jurídico protegido pone en entredicho, como veremos, no solo la existencia actual de un derecho subjetivo al medio ambiente, sino incluso su misma posibilidad...*”. Acota además, que la expresión respecto del derecho aludido “*...apunta, sencillamente, a una tradición del derecho internacional que arranca de la misma declaración de Estocolmo, y que contempla la tutela del medio ambiente desde un enfoque antropocéntrico o, con una expresión más feliz, personalista... la declaración de Estocolmo afirmaba que «de todas las cosas del mundo, los seres humanos son lo más valioso». En sintonía con ella, la declaración de río sostenía, veinte años más tarde, que «los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible»*». Para el autor, este es el sentido último que habría de darse a la intención de la fórmula “*derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado*” utilizada por el constituyente -*frecuentemente en el derecho comparado*-. Sin embargo, considera que desde un punto de vista técnico no puede admitirse la existencia de un auténtico derecho subjetivo al ambiente, porque de acuerdo con la CE (*artículo 53.3*), no puede hablarse de un poder jurídico inmediatamente invocable.

²³⁷ Véase Constitución Española (1978), artículo 45: “*2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”.

vida”.²³⁸ Ciertamente, será en el medio artificial donde la comunidad humana va a desarrollar la mayor parte de su vida. Por lo tanto, la cobertura de la protección constitucional habrá de extenderse allá donde se encuentre el hombre. No obstante, Luquin Bergareche,²³⁹ critica que este concepto de “*daño ambiental*” no permite que se cobije “*la lesión del derecho-interés a un ambiente adecuado al desarrollo de la personalidad*”, porque en la última lesión lo que se ha vulnerado es un interés jurídico de la persona.

En España, se ha profundizado mucho sobre la determinación del concepto de “*ambiente*”, aunque a pesar de ello, la doctrina no se ha puesto de acuerdo del todo, generando una falta de unanimidad de criterios al respecto. Sin embargo, es necesario tomar como punto de referencia algunos de los conceptos incorporados, a pesar de la heterogeneidad en sus aproximaciones:

Lorente Aznar,²⁴⁰ alude a las dos concepciones fundamentales que han surgido sobre la delimitación conceptual del “*ambiente*” en tanto que bien jurídico protegido:

- a) La concepción amplia.
- b) La concepción restringida.

a) La concepción amplia.- Liderada por quienes consideran como ambiente e incluyen en él no sólo los elementos naturales: agua, aire, tierra, flora y fauna, sino también a los elementos artificiales: los construidos por el hombre, como las ciudades, carreteras y cualquier tipo de modificación del medio natural por obra el hombre. Es la tendencia más ajustada a la norma constitucional española, pues ésta habla de recursos naturales, pero también determina que los poderes públicos velarán por su utilización racional. Además, no tendría sentido defender un elemento natural, como por ejemplo el aire pero sin defender un equilibrio ambiental de una ciudad, de una presa o de un puente.

²³⁸ César J., Lorente Aznar, *Empresa, Derecho y Medio Ambiente. La responsabilidad legal empresarial por daños al medio ambiente* (Zaragoza: Bosch S.A.,1996), 7-8.

²³⁹ Luquin Bergareche, *Mecanismos...*, 134.

²⁴⁰ Lorente Aznar, *Empresa, Derecho...*, 17-20.

Existe una interrelación entre los elementos naturales y los creados por el hombre.

Partidaria de este enfoque es Luquin Bergareche,²⁴¹ quien sin centrarse en la diversidad de criterios doctrinarios para definir al “ambiente”, desde el punto de vista antropocéntrico, define al “ambiente” como aquel que “*incluye todos aquellos elementos naturales -agua, aire, suelo, parámetros atmosféricos y bióticos, fauna, flora, etc.- que representen el sustrato físico de la actividad de todo ser vivo (y por tanto del hombre en cuanto persona), y que es susceptible de modificación o alteración por causa de la acción humana*”.

Enrique Bacigalupo,²⁴² entiende que “*el derecho ambiental viene definido en parte por su función, ésto es, el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales*”. Es uno de quienes rechazan la concepción restringida defendida por ciertos doctrinarios.

Para algunos que siguen esta concepción, el “ambiente” no sólo debe abarcar el medio natural, en su plena acepción de naturaleza, sino también el artificial. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que se celebró en Estocolmo en 1972, declaró que “*el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas, en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de protegerlo para las generaciones presentes y futuras...*” (principio I).²⁴³ Reconoce los dos aspectos de medio humano, el natural y el artificial, ambos esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida misma.

²⁴¹ Luquin Bergareche, *Mecanismos...*, 134.

²⁴² Enrique Bacigalupo, citado por Lorente Aznar, *Empresa, Derecho...*, 17.

²⁴³ Cf. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (Naciones Unidas, New York, 1973).

b) La concepción restringida.- Es aquella defendida por quienes limitan el ambiente únicamente a ciertos elementos naturales. Es la posición que la Directiva 2004/35/CE y la LRM han adoptado en sus instrumentos normativos.

García Amez,²⁴⁴ defendería esta posición/concepción. En palabras más de él, el concepto de ambiente al hablar de daño ambiental, “*ha de ser un dado para el legislador*”. Por un lado, ha de ser un concepto legal y por otro, en normas como la LRM se puede encontrar una enumeración de los elementos que integran el ambiente (*artículo 2.3.a y 2.1*).

A pesar de que el Derecho debe optar por una de las posturas traídas a colación, con la finalidad de prevenir y remediar los daños que sobre el ambiente pudiesen recaer y dañar su equilibrio, delimitar su alcance estableciendo una conceptualización única y adentrarlo en el campo jurídico, no ha sido una tarea tan sencilla. Esta problemática obedece precisamente al carácter impreciso, indeterminado, indefinido, complejo y SOBRETUDO dinámico,²⁴⁵ que este elemento envuelve. Martín Mateo,²⁴⁶ desde hace algún tiempo atrás, al perfilar el ámbito conceptual del ambiente, manifestaba que éste incluye aquellos elementos naturales de titularidad común (*agua, aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra, excluyendo al suelo*), pero destacando que éstos presentan características dinámicas. Asimismo, Ruda González,²⁴⁷ postula que el “*ambiente*” abarca una abundancia insondable de interacciones mutuas; es pues un “*perpetuum mobile*”, integrado de muchísimos factores que se influyen mutuamente y constituyen un sistema con un cierto grado de equilibrio y homeostasis.²⁴⁸ Como bien refiere, la destrucción de un componente o eslabón puede ser catastrófica para unos u otros dentro de sistema que engloba el ambiente, como por ejemplo los cambios en una parte del sistema

²⁴⁴ García Amez, *Responsabilidad...*, 97.

²⁴⁵ *Ibíd.*, 97. En igual sentido, Ruda González, *El Daño...*, 108. Vid., Javier Domper Ferrando, *El Medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. 1 (Zaragoza: Civitas, 1992).

²⁴⁶ Martín Mateo, *Derecho Ambiental*, 78-79.

²⁴⁷ Ruda González, *El daño...*, 108-113.

²⁴⁸ Es decir, la capacidad de los ecosistemas para resistirse al cambio.

climático que podrían afectar a otras partes del sistema en un momento posterior, siguiendo el efecto dominó. Sin embargo, aunque reconoce y comparte la dificultad que implica brindar un concepto unitario del “*ambiente*”, e incluso existan interpretaciones más amplias respecto de él, considerándolo como todo lo que nos rodea, un conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, protege y rige la vida en todas sus formas.

Muchas ciencias ajenas a la jurídica -como la *biología*, las *ciencias naturales*, etc, también se han incrustado y se han esforzado en delimitar su noción. No aludimos a la Ecología, pues ésta es parte de la Biología y lo que estudia o le importa es el medio natural; la relación de los seres vivos entre sí o de una zona determinada con el medio en el que viven; excluye pues, a las personas. Esto nos sigue permitiendo constatar que no hay una definición única de “*ambiente*”.

En el ámbito jurídico, el “*ambiente*”, ha venido a ser regulado además, por las distintas áreas del Derecho. Así, en el ámbito penal, lo protegido principalmente por la norma penal, no son ni los concretos elementos del sistema natural afectado individualmente considerados, ni el sistema natural en su conjunto, ni siquiera la salud de las personas, sino el *entorno o el medio* en el que aquéllos/as se desarrollan y se relacionan con otros/as. Una vez que se haya admitido que el ambiente es un bien jurídico, pero también un bien jurídico-penal, a partir del mandato expresado en el artículo 45.3 de la CE española, que parece contener uno de los discutidos “*mandatos constitucionales expresos de criminalización*”, la cuestión principal es determinar cuándo estamos ante un “*riesgo jurídico-penalmente relevante*” para ese bien jurídico-penal.²⁴⁹ De esta manera, la afectación al ambiente penalmente relevante se determinará en función de si ha generado un grave peligro bien para el equilibrio de los sistemas naturales o bien para la salud de los seres humanos.²⁵⁰

²⁴⁹ Jesús María Silva y Raquel Montaner, *Los delitos contra el medio ambiente*, (Barcelona: Atelier, 2012), 29.

²⁵⁰ *Ibid.*, 31-32. Los autores, explican que éstos son los indicadores cualitativos de que la infracción penal debe trascender los límites de la infracción administrativa. Sin embargo, enfatizan que es prácticamente imposible cuantificar así como conocer con cierta precisión cuál es el daño efectivo que daña el ambiente.

En el campo del Derecho Civil, la jurisprudencia ha reconocido el carácter amplio del ambiente y su relación con el ser humano y su bienestar.²⁵¹ Sin embargo, en cuanto al campo artístico o urbanístico, a pesar de que existen cuestiones que se relacionen, como bien manifiesta exceden de lo ambiental,²⁵² como el patrimonio histórico artístico o las propias cuestiones de índole urbanística, que plantean especialidades propias que están relacionadas con el origen exclusivo de la actividad, a pesar de que puedan gozar de características comunes.

Montero Yanguas,²⁵³ apoyándose en la jurisprudencia civil, considera que el concepto de ambiente necesariamente tiene que guardar relación con el hombre, su salud y su bienestar. A sus ojos, así lo ha reconocido el Derecho Internacional (*la Declaración de Río sobre el “Medio Ambiente y el Desarrollo”*;²⁵⁴ *el Convenio de Estocolmo de 22 de mayo de 2001 ratificado por instrumento el 18 de mayo de 2004*;²⁵⁵ *la normativa comunitaria -por ejemplo la Ley de la comunidad foral de Navarra 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental, la Ley catalana 3/1998,*

Exponen que dicha trascendencia, también debe determinarse recurriendo a diversos criterios *-que el legislador no explicita-*, como la valoración del *statu quo* anterior a la producción de la conducta cuya relevancia típica se pretende determinar. Dicho *statu quo* según manifiestan *“constituye precisamente el (único) equilibrio de los sistemas naturales (realmente existentes) y, por consiguiente, es la posibilidad de perjudicar gravemente dicho statu quo -y no la comparación con una situación ideal ya inexistente antes de la realización de la acción- la que debe dar lugar a la apreciación de un hecho típico”*. Asimismo, determinan que es preciso recurrir a criterios de extensión en el espacio, prolongación en el tiempo, *intensidad* de la afectación, importancia de las especie, etcétera.

²⁵¹ Veáse, STS 2 de febrero de 2001, (RJ 2001, 1003).

²⁵² Veáse, STS de 2 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1003), fundamento jurídico quinto.

²⁵³ Yanguas Montero, *El daño no patrimonial...*, 61-69.

²⁵⁴ Principio 1: *“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”*.

²⁵⁵ Artículo 1, Objetivo: *“Teniendo presente el criterio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes”*.

de 27 de febrero²⁵⁶-.; y la Constitución española -*artículo 45*-). No rechazamos la postura de que la mayoría de los instrumentos por ella citados refieran al ambiente, a las personas y a la salud humana. Sin embargo, la visión plasmada por estos cuerpos legales es bastante antropocéntrica, exceptuándose la optada por la normativa autonómica que es más ecocéntrica. Ponemos especial énfasis en lo que atañe a la Constitución española en razón de lo ya explicado en líneas pasadas. Los criterios que la norma suprema postula (*respecto del artículo 45 CE*), no aluden a un derecho subjetivo al ambiente propiamente dicho, pues cuando surja una lesión sobre éste, lo que se habrá vulnerado en última instancia, es un interés jurídico de la persona.

No podemos desconectar de todas estas definiciones al Supremo intérprete de la Constitución. También se ha pronunciado y ha enfocado el concepto de “*ambiente*”, como un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, estableciendo en la sentencia 64/1982 (RTC 1982, 94), que estamos ante un concepto jurídico indeterminado y en la STC 102/1995, (RTC 1995, 102), FJ 6.) que “... *el medio ambiente, como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales,...*”.²⁵⁷ Reconoce que estamos ante un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo, de manera que no hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, que permanezca impasible ante el tiempo y el espacio, en todo caso, se trata de una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante en un determinado espacio. Para éste órgano, la palabra “*medio ambiente*”, gramaticalmente comienza con una redundancia, pues define el medio como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que el medio como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano, mientras que ambiente, son las

²⁵⁶ Derogada por la entrada en vigor de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades (DOG núm. 5524 de 11 de Diciembre de 2009 y BOE núm. 12 de 14 de enero de 2010. El objeto de la presente ley es “*establecer el sistema de intervención administrativa de las actividades con incidencia ambiental, en el que se toman en consideración las afecciones sobre el medio ambiente y las personas. Este sistema de intervención administrativa integra la evaluación de impacto ambiental de las actividades*” (artículo 1).

²⁵⁷ García Amez, *Responsabilidad...*, 97-98, vendría a compartir esta opinión.

condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están.

Ante la innumerabilidad y heterogeneidad de conceptos que del “*ambiente*” se proclaman *-a pesar de la imprecisión que las pueda caracterizar-*, debido incluso a que la protección ambiental podría ser abordada desde diversas perspectivas, y que con el paso del tiempo ha podido ser progresivamente más amplia, es importante relucir de manera sucinta algunos factores:

En *primer lugar*, el “*ambiente*” sin lugar a dudas, el “*ambiente*” es dinamismo puro y su constante cambio es lo que sustenta el rechazo para ser concebido como un concepto estático.

En *segundo lugar*, guarda un interés colectivo que es lo que le caracteriza, porque de él dependen otros recursos naturales y seres vivos, principalmente el hombre; porque éste garantiza la vida misma. Es un bien jurídico que debe ser objeto de protección frente a los daños que podrían alterar negativamente su equilibrio y es imperiosa su conservación y su protección, porque asegura la existencia además, de las generaciones futuras.

En tercer lugar, mediante la conceptualización del “*ambiente*”, factor ineludible para la determinación del hecho dañoso e imputación de responsabilidad ambiental; Lo que más nos importa obtener de una definición legal de “*ambiente*”, es que nos de luces para comprender con carácter técnico-jurídico lo que debe ser considerado como “*daño ambiental*”, sin que ello signifique contar con una definición radicalmente estática o invariable. Es necesario definir su alcance, a efectos de garantizar la protección de aquél, ante la presencia de un daño, por medio del instituto de la responsabilidad ambiental, pero eso sí, siempre sumisos o más bien respetando su propio dinamismo. No obstante, hemos de considerar los vigorosos esfuerzos doctrinarios y legislativos por construir un concepto, que además, resulta imperioso en el campo que nos ocupa *-el ambiental-*, pues es y será el “*objeto*” susceptible de protección jurídica.

En *cuarto lugar*, no se puede desconocer ni negar que de todas las definiciones aportadas, se puede extraer principalmente que la relación entre el ambiente y el ser humano y su degradación puede

conllevar repercusiones negativas latentes sobre la salud o el bienestar del hombre. Es por ello, que buscamos delimitar jurídicamente el alcance de “ambiente”, ya que servirá de pieza clave para determinar cómo regular los “daños” que pudiesen recaer sobre él. Se debe partir de todas las consideraciones traídas a colación y velar por los mecanismos de responsabilidad ambiental que el orden público-jurídico ha instaurado, para que permitan dar fiel cumplimiento al principio eje en materia ambiental “*Quien contamina paga*”.

En materia ambiental, el fin último que debe mover al legislador, no puede ser sólo el ser humano y la defensa de su salud. Éste se debe desenvolver y desarrollar en un ambiente natural sano, porque de éste depende en gran medida su desarrollo; su vida como tal. Aquí radica la razón de que sea objeto de protección jurídica. La definición impartida por la Declaración de las Naciones Unidas antes aludida, determina de manera más clara el concepto de ambiente, estableciendo que éste abarca los dos ámbitos, el medio humano natural y el artificial, a pesar de que el espíritu antropocentrista subyace también de su mandato. Sin embargo, parecería ser una de las definiciones más claras. De ahí que la mayoría de las Constituciones de varios países²⁵⁸ se refieran directa o indirectamente al ambiente como un elemento trascendental para el desarrollo del hombre.²⁵⁹ Dentro de ella, encaja de forma modélica la norma constitucional española. Mientras tanto, existen ya otras constituciones en el mundo en las que se otorga

²⁵⁸ En Ecuador, por ejemplo, este criterio también es concordante con la Resolución de la Corte Constitucional N° 1457, del 18 de agosto de 2009, la cual en consideración con el Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social que la Ley de Gestión Ambiental (2004) establecía, los derechos ambientales colectivos “*son aquellos derechos compartidos por la comunidad para gozar de un ambiente sano y libre de contaminación e involucra valores estéticos, escénicos, recreativos, culturales, de integridad física y mental y en general de calidad de vida*”. Además, la Corte conceptuó en esta sentencia la noción de “*impacto ambiental*”, definiéndolo como “*Toda alteración positiva o negativa del ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada. Es decir, el impacto ambiental, es toda acción del hombre que produce alteraciones sobre el medio físico y humano*”. Estas definiciones hacen una distinción entre las posiciones antropocéntricas y biocéntricas en las que se ha visto enfrascada parte de la doctrina, y el ordenamiento ecuatoriano no escapa de ello. Cf. SSUCPS, a fojas 95.

²⁵⁹ Lorente Aznar, *Empresa, Derecho...*, 18-19.

“derechos” a la Naturaleza.²⁶⁰

Ahora bien, de todas las normas de carácter ambiental que el legislador español ha elaborado y que se hallan incorporadas en el ordenamiento jurídico interno, las que por ahora más nos interesa por el objetivo que perseguimos con este trabajo, es la LRM que transpone la Directiva 2004/35/CE. En ninguna de ellas, el concepto de “ambiente” no está expresamente intitulado o definido de manera específica en alguna disposición legal que éstas contemplan. Esto no significa, que el “ambiente” no está protegido. No se refieren de manera expresa a éste, sino aluden a determinados recursos naturales como lo veremos más adelante. La finalidad de esta normativa se centra en protegerlos para que no sean dañados, por eso aluden al daño y al instituto de la responsabilidad ambiental, pero van acompañados de ciertas restricciones que ya se desglosarán en líneas posteriores.

1.9 Los recursos naturales. Bienes jurídicos ambientales

La clasificación de los bienes y la interrelación entre los tipos de bienes y su uso permiten visualizar las dificultades existentes para cumplir con el principio general del Derecho ambiental (“*Quien contamina paga*”), máxime en cuanto a la reparación de los daños por quien resulte ser su responsable. La clasificación fuente, distingue entre “*bienes artificiales*” (*todos los no naturales; obra de los seres humanos, producto de su trabajo y creatividad*) y “*bienes naturales*” (*que no requieren de la imaginación y del trabajo del ser humano, sino que existen por sí mismos*). A su vez, los bienes naturales según podemos observar, pueden clasificarse en dos grandes grupos.²⁶¹

²⁶⁰ Sin que nos detengamos en el debate filosófico de que la Naturaleza tiene o no derechos (*aunque para nosotros es un bien jurídico protegido*), es el enfoque ecocéntrico que la actual Constitución ecuatoriana trae consigo. Una de las constituciones verdes, así reconocida por la importancia que se da a la Naturaleza como tal, reconociéndole derechos expresos: “*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*” (artículo 71). También se le ha garantizado el derecho a la reparación (*artículo 72*).

²⁶¹ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 69-71.

a) Recursos Naturales.

b) Naturaleza, entendida como ecosistema o como el conjunto de recursos que interactúan para posibilitar la vida de los humanos. Es objeto de disfrute, aunque en realidad nuestra relación es de dependencia. Sin ella, los seres humanos no podrían subsistir, prácticamente vivir. No cabe ningún tipo de apropiación, sólo uso, que podría conducir, lamentablemente, a su destrucción.

La Ciencia que estudia los seres vivos, su origen, su evolución, su estructura y sus propiedades, así como sus procesos vitales, es decir, la Biología, también clasifica a los recursos naturales. Clásicamente, los ha agrupado en dos grupos:

1.- Bióticos (*seres vivos: animales y vegetales*).

2.- Abióticos (*la atmósfera, el agua y el suelo*).

Cada uno de estos, se complementan y se relacionan entre sí. Los factores abióticos son los encargados de dar lo necesario (*nutrientes, luz solar, rocas, agua, temperatura, humedad, PH, suelo, oxígeno, elementos químicos, clima, atmósfera*) para la vida de los factores bióticos en ciertas regiones; crean los ambientes adecuados para que los segundos puedan subsistir. Son los que determinarán qué tipos de factores bióticos estarán presentes. Algunos organismos y plantas son adecuadas únicamente para entornos particulares. Por ejemplo, los climas fríos no admitirán lagartos u otros animales de sangre fría. En cambio, los mamíferos grandes y lúgubres como las ballenas y los osos polares se adaptan mucho mejor a estos ambientes. Asimismo, los factores bióticos influirán en los factores abióticos. Los microbios y la vida vegetal en un lago determinarán cuáles serán los diferentes factores del agua (*niveles de luz solar, acidez, etc.*). Entonces, ambos tipos de factores se influenciarán entre sí, de una forma u otra, para determinar y controlar el ecosistema, como por ejemplo el suelo y las condiciones climáticas que son lo que determinan el tipo de flora que se encuentra en esa región.

Los **recursos abióticos**, también pueden ser clasificados en tres grupos, en razón del título de apropiabilidad (*ver ilustración núm. 5*).²⁶²

i) Los que se pueden apropiar; que pueden ser objeto de uso privativo.

ii) Los que su apropiación está impedida o no es posible por ser considerados demaniales o de naturaleza colectiva (*por expresa disposición de la Constitución y la Ley*). La consecuencia directa, es que sólo puede existir una apropiación colectiva que podría facultar una utilización privada *-sin ningún título de propietario ni indefinidamente-* según las condiciones que el Derecho y en su caso, la Administración determinen; aquí sólo cabe el uso común, otro común pero especial y un uso privativo. No es un uso que supone ninguna apropiación, porque no cabe constituir ningún título privativo sobre los bienes demaniales, sino que el titular público del recurso puede habilitar un título para autorizar/permitir un uso privativo por un tiempo determinado y bajo las condiciones que establezca para garantizar su conservación; por ejemplo, el título de concesión. (*caso Chevron - Texaco*).

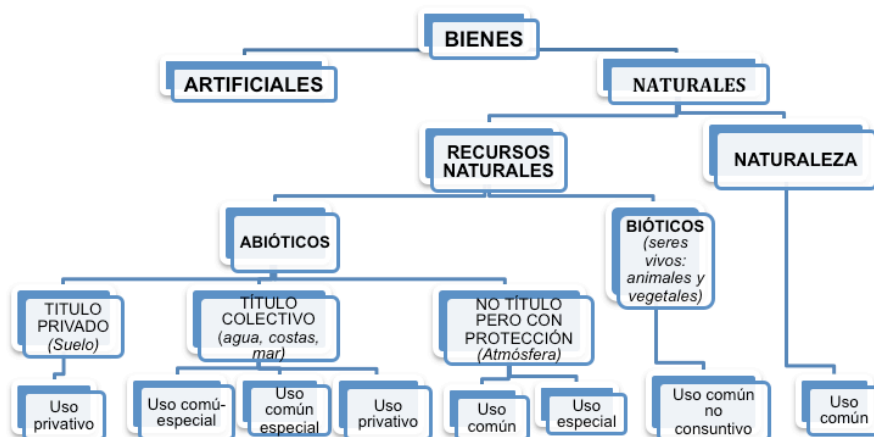
iii) Los que no pueden ser objeto de apropiación *-ni pública ni privada-*, pero que sí están protegidos por medio de la regulación de su uso para preservar sus cualidades naturales que hace posible su uso común (*es el caso de la atmósfera*, cuando el Estado regula las emisiones atmosféricas contaminantes, para proteger el recurso y la salud de las personas).

Mientras tanto, los **recursos bióticos**, disfrutan de un estatuto jurídico complejo. En unos casos son apropiables (*como por ejemplo, bosque de titularidad privada, suelo, etc.*) y cabe la constitución de un título de propiedad, pero sobre otros esta titularidad no se la puede adquirir, aunque es posible la sujeción a un régimen jurídico “*equivalente*” al demanial *-no deben confundirse con los recursos demaniales-*, que los excluye de cualquier tráfico. Las especies y vegetales protegidos se enmarcan dentro de este último supuesto; son una especie de bienes apropiables, pero colectivamente. Podrían ser objeto de uso común

²⁶² Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 72.

compatible con su conservación como por ejemplo la observación, la investigación, etc.²⁶³

Ilustración núm. 5: Clasificación convencional de los bienes y sus usos²⁶⁴



1.10 Conceptualización del “daño ambiental” en el ordenamiento jurídico estadounidense

El sistema legal de los Estados Unidos, reconoce responsabilidad ambiental ante dos tipos de daños:

- 1.- Los “*Discrete harms*”. Así por ejemplo, la “OPA” establece responsabilidad por “oil spills”, y “CERCLA” por “hazardous substances releases”.
- 2.- Los “*Discrete public resources*”. La “NMSA” por ejemplo, responsabiliza por los daños causados a los recursos que se encuentran en zonas protegidas marinas.

El ordenamiento jurídico estadounidense, prescinde de la noción específica de “daño ambiental” y frecuentemente recurre al diseño de “natural resource damage” (NRD, por sus siglas en

²⁶³ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 72.

²⁶⁴ Ilustración basada en la gráfica de Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 71.

inglés), que en realidad, traducido textualmente al castellano significa “*daño al recurso natural*”.²⁶⁵ Los estatutos ambientales federales que se han convertido en sus mayores ejemplificadores, CERCLA, la CWA y la OPA, incluyen esta terminología.²⁶⁶ En cualquier caso, esto significa, que estamos hablando de un “*daño colectivo*”, pero que nace da la unión de “*Daño*” + “*Recurso Natural*”.

Llama la atención que CERCLA, configurándose como la normativa regulatoria primaria de responsabilidad ambiental y constituyéndose como su máximo exponente, no aluda expresamente a la noción de “*daño ambiental ecológico puro*”. Ha preferido contemplar por separado una definición para “*damage*”, otra “*natural resources*” (42 U.S.C. § 9601) y además, otra, para denotar lo que por “*environment*” se debería entender (§ 9601.8); que la Directiva 2004/35/CE y la LRM optaron por excluir. Sin embargo, cabe hacer algunas precisiones sobre la manera en que cada uno de los estatutos referidos han empleado todas estas nociones a la que hemos hecho alusión:

En primer lugar, siguiendo el orden expuesto de definiciones, CERCLA describe como “*damages*” (§ 9601.6),²⁶⁷ la lesión o pérdida de recursos naturales, salvo cualquier otra disposición legal, y sólo sujetas a las “*defenses*” establecidas (§ 9607.a).²⁶⁸ De igual

²⁶⁵ Vid., Karen Bradshaw, «settling for natural resource damages», *Harvard Environmental Law Review* 40 (2016): 217-222.

²⁶⁶ “CERCLA” cubre los daños a los recursos naturales relacionados con la liberación de “*hazardous substances*”. La “OPA” funciona junto con la “CWA” para proporcionar daños a los recursos naturales cuando se libere petróleo en las vías fluviales. Además, se ha delegado a los secretarios de Defensa, Interior, Agricultura, Comercio y Energía, autoridad federal para perseguir/demandar “*natural resource damages*” bajo “CERCLA”, “OPA” y “CWA”. “CERCLA” permite también a los “*tribal trustees*” a presentar “*natural resource damages claims*” por los daños causados a los recursos fiduciarios que estén bajo su control. Cf. *Ibid.*, 227-228.

²⁶⁷ Cf. § 9601.6: “The term “*damages*” means damages for injury or loss of natural resources as set forth in section 107(a) or 111(b) of this Act”.

²⁶⁸ Cf. § 9607.a “*Limitation on payment of natural resource claims. (A) General Requirements. No natural resource claim may be paid from the Fund unless the President determines that the claimant has exhausted all administrative and judicial remedies to recover the amount of such claim from persons who may be liable under section 107*”.

manera, se determina por remisión a otra disposición que el término “*natural resource claim*” no incluye ningún reclamo por los “*costs of natural resource damage assessment*” (§ 9611.b.2).²⁶⁹

En segundo lugar, en cuanto a los “*natural resources*”, CERCLA introduce una definición bastante amplia que la OPA la sigue muy de cerca; mientras que la CWA, no los define (§ 311). CERCLA y la OPA limitan y enumeran los “*natural resources*” incluyendo: “*tierra, peces, vida silvestre, biota, aire, agua, agua subterránea, suministros de agua potable...*” (42 U.S.C. § 9601.16²⁷⁰ y OPA § 1001.20). Si bien hay ligeras variaciones en sus definiciones, ambos estatutos consagran que un “*recurso natural*” es “*perteneciente, administrado, mantenido en fideicomiso, perteneciente a, o bajo el control de... los Estados Unidos, cualquier Estado, una tribu indígena, un gobierno local o un gobierno extranjero*”.

Lo que podemos denotar aquí, es que CERCLA, ha considerado determinados elementos ambientales, los cuales pueden ser susceptibles de sufrir un daño. En este punto, demuestra la notable influencia que ha ejercido sobre la normativa ambiental comunitaria y española -*la Directiva 2004/35/CE y la LRM*-, en tanto éstas han segmentado ciertos recursos naturales que podrían ser dañados. Esta normativa ha adoptado el mismo esquema de CERCLA, estableciendo asimismo, definiciones particularizadas para delimitar cada categoría jurídica, aunque al daño como tal, hayan preferido denominarlo “*daño medioambiental*”, es decir, prefirieron introducir la fórmula de “*Daño + Ambiente*”, cuando en realidad definen al “*daño*” en consideración de determinados “*recursos naturales*”. La definición de daño ambiental en ambos ordenamientos jurídicos (*estadounidense y europeo continental*)

²⁶⁹ Cf. § 9611.b.2: “*Definition. As used in this paragraph, the term means any claim for injury to, or destruction or loss of, natural resources. The term does not include any claim for the costs of natural resource damage assessment*”.

²⁷⁰ Cf. 42 U.S.C. §9601.16, “*The term “natural resources” means “land, fish, wildlife, biota, air, water, groundwater, drinking water supplies, and other such resources belonging to, managed by, held in trust by, appertaining to, or otherwise controlled by the United States (including the resources of the fishery conservation zone established by the Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act [16 U.S.C.A. § 1801 et seq.]) any state or local government, any foreign government, any Indian tribe, or, if such resources are subject to a trust restriction on alienation, any member of an Indian tribe*”.

presenta una salvedad derivada de CERCLA y refiere a que no es necesario demostrar ninguna lesión sobre bienes o derechos subjetivos (*la única excepción sería con el suelo en el caso de la Directiva 2004/35/CE y la LRM*).

En tercer orden, la definición de **“environment”** que CERCLA ha instaurado se constriñe a:

“a) las aguas navegables, las aguas de la zona contigua, y las aguas del océano de los cuales los recursos naturales están bajo la autoridad de gestión exclusiva de los Estados Unidos bajo la Ley de Conservación y Administración de Pesquerías Magnuson, y

b) cualquier otro de las aguas superficiales, aguas subterráneas, suministro de agua potable, la superficie terrestre o de los estratos del subsuelo, o ambiente atmosférico en los Estados Unidos o bajo la jurisdicción de los Estados Unidos” (§ 9601,8).²⁷¹

Aunque nos parezca extraño que la definición de *“environment”*, sobretodo en el último caso, se refiera sólo a los recursos hídricos, al suelo, subsuelo y a la atmósfera, quedando aparentemente la flora y la fauna excluidos de su ámbito de regulación y protección, en realidad, lo que sucede, es que estos recursos naturales, se los incluyó ya, dentro de la definición de *“natural resources”* (§ 9601). Esto se asemeja con lo que la Directiva 2004/35/CE y la LRM han hecho, aunque como hemos dicho, no hayan decidido contemplar una definición exclusiva para el *“ambiente”*.

1.11 El ambiente en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM. Concepción amplia o restringida

Una vez anotadas las delimitaciones que la doctrina ha hecho respecto del *“daño ambiental”* y del *“ambiente”* como tal, es menester ahora, recurrir a la normativa legal ambiental que ha

²⁷¹ La traducción arriba expuesta es de nuestra autoría. La disposición textual de CERCLA (101 (8)), es la siguiente: *“The term “environment” means (A) the navigable waters, the waters of the contiguous zone, and the ocean waters of which the natural resources are under the exclusive management authority of the United States under the Magnuson Fishery Conservation and Management Act of 1976, and (B) any other surface water, ground water, drinking water supply, land surface or subsurface strata, or ambient air within the United States or under the jurisdiction of the United States”*.

instaurado un cuerpo reglado que versa sobre esta materia. La Directiva 2004/35/CE y la LRM. De esta manera, podremos determinar cuándo estamos ante un “*daño ambiental*” capaz de activar el mecanismo de responsabilidad ambiental.

El primer frontis que tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM dibujan para referirse al “*ambiente*” es su preámbulo y considerandos, para luego irlo desarrollando a lo largo de sus textos normativos. Lo que queremos decir es que ambas normas, desde un inicio hasta el fin, han introducido al “*ambiente*”. Muestra de alguna de ellas son las siguientes:

- “... *las actividades profesionales que presenten un riesgo para la salud humana o el **medio ambiente***”.
- “... *actividades o prácticas que entrañan un riesgo potencial o real para la salud humana o para el **medio ambiente***”.
- “*La prevención y la reparación de los **daños medioambientales** es una tarea que contribuye directamente a la finalidad de la política **medioambiental** de la Comunidad...*”.
- “*La rehabilitación del **medio ambiente** debe realizarse de manera efectiva...*”.
- “*La liberación en el **medio ambiente**, derivada de actividades humanas...*”.
- “... *la reparación del **daño medioambiental** se consigue restituyendo el **medio ambiente** a su estado básico...*”.

De antemano, la palabra textual empleada es “*medio ambiente*” o el calificativo “*medioambiental*”. No vamos a entrar en el razonamiento ius-filosófico del término empleado, pero si resaltar nuevamente, como manifestamos al comenzar este capítulo, que se pudo haber optado únicamente por “*ambiente*”, por ser un fenómeno unitario, un todo.

La Directiva 2004/35/CE y la LRM, han dispuesto, que para que un “*daño*” sea considerado “*ambiental*”, debe recaer sobre determinados recursos naturales (*artículo 2.1 de ambos instrumentos*). Esta normativa, en otras palabras, no consagra dentro de su ámbito de regulación el “*daño ambiental puro*” de manera completa, sino que se refieren únicamente al “*ambiente*” en general, incluso segmentando sus recursos naturales. A su tenor, el

“daño ambiental” no sería producto de la unión de “daño” + “ambiente”, sino su fórmula más apropiada hubiese sido la adoptada por CERCLA, “daño” + “recurso natural” = “daño ambiental”, aunque en dicho estatuto si está incluido el aire dentro del concepto de ambiente. Lo que excluyen una y otra legislación son los “daños tradicionales”. Están descartados del ámbito de protección del ordenamiento estadounidense (CERCLA) y del ámbito comunitario (Directiva 2004/35/CE²⁷² y LRM), aunque de forma expresa y más rigurosa se lo plasma en el ámbito de la LRM, que al trasponer la Directiva de responsabilidad ambiental, lo ha hecho bajo la técnica de incorporar una norma exclusiva intitulada como “daños a particulares” (artículo 5),²⁷³ para luego excluirlos del todo.²⁷⁴

Excavando ya en el contenido normativo de la Directiva 2004/35/CE y la LRM, no encontramos *-en ninguno de estos cuerpos legales-*, una noción jurídica de “ambiente”, dentro de las definiciones por ellas impartidas (artículo 2.1 y 2.2 de ambas). De hecho, no contienen una única y exclusiva definición de “daño ambiental” (sigue el sistema de definiciones y subdefiniciones que ya aparecía en la propuesta de ésta). Por un lado, se refieren a los tipos de daños que han de cubrir, considerando de manera particular, según determinados “recursos naturales”; y, por otro lado, pasan a definir, en una norma aislada, únicamente los “Daños” en un contexto general. En todo caso, diremos en sus textos, únicamente, se induce que se refieren a la noción de “daño medioambiental”.

Esta duplicidad de “definiciones” y el “ámbito de aplicación” de ambas normas (artículo 3), ha provocado la génesis de la discusión dogmática que se ha tejido respecto de si dicha normativa ha segmentado o fragmentado el ambiente o lo concibe como un todo o un fenómeno unitario; como lo que verdaderamente es. Además, se ha cuestionado también, la proporción en la que el “daño ecológico puro” está cubierto, es decir, si la protección es total o parcial.

²⁷² Cf. Considerando 14.

²⁷³ Cf. artículo 5 de la LRM.

²⁷⁴ Por lo trascendental y tajante que resulta ser el artículo 3.3 de la Directiva 2004/35/CE en relación con lo descrito arriba, textualmente la citamos. Ésta dispone que “no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales”.

Indudablemente, ambas normas pueden generar un motivo de confusión por las siguientes razones:

- a) Los elementos ambientales de propiedad privada han sido excluidos, con excepción de un único recurso natural; el suelo.
- b) Se ha protegido de manera limitada a los bienes del ambiente; no están protegidos todos ni en igual medida. Se ha incluido, únicamente, los siguientes recursos naturales:

b.1.- Las especies silvestres y los hábitats (*artículo 2.1 a LRM*) o a las **“especies y hábitat naturales protegidos”** (*Directiva 2004/35/CE*).

Esta expresión reemplaza aquella definición que se solía aplicar, la de “*daño a la biodiversidad*”.²⁷⁵ La Directiva 2004/35/CE define cuáles son esas especies y hábitats por remisión a las listas que otras directivas anteriores han incluido. Se ha consolidado sobre la base de la red natura 2000, para proteger sólo a ciertos recursos naturales previamente protegidos (*aquí sale a flote su carácter restringido*). Aunque eso sí, no ha imposibilitado a los Estados miembros para que puedan incluir cualquier otra (*artículo 2.3. LRM y Directiva*). De hecho, la mitad de los Estados miembros (*Bélgica, Chipre, Eslovenia, España, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Suecia, Reino Unido, República Checa*), han optado por un ámbito de aplicación más amplio.²⁷⁶

No obstante, el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/35/CE seguiría siendo limitado porque requerir en efecto, a que los Estados designen otros hábitat o especies

²⁷⁵ Ruda González, *El daño...*, 124.

²⁷⁶ Cf. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) (2016/2251(INI)). Véase principalmente, el texto aprobado respecto de los Límites en cuanto a la eficacia de la DRM, número 20, acceso el 6 de marzo de 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0414+0+DOC+XML+V0//ES>.

destinados a estar bajo protección. Limitación que no se percibe en la LRM que comprende el daño a la biodiversidad que afecte a especies silvestres y hábitats (*artículo 2.1.a*). Éstas corresponden sobretudo a las protegidas en el catálogo nacional de especies amenazadas o los catálogos autonómicos aunque también las demás protegidas por la legislación (*artículo 2.4 LRM*).²⁷⁷

b.2) Las **aguas**, definidos también por referencia a la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2000 (*Directiva que establece el marco comunitario de actuación en cuanto a la política de aguas*). En el caso de la LRM, ésta se remite a la legislación de aguas (*art. 2.1 b*), excluyendo como daños a las aguas, los previstos en el artículo 4.7 de la Directiva anteriormente referida.

b.3) La **ribera del mar y de las rías**. La inclusión de éstos recursos naturales, son producto de una ampliación del ámbito de protección de la LRM al transponer la Directiva 2004/35/CE, ya que en esta última no fueron consagrados (*artículo 2.12*). Dicho de otro modo, la LRM en comparación con la Directiva 2004/35/CE, amplió el horizonte de protección jurídica para incluir bajo su techo de protección a la ribera del mar y las rías, además de las especies silvestres y los hábitats; agua y suelo, en plena armonía con lo ya consagrado en su legislación interna española respecto de la materia. ’

b.4) El **suelo**, (*artículo 2.1.c Directiva 2004/35/CE*) y (*artículo 2.1.d LRM*). Es el único caso en el que no hay remisión a otra normativa para delimitar su alcance.

c) *¿Qué pasó con el aire?* No consta en ningún considerando/exposición de motivos ni artículo a lo largo del texto normativo de ambas normas (*Directiva 2004/35/CE y LRM*²⁷⁸). Ambas, excluyen los daños a la

²⁷⁷ Ruda González, *El daño...*, 124-125.

²⁷⁸ De hecho, en la exposición de motivos de la LRM se deja sentado de forma tajante que “no todos los recursos naturales están protegidos por esta ley. Tan

atmósfera.²⁷⁹ En cuanto a la contaminación del aire, es verdad que las variadas interacciones y procesos sinérgicos van a dificultar la determinación del nexo causal. Sólo vendrá a ser importante el aire, si se provocasen daños por elementos transportados por él, pero que causen daños a las aguas, al suelo o a las especies y hábitats protegidos.²⁸⁰ Sin embargo, esto no excusa a la no inclusión en la Directiva 2004/35/CE y la LRM los daños a la calidad del aire, porque esta exclusión acorta y disminuye la protección al ambiente; lo segmenta. No importaría incluso, aquella opinión en el sentido de que de habérselo incluido dentro del ámbito de protección de la normativa señalada, quienes buscaran contaminar el aire, crearán mecanismos alternos para hacerlo, con lo cual, el volumen de emisiones no se reducirá de manera efectiva *ergo* el coste de dicha modificación.

Todo lo dicho tiene apoyo además de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE,²⁸¹ en la cual se dejó sentado que la contaminación atmosférica perjudica la salud humana y al ambiente y, de acuerdo con Eurostat, la contaminación por dióxido de nitrógeno y partículas bosqueja graves riesgos para la salud. Sobre esta base, solicitó que se incluya en las definiciones de “*daño*

solo están aquellos que tienen cabida en el concepto de daño medioambiental” (Preámbulo I).

²⁷⁹ Sobre la exclusión de la atmósfera en la LRM, veáse García Amez, *Responsabilidad...*, 113-115; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 111-114.

²⁸⁰ Así lo podemos corroborar si recurrimos a la Directiva 2004/35/CE, considerando 4: “*Por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos*”. De igual manera, la Ley 26/2007, en su artículo 2.2, prevé: “*Quedan incluidos en el concepto de daño aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por los elementos transportados por el aire*”.

²⁸¹ Cf. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) (2016/2251(INI)). Veáse principalmente, el texto aprobado respecto de las Propuestas para una mayor armonización de la DRM, número 28, acceso el 6 de marzo de 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0414+0+DOC+XML+V0//ES>.

medioambiental” y *“recurso natural”*, que traza el artículo 2, a los *“ecosistemas”*. Además, pidió a la Comisión que examine la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la DRM y de imponer responsabilidad por daños a la salud humana y al ambiente, incluyendo el daño al aire.

d) A partir de la concreción de los recursos naturales, se podrán clasificar los distintos tipos de daños, los cuales han sido incluidos tanto en la Directiva 2004/35/CE (*artículo 2.1*) como en la LRM (*artículo 2.1*), en función de dos variable:²⁸² el tipo de recurso natural que ha sufrido el daño y el propósito de su reparación. No obstante, todas las categorías legales de daños utilizados por la Directiva 2004/35/CE y la LRM, no son excluyentes, sino que también están cubiertos parcialmente. Ambas normas, hablan de:

d.1 Daños a las *“especies y hábitat naturales”* (*artículos 2.1 a); 2.3; y 3.1.b) de la Directiva y artículos 2.1 a), 2.4 y 2.5 LRM*);

d.2 Daños *“a las aguas”*;

d.3 daños *“a la ribera del mar y de las rías”* (*artículo 2.1.c) exclusivo de la LRM*) (*producto de la ampliación de la transposición nacional española de la Directiva 2004/35/CE, que no las incluyeron*);

d.4 Daños al *“suelo”*, generando un poco de confusión porque por ejemplo, los *hábitats*, también se componen de suelo y agua.

e) La delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/35/CE respecto al *“daño ambiental”*, también es dispar en relación con el *“ambiente”*, al cual lo vuelve a fragmentar de un modo distinto (*artículo 3*):

e.1 La Directiva se aplicará cuando surjan daños ambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y cualquier amenaza inminente de que éstos se produzcan (*artículo*

²⁸² Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 82.

3.1.a) y por daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos, por actividades distintas de las que establece el Anexo III y a cualquier amenaza inminente, siempre que haya existido culpa o negligencia por parte del operador (*artículo 3.1.b*).

e.2 La LRM, cubre los daños ambientales y las amenazas inminentes causadas por las actividades incluidas en el Anexo III, sin intervención de dolo, culpa o negligencia (*artículo 3.1*), pero también cubre los daños causados por las actividades no incluidas en dicho Anexo, cuando medie dolo, culpa o negligencia, tratándose no sólo de daños a las especies silvestres y hábitat, sino de los demás recursos naturales (*artículo 3.2.a*). En este caso, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación (*artículo 3.2.a*) y si no media ninguno de los elementos subjetivos, sólo se exigirán las dos primeras medidas (*artículo 3.2.b*); con lo cual la equiparación no está del todo presente.

La disparidad de trato se coteja en virtud de la inclusión innecesaria e injustificada que hace la Directiva 2004/35/CE al demarcar su ámbito de aplicación. Dentro de él, comprende sólo los daños a las especies y hábitat naturales y excluye a los demás recursos naturales. En otras palabras, en atención a su alcance, el daño a las aguas o al suelo por causa de actividades profesionales excluidas del Anexo III no gozarían de protección jurídica, sin importar que el autor/operador haya obrado con culpa. Por lo tanto, la delimitación del ámbito de aplicación más razonable, es la incorporada la LRM.²⁸³

Todos estos considerandos, reflejan a nuestro parecer, lo restringido que está el perímetro del régimen de responsabilidad ambiental en relación con la protección del “*ambiente*”. Tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, han instaurado un régimen de responsabilidad ambiental, pero de alcance limitado. En efecto, ambas normas lo que verdaderamente hacen, es detallar cuáles son los recursos naturales a ser protegidos por ser parte *-sin duda-* del

²⁸³ En igual sentido, Ruda González, *El daño...*, 148-149.

ambiente y que podrían resultar dañados. Es pues una fragmentación. Esto además, no excluye las dificultades que el juez va tener a la hora de resolver, pues en el caso en el que se haya dañado un único recurso natural, i) deberá acudir a cada una de las definiciones dadas para denotar cada recurso natural protegido y examinar si encaja o no dentro de alguna de ellas, y además, ii) acudir a una definición extra, que consagra se refiere de manera general de los “daños” (*artículo 2.2 de ambas normas*). Ahora bien, si el daño ha afectado a varios o todos los recursos al mismo tiempo iii) el juez *¿tendrá que moderar su resolución sobre la base de los dos puntos anteriores en conjunto o seleccionar únicamente el recurso que va proteger, o no resolver porque las normas son dispares y no se ajustan a dicho caso en particular?*.

Existen discrepancias sobre este tema dentro del ámbito doctrinario. Hay quienes han considerado que el daño ambiental en este sistema jurídico no versa únicamente sobre determinados recursos naturales, sino que despliega dos tipos de daños: unos que recaen sobre el ambiente y otros que recaen sobre unos recursos naturales específicos (*no se trata de una responsabilidad por daños ecológicos puros “in toto”*).²⁸⁴ Pero la mayoría, comparte en que la limitación de su contenido, se aplica respecto de los elementos que lo componen. Así por ejemplo, no se considera como daño ambiental aquél que afecta a la atmósfera. Además, el ámbito de aplicación (*artículo 3 de la Directiva 2004/35/CE y la LRM*) del régimen previsto es mucho más limitado de lo que uno podría deducir del precepto que lo define y del propio título que la Directiva 2004/35/CE (*“sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”*) y la Ley (*“de Responsabilidad Medioambiental”*) han dedicado a sus instrumentos legales. En la órbita de su marco de aplicación (*de ambos instrumentos legales*), se alude sólo a las especies y hábitats naturales, dejando a un lado a los demás recursos naturales que dicha normativa los han definido (*artículo 2 de ambas*). De todos modos, a pesar de lo restrictivas que son ambas normas, considerando la manera de como describe cada una su ámbito de protección y delimitación del ambiente, la LRM parecería ser menos lacónica que la Directiva.

²⁸⁴ Para profundizar sobre la segmentación del ambiente, vid., *ibíd.*, 144-154.

Los cuestionamientos sobre los que tomamos posición, giran en torno a la necesidad *-infranqueable-* creada por el legislador comunitario y español para segmentar el ambiente, con la finalidad de protegerlo y hacer efectivas las medidas preventivas y reparadoras del instituto de responsabilidad que la LRM y la Directiva 2004/35/CE han instaurado. En realidad *¿el ambiente puede/debe realmente fragmentarse para incluirlos dentro de su ámbito de aplicación con la finalidad de garantizar que los principios preventivo y reparador se cumplan de manera efectiva?*

Desde que abordamos la noción *-indeterminada-* de “ambiente”, hemos denotado su carácter universal, entendiéndolo como un fenómeno complejo y sistemático, conformado por un conjunto de elementos naturales (*como el aire, el agua o el suelo*) y elementos artificiales o sociales. Dicho de otro modo, cuando nos referimos al ambiente, aludimos a aquel sistema conformado por elementos bióticos (*como la fauna, los seres humanos y la flora*) y abióticos (*hidrocarburos*) así como artificiales, que hacen factible la vida en el planeta y que el ser humano se desenvuelva, desarrolle y prolongue su vida; correlacionándose dichos elementos para colaborar al buen funcionamiento de ese propio sistema, *-el ambiente-*. En cualquier caso, el legislador debió elegir un mecanismo en virtud del cual se determine que la protección ambiental y su régimen de responsabilidad, en caso de suscitarse un determinado daño sobre este fenómeno dinámico, debería ser extensible o cubrir a todos los medios/recursos naturales y no solo a ciertos elementos.

Entendido entonces, desde un enfoque ecocéntrico, el ambiente no podría ser compartimentado de manera casuística excluyéndose uno u otro recurso natural que atendiendo a su propia naturaleza, forma parte de él. No se puede cortar un brazo o una pierna de una persona y decir que el cuerpo humano está completo, aunque pueda funcionar por decirlo de alguna manera irónica. Tanto el ambiente como los seres humanos, pueden regenerarse por sus propios medios, pero no es una regla absoluta, por eso habrán especies que se extinguirán o en el caso de las personas, incluso con heridas leves hay quienes guardan cicatrices patológicas (*queloides*), no se diga perdiendo algún órgano vital (*por más avanzada que la ciencia médica esté en cuanto a cirugías, transplantes de órganos, etc*). Un

daño siempre deja secuelas de alguna manera. Esta concepción, no difiere del todo desde el punto de vista jurídico.

Tal fragmentación, como lo ha hecho en el régimen comunitario y en el español, más aún, con ese trato tan antagónico del que la normativa se ha valido, para excluir además al aire, no debió tener lugar. El legislador nunca debió fragmentar al ambiente de ese modo, pues su verdadera misión debió centrarse en que aquél, siempre esté incólume. Segmentarlo, tal y como lo ha hecho, es ir en contra de su propia esencia/naturaleza, dejando la filosofía ecocéntrica al margen, pues ésta busca preservar los ecosistemas y las especies, más no conservar la vida sólo de *individuos específicos*. La esencia del ambiente como un todo se ve desvanecida. En el campo civil, sucede lo contrario, el ambiente se compartimenta, lo cual se vuelve más evidente en la doctrina “*public trust*”,²⁸⁵ ya que el “*trustee*” sólo podrá reclamar por los daños que afecten a recursos pertenecientes al “*trust*”.

No queremos decir con todo esto, que la muestra de un interés por precautelar y conservar el ambiente esté ausente de manera concluyente; más bien, hay que reconocer la intención de velar por su conservación y protección, que reluce desde un inicio al instituir su objeto (*artículo 1 de ambas normas*), el cual se mantiene latente en todo su paraje. Sin embargo, esto no obsta para elevar críticas en cuanto a la duplicidad de enfoques ecocéntricos/atropocéntricos adoptados por la normativa (*sobretudo en la definición de daños al suelo*); su falta de tutela al “*ambiente*” como un bien jurídico autónomo, además del alcance compartimentado de su protección, por estar cerceñado únicamente a ciertos recursos naturales, brindando cualidades divididas, sin que exista tampoco razón fundamentada que justifique su falta de regulación como un todo (*en particular, cuando hablamos del aire*); además de la falta de armonía y sintáxis que en ambas normas, Directiva 2004/35/CE y LRM sobresaltan, especialmente en la descripción que se hace respecto de cada recurso para considerarlo como un “*daño ambiental*”, conducen a puntualizar que la manera en que aquellas han realizado la segmentación introducida en sus textos normativos, es técnicamente deficiente.

²⁸⁵ Ibid., 144.

Para esquematizar el problema que se ha presentado, antes que nada, denotamos que la Directiva 2004/35/CE y la LRM proporcionan criterios diferentes, combinando dos enfoques antiéticos *-ecocéntricos y antropocéntricos-* para determinar que existe un “*daño ambiental*”, pero asignándolos en atención a cada recurso natural que han determinado proteger.

Los criterios difieren entre sí, según se trate de las especies silvestres y hábitats, las aguas, la ribera del mar y de las rías y en cuanto al suelo. Estos criterios serán profundizados a posteriori, cuando los tratemos de forma individual a cada uno de los recursos naturales. Sin embargo, hay que recalcar, es que los riesgos para la salud humana o para el ambiente deben ir asociados al recurso afectado, en cuyo caso siempre tendrán siempre el carácter “*significativo*”, según lo determinado en el Anexo I.1 de la LRM.

Lo que sí hay que saber de antemano y cabe destacar, es el trato singular brindado por la Directiva 2004/35/CE y la LRM al suelo. Éstas han definido, que sólo considerarán que existen daños ambientales, cuando éstos supongan una contaminación de este recurso natural. Adelantándonos un poco a la explicación particular que haremos respecto de este tipo de daños, lo que más llama la atención, es que hayan sido los únicos que no han sido definidos como “*daños*” en realidad, sino como “*contaminación*” (*artículo 2.1.c) Directiva; artículo 2.1.d) LRM*). Desde este enfoque, serán daños en tanto se haya alterado la salud (*Directiva 2004/35/CE*) o la salud o el ambiente (*LRM*), a causa de un determinado tipo de contaminación.

De todos modos, la enumeración los recursos naturales que están bajo el amparo tanto de la Directiva como de la LRM, resulta insuficiente para imponer como criterio que únicamente, porque resulten afectadas dichas especies deba surgir la responsabilidad ambiental. Como bien expone Ruda González,²⁸⁶ “... pueden existir numerosas ingerencias en el funcionamiento normal de los ecosistemas que no supongan un perjuicio del ambiente y que resulten deseables desde el punto de vista antropocéntrico, como la erradicación del virus del SIDA. También un mismo recurso natural .v. gr. el ozono- puede ser bueno y malo para las personas”.

²⁸⁶ Ibid., 99.

A pesar de todo lo aceverado, la primera impresión que surge cuando nos remitimos a las definiciones normativas/descriptivas de los daños a los diversos recursos naturales, es que se ha agrupado de manera ordenada a cada bien natural. No obstante, al ir extrayendo de este espectro las exigencias que cada uno de estos bienes debe cumplir para ser considerado “*daño ambiental*”, no sólo denota su segmentación, sino que ésta repercute en confusión, al tener que contar además, con una definición extra de “*daños*”, para ulteriormente, acudir además a nuevas definiciones dispersas respecto de cada bien, que incluso obligan a remitirse a normativas distintas, para “*aclarar*” su alcance y demarcación de protección en cuanto a cada recurso. La única opción que hubiera sido óptima y plausible, habría sido incorporar una sola norma (*como la Convención de Wellington*), en lugar de llevarnos a otras disposiciones legales dispersas, que además de regular de manera tan empañosa, nos colocan ante una falta de claridad (*principalmente para el ente juzgador*). Simplemente, pudo el legislador, agrupar en una sola definición todos los daños y todos los recursos naturales, estableciendo además, la conexión o relaciones existentes entre ellos y con el ser humano, sujetos a requisitos comunes y no tan desperdigados.

1.12 El daño ambiental. Conceptualización de conformidad con la Directiva 2004/35/CE y la LRM

La necesidad de conceptualizar lo que se debe comprender por “*daño medioambiental*”, nos lleva a extraer en primer lugar, el concepto que tanto la Directiva²⁸⁷ como la LRM²⁸⁸, aunque de forma genérica, han instaurado. La Directiva 2004/35/CE, en avenencia con lo dispuesto en su considerando 5),²⁸⁹ prosigue en su

²⁸⁷ Directiva 2004/35/CE, artículo 2 “*Definiciones*”, apartado 1.

²⁸⁸ LRM, artículo 2 “*Definiciones*”, apartado 1.

²⁸⁹ Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, Considerando 5: “*Conviene definir los conceptos que contribuyan a interpretar correctamente y a aplicar el programa facilitado por la presente Directiva, en particular, por lo que respecta a la definición de daño medioambiental. Cuando el concepto en cuestión se derive de otra legislación comunitaria pertinente, es preciso utilizar la misma definición de forma que puedan seguirse criterios comunes y promoverse una aplicación uniforme*”.

artículo 2.2, con otra definición para referirse única y exclusivamente a “daños”, entendiéndolos como “**El cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales...**”.²⁹⁰ Mientras tanto, la LRM sigue el mismo esquema (*artículo 2.2*), aunque con la salvedad de que en su definición, a pesar de la similitud con la que los describe en comparación con la Directiva 2004/35/CE, omite la exigencia de que el perjuicio deba ser también “*significativo*”,²⁹¹ requisito que lo incorpora sólo al momento de definir el daño ambiental atendiendo la afección que cada recurso natural pudiera sufrir (*sean las aves, los hábitats, el agua, las riberas del mar, las rías o el suelo*). No obstante, a diferencia de la Directiva 2004/35/CE, amplía su concepto e incluye “... *aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por los elementos transportados por el aire*” (*la Directiva 2004/35/CE lo contempla únicamente en su considerando 4*).²⁹² Si el daño se ha producido directa o indirectamente a causa de una conducta u omisión, viene a ser también, completamente indiferente para esta normativa - *comunitaria y estatal*-; puede surgir de cualesquier manera.

Dentro de la concepción del “*daño ambiental*”, también se debe tener presente los servicios que estos recursos prestan. Están incluidos en ambas definiciones, pues aquellos también podrían ser afectados.²⁹³ La Directiva 2004/35/CE (*artículo 13*) y la LRM (*artículo 18*), definen a los “*servicios*” de los recursos naturales,

²⁹⁰ A pesar de que en ambos cuerpos legales se alude frecuentemente al término “*deterioro*” como sinónimo de daño o como clave para su definición, en el anteproyecto de la Ley de responsabilidad civil, se marcaba la diferencia entre “*daño*” y “*deterioro*” (*artículo 1.2*).

²⁹¹ LRM, artículo 2 “*Definiciones*”, número 2 “*Daños*”: “*El cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio a un servicio de recursos naturales...*”.

²⁹² La atmósfera no está dentro de la enumeración de los elementos a ser protegidos frente a un daño ambiental a pesar de ser un elemento del ambiente, aunque, indirectamente sí está protegida por el artículo 2.2 de la LRMA. La atmósfera no se restaura sino que el aire es el único medio considerado a través del cual puede causar otros daños. Sin embargo, existe un régimen especial para su protección Ley de Calidad de Aire y Protección Atmosférica (art. 36.1), aún cuando muy pocos casos serán los posibles para lograr recuperar su estado anterior. (Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 113-115).

²⁹³ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 80.

como “*las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público*”.

Los servicios ambientales suelen clasificarse en tres categorías:

- a) Servicios de previsión (*de agua dulce, recursos genéricos*);
- b) Servicios de regulación (*del clima, de la erosión, de enfermedades, de riesgos naturales*); y
- c) Servicios culturales (*de recreación y turismo, valores estéticos*).

Un gran sector de la doctrina, ha considerado que el concepto aludido (*artículo 2 LRM*), es uno de los aspectos más positivos de la LRM, en razón de que aporta una gran clarificación conceptual, de la que la regulación de la responsabilidad ambiental, tan necesitada estaba. Betancor,²⁹⁴ resalta la claridad de la legislación de responsabilidad ambiental, pero en cuanto a la identificación del “*objeto dañado*”.²⁹⁵ Arguye, que la LRM no plantea ningún problema en relación con el “*objeto dañado*”, el que soporta los efectos directos e inmediatos, lo que en otras normas no sucede. Así, por ejemplo, el Convenio de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños por la contaminación por hidrocarburos, cuando habla de “*impurificación*” (*artículo 1.6*), que ciertamente, sin ningún sigilo, no debería sufrir ninguna restricción en cuanto a los “*objetos*” susceptibles de su ámbito de protección.

Sin embargo, existen doctrinarios oponentes a los criterios esbozados. Algunos se muestran insatisfechos con la definición aportada por la LRM en cuanto a la clasificación “*numerus clausus*” utilizada, ya que a pesar del título de la Ley se protege no al “*medioambiente*” en su conjunto, sino a sólo a ciertos recursos naturales. Por lo tanto, se muestran a favor de haber introducido una enumeración “*apertus*” que permitiese que el ambiente en su

²⁹⁴ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 53.

²⁹⁵ En igual sentido, García Amez, *Responsabilidad...*, 97.

conjunto quepase.²⁹⁶ Además, en cuanto a la posibilidad de que el daño pueda ser realizado tanto directa como indirectamente, debe ser eliminada a juicio de Ruda González,²⁹⁷ quien califica de innecesaria esta precisión y un motivo para desenfocarse en lo que es realmente importante: El hecho de causar el daño. Otros doctrinarios, entre ellos, Álvarez Lata, Busto Lago, Gómez Calle, Parra Luccán, Peña López, Reglero Campos, Rovira Sueiro y Vicente Domingo,²⁹⁸ denotan que el carácter directo o indirecto del daño, se refiere a la posibilidad de que el recurso o el servicio pueda verse afectado de manera concreta (*vertido concreto a las aguas o costas; envenenamiento de especies o degradación de suelos*) o a través de la contaminación de otro elemento (*como por ejemplo, las aves que se ven afectadas por la contaminación de los suelos*). En esta misma línea, Betancor,²⁹⁹ hace hincapié en que los daños son los sufridos directamente por los recursos naturales, sin que esto agote el alcance de la acción dañosa, singularmente la contaminación. Esclarece además, que la afectación de tales recursos puede tener también una incidencia indirecta sobre otros derechos como los derivados de títulos administrativos (*concesiones o licencias*), -tal como sucedió exactamente en el caso “Chevron-Texaco” que venimos estudiando-, o la mera determinación legal, como por ejemplo, el derecho a ciertos usos de los recursos, en cuyo caso, estos daños, no pueden ser considerados como ambientales, sino como patrimoniales asociados a los ambientales.

²⁹⁶ Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 80. En igual sentido, Albert Ruda González, «En tierra de nadie: Problemas de delimitación del nuevo daño ambiental», 33, ISSN: 0034-7922.

²⁹⁷ Cf. Albert Ruda Gonzalez, «Responsabilidad civil medioambiental Contaminación del aire. Carácter objetivo de la responsabilidad. Antijuridicidad. El sujeto responsable. El abuso del derecho. Prevención de daños. Daño indemnizable: en particular, el lucro cesante. El problema del daño ecológico puro. Transposición de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 71 (2006): 736, ISSN: 0212-6206.

²⁹⁸ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...* 410.

²⁹⁹ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1760-1761.

La “*Convention de Wellington*”³⁰⁰ habla de “*impacto*” en su lugar (al regular la responsabilidad por daños al ambiente antártico). Es uno de los instrumentos legales a nivel internacional que se presenta además como un modelo alternativo de regulación de la responsabilidad por “*daños ecológicos puros*”, sobre los recursos minerales antárticos³⁰¹ (por reconocer el valor propio de la antártica por el carácter único que representa). Incorpora una definición de “*daño resarcible*” de gran extensión, siendo el “*ecológico puro*” su vértice. Lo que sobresale en esta normativa es la intención de resarcir los daños ecológicos considerados “*irreparables en especie*” y que brinda una protección de titulares futuros como si de generaciones futuras se tratase (existe pues, una verdadera analogía con la protección del patrimonio común de la humanidad), a través de la instauración de un régimen de responsabilidad en el que no existe una víctima específica. La Convención consagra la única definición de daño al ambiente, considerándolo como cualquier impacto, sobre los componentes vivos o no vivos de ese ambiente o de esos ecosistemas, e incluye cualquier perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera (artículo 1.15).³⁰² En efecto, la definición de “*daño resarcible*” está ligada a un ecosistema determinado, al concertar los daños causados al medio antártico; o a ecosistemas relacionados (por ejemplo, protege peces que viven en la antártida en una época y en otra época en la costa oeste de sudamérica resarciendo los daños causados en esta segunda región). La Directiva 2004/35/CE, negligente este factor, debido a su concepción fragmentada y por incluir recursos ya cubiertos por regímenes comunitarios anteriores.

³⁰⁰ “*Convention de Wellington*” (*Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities (CRAMRA)*), Wellington, Nueva Zelanda, de 2 de junio de 1988. La Convención fue firmada por 19 estados, pero ningún estado lo ha ratificado. Por lo tanto, la Convención no entró en vigor y fue reemplazada por el Protocolo de Madrid. España suscribió el Instrumento de Ratificación del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente y sus Anejos, hecho en Madrid el 4 de octubre de 1991 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 1998).

³⁰¹ Vid., Ruda González, *El daño...*, 152.

³⁰² Cf. artículo 1.15: “*Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados*”, reza así que éste “*significa cualquier impacto, sobre los componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas, incluyendo perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera, que excede de lo desestimable o que ha sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención*”.

Además, tampoco existe algún tipo de alusión a las llamadas zonas tapón o de amortiguación (*buffer*), que están alrededor de las zonas protegidas o zonas núcleo.³⁰³

En correlación con esto, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017,³⁰⁴ sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE, vuelve a dejar constancia de que lamenta que en esta Directiva, los incidentes se definan como “*graves*” sólo si se producen víctimas mortales o heridos graves, sin que se haga una referencia a las consecuencias para el ambiente. No obstante, destaca, que aunque no existan muertes ni se causen lesiones graves a las personas, un incidente puede tener un impacto grave sobre el ambiente por su magnitud o porque afecte, por ejemplo, a zonas protegidas, especies protegidas o hábitats especialmente sensibles.

Esto no descarta el juicio valorativo que se puede emitir respecto del carácter perjudicial del daño, pues una alteración ambiental no implica siempre esa “*adversidad*”; no siempre produce efectos negativos sino también positivos. Por presentar varios ejemplos: las explotaciones de áridos y las canteras que a su cese, suelen dejar cubetas en las que se forman balsas valiosas ecológicamente que sirven de refugio provisional a las aves migratorias; en los años 60, el gas embotellado supuso el abandono del carbón vegetal a partir de la leña (*carboneo*) y conllevó a un crecimiento de las masas forestales naturales en lugares donde sólo crecían matorrales; la quema de bosque o un incendio forestal que puede ayudar a un bosque a seguir con su ciclo ecológico; el aumento de la temperatura puede favorecer y de hecho ayuda a que los vegetales y los animales crezcan, o también puedan hacer que éstos pierdan su orientación; el aumento de número de depredadores que afectará a toda la red alimenticia, ya que el número de organismos que se encuentran en la red alimenticia disminuirá debido a la depredación;

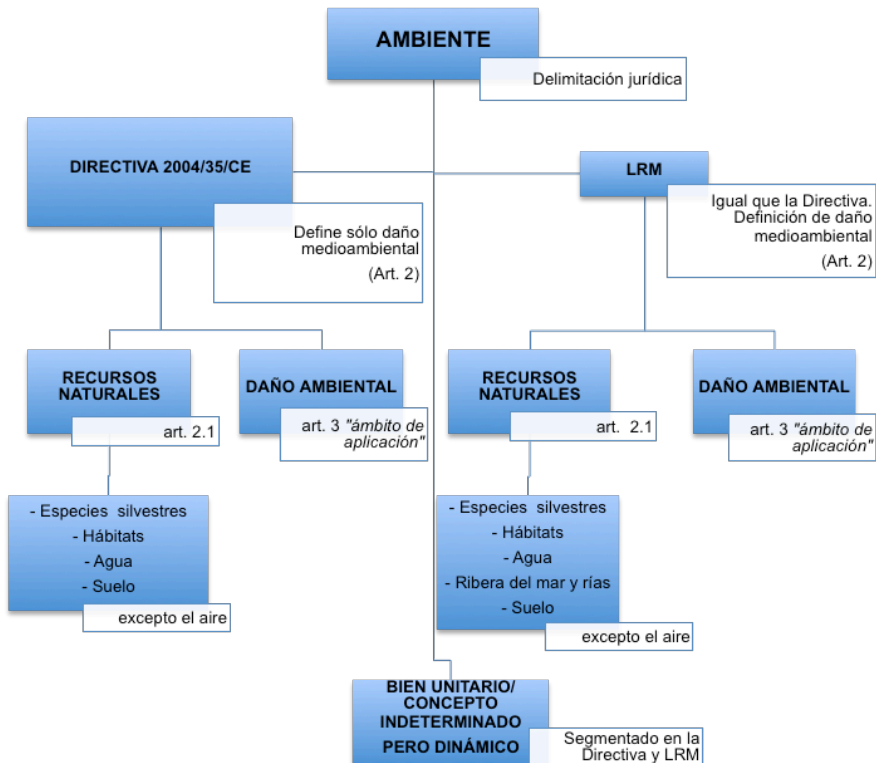
303

304 Cf. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) (2016/2251(INI)). Véase el Texto aprobado sobre los Límites en cuanto a la eficacia de la DRM, número 10, accedo el 6 de marzo de 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0414+0+DOC+XML+V0//ES>.

organismos que tienen más alimento para comer, crecerán más rápido y tendrán más probabilidades de reproducirse, y el tamaño de la población aumentará; entre otros.

Incorporándonos dentro del caso “*Chevron - Texaco*”, desplegando los dos efectos concomitantes que el daño debe conllevar, según la definición referida, esto es, por un lado un “*cambio adverso mensurable*” de un recurso natural; y, por otro lado, el perjuicio mensurable que también puede afectar a los servicios que éstos prestan. De esta manera, podemos extraer lo siguiente: por un lado, muertes de varias especies de flora y fauna silvestres, cambios adversos en hábitats y en el agua, contaminación del suelo y además, una grave alteración en los servicios, utilidades o funciones en tanto recursos naturales prestan; y, por otro lado, la pérdida o suspensión de actividades cotidianas sobre las que sustentan su vida, tierras-suelo donde vivir, etc. Es pues un ejemplo vivo, aunque con tintes catastróficos de lo que un “*daño ambiental*” puede ocasionar.

Ilustración núm. 6: El “*Ambiente*” en la Directiva 2004/35/CE y la LRM. Elementos.



1.13 La Amenaza Inminente. Conceptualización y rol fundamental

El concepto de “*daño ambiental*”, responde a la dimensión reparadora³⁰⁵ de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, pero con una innovación importante. Se han cruzado los límites clásicos de la responsabilidad extracontractual. No busca únicamente la

³⁰⁵ Esteve Pardo, *Ley...*, 36. Esta consideración tan destacada de la amenaza inminente de daños para el autor tiene una clara explicación que radica en la doble orientación de la LRM. Por un lado, la orientación reparadora, claramente asociada a la idea de responsabilidad, y que tiene como presupuesto ineludible la efectiva producción de un daño. Por otro lado, la orientación preventiva, cuya presencia en el articulado de la LRM (*autodenominada de tal manera*) constituye una novedad. De esta manera, la operatividad de la amenaza de daños inminentes se adscribe claramente a dicha orientación preventiva y su constatación (*las amenazas*) habría de activar una serie de medidas preventivas que la LRM ha contemplado.

restauración del ambiente dañado, sino que impone deberes legales de prevención de daños, en armonía con el principio comunitario de prevención que inspira la legislación ambiental. Paralelamente al “daño” (*ese cambio “adverso y mensurable”*), descansa “una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo”.³⁰⁶ Así es como la Directiva y la LRM conciben a la “amenaza de un daño”. El sistema contemplado por dicha normativa, no sólo se activa cuando efectivamente se han producido los daños, supuesto común de todos los otros modelos de responsabilidad, sino cuando se presentan “amenazas inminentes” de que tales daños ocurran.³⁰⁷ Es por ello, que la “amenaza de daño” como tal es de gran relevancia en materia ambiental, ya que la regulación protectora del ambiente con el objetivo de cumplir su finalidad preventiva (*imponiendo deberes de prevención*), protege más la amenaza de la producción de un daño que la gravedad del mismo, la cual está relegada a un segundo plano.³⁰⁸ En efecto, es la “amenaza inminente de daño” la que hace que los deberes de prevención surjan. El sistema instaurado por la Directiva 2004/35/CE y al LRM la protegen como si de un daño real se tratase, pues atendiendo a su naturaleza intrínseca o la forma en que se ha desarrollado, finalmente la amenaza causará un daño,³⁰⁹ lo cual da lugar a que el daño futuro adquiera un nivel de tal importancia que en el sistema civil originario no ocurre.³¹⁰

Lamentablemente, la definición, nuevamente indeterminada,³¹¹ conduce necesariamente a precisar dos variantes para su delimitación:³¹² La suficiencia de la probabilidad³¹³ y la proximidad

³⁰⁶ Es la definición que consta en la Directiva 2004/35/CE, artículo 2 “Definiciones”, apartado 9 “amenaza inminente de daños” y en la LRM, artículo 2 “Definiciones”, apartado 13 “amenaza inminente de daños”. Ambas normas utilizan idéntica terminología para definirla.

³⁰⁷ Esteve Pardo, *Ley...*, 36.

³⁰⁸ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 81; Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 79.

³⁰⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 80.

³¹⁰ Blanca Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental Administrativo*, novena edición, (Madrid: Dykinson, 2008), 285.

³¹¹ José Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medioambiental en España*, primera edición (Madrid: La Ley, 2010), 53.

³¹² *Ibid.*, 53. En igual sentido, Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 81.

³¹³ La propia LRM, al definir al riesgo convierte a la “probabilidad” como el eje primático.

del futuro, sin que se produzca una amenaza inminente de daño ante el incumplimiento de una de ellas. Debido a la posición medular que en la amenaza inminente ocupa la “*probabilidad*” ha sido comparada con ésta, instando además a que se encuadre dentro del “*supraconcepto de riesgo*”, e incluso para llegar a ser considerada como “*uno de los estados de riesgo más agudos... pero un riesgo de entidad y verosímil, en la medida en que se trata de una probabilidad suficiente*”,³¹⁴ tal como la caracteriza Esteve Pardo.³¹⁵

Por lo tanto, la amenaza inminente puede ser considerada como un riesgo de manera próxima que no lo haga alargarse en el tiempo. No se podrá llegar a determinar de manera general su existencia, circunstancia que obligará a que cada caso sea analizado para comprobar el grado de probabilidad de que ocurra así como su carácter inminente. Un factor reluciente de este concepto es su discrecionalidad, siendo aplicable tanto al operador como a la propia Administración. El operador debe adoptar las medidas necesarias para evitar la producción del daño ambiental cuya aplicación será vigilada por la Administración, a pesar de que ésta también pueda ser considerada como presunta responsable del mismo daño. La amplitud del concepto, en lo que al control del daño se refiere, da cabida a una responsabilidad de carácter subjetivo para determinados casos, en la que la presencia de la culpa o negligencia dependerá de la discreción de la Administración para que sea así considerada.³¹⁶

1.14 Análisis individualizado de los recursos naturales dañados de conformidad con la Directiva 2004/35/CE y la LRM

El daño ambiental tal como se ha venido explicando a lo largo de este capítulo, recae sobre los recursos naturales, según lo que al

³¹⁴ Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medioambiental...*, 53. Según el autor, una probabilidad suficiente en un futuro remoto tampoco se puede considerar amenaza inminente a los efectos de la identificación de la amenaza inminente como daño que pueda poner en marcha la maquinaria que la LRM prevé. El daño debe referirse a los recursos naturales y a los servicios, tal como lo define la LRM (*apartados 17 y 18 del artículo 2 LRM*).

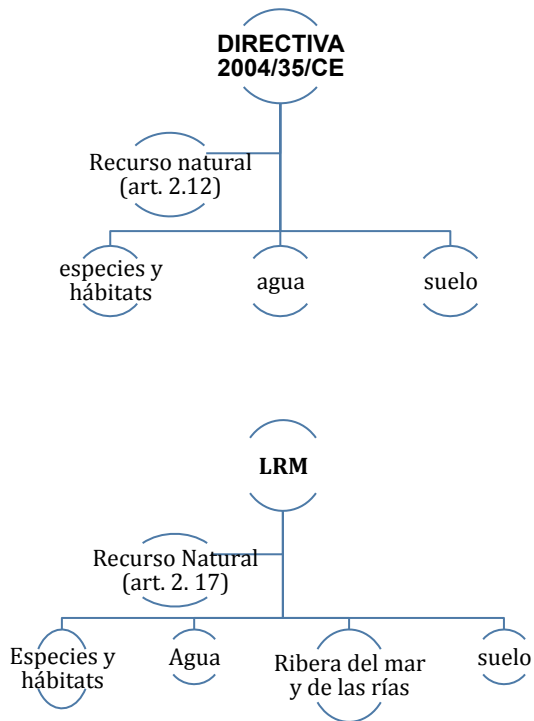
³¹⁵ Esteve Pardo, *Ley...*, 36.

³¹⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 81-82.

efecto, considere la normativa comunitaria así como en la legislación española. Ya sabemos que tanto la LRM como la Directiva 2004/35/CE, se refieren únicamente a determinados recursos y no a todos los que componen el ambiente. La clasificación “*numerus clausus*” que brindan tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, de los recursos naturales ha sido criticada efectivamente por este motivo, ya que a pesar del título de “*Responsabilidad Medioambiental*” que han incorporado ambas a su cuerpo legal, no se pretende a través de ella, la defensa del ambiente como un todo, sino únicamente de una serie de recursos particularizados que los contemplan. No es nuestro afán volver a entrar en detalles antes ya explicados. Lo que pretendemos, es analizar en atención a la enumeración taxativa que la normativa ha impuesto en sus “*definiciones*” de “*daño ambiental*” (*artículo 2.2 Directiva 2004/35/CE y la LRM*), de manera individual y particular cada uno de los “*recursos naturales*” que están protegidos y circunscritos al ámbito de aplicación de dicha normativa (*artículo 3 LRM, artículo 3 Directiva*). Siguiendo dicho orden, éstos como bien sabemos son los siguientes:

- a) Las especies silvestres y a los hábitats.
- b) El agua.
- c) La ribera del mar y de las rías (*sólo protegida por la LRM*).
- d) El suelo.

Ilustración núm. 7 Recursos Naturales protegidos por la Directiva 2004/35/CE y la LRM



Al analizar cada uno de los recursos naturales, queremos también, demarcar el ámbito de protección que dicha normativa brinda a cada uno de ellos, con especial énfasis en el recurso natural suelo, ya que es el bien jurídico protegido sobre el cual versa el análisis de la contaminación por vertidos de hidrocarburos, causada por la compañía “*Chevron-Texaco*” en la amazonía ecuatoriana (*Lago Agrio*). Paralelamente a la clasificación de recursos naturales que la Directiva 2004/35/CE y la LRM consagran, ésta última sobretodo, recurre a otra normativa tanto nacional como comunitaria, para alcanzar una mayor precisión de sus conceptos *-de los recursos naturales-*, lo cual también ha sido motivo de algunas críticas en el campo doctrinario, que las proporcionaremos en líneas posteriores. Dicho esto, las características y particularidades aplicables a los recursos naturales referidos para ser considerados “*daños ambientales*”, en cuanto al ámbito de aplicación de la normativa señalada, son las que a continuación exponemos:

a) Daños a las especies silvestres y a los hábitats

Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, se producen cuando el estado favorable de conservación de dichas especies y hábitats no ha podido ser alcanzado o mantenido, como consecuencia de un daño que ocasionó efectos adversos y significativos, percibidos por dichos receptores.³¹⁷ El eje de protección de la Directiva 2004/35/CEE y la LRM, lo han constituido las “*especies silvestres*” y los “*hábitats*”. Demuestra lo aseverado, el Anexo I, pues delimita los criterios de evaluación del daño respecto a estos recursos naturales, para determinar la significatividad,³¹⁸ estableciendo además, los datos mensurables a utilizar para alcanzar dicho fin. Si los daños han causado efectos en la salud humana, sin atender su grado de intensidad o extensión, siempre tendrán esos daños, el carácter de significativos. Ahora, ¿*Cuándo la salud está en riesgo?* Ni la Directiva 2004/35/CEE ni la LRM definen las pautas o supuestos a considerar para su determinación. La evaluación del daño que se deberá llevar a cabo sobre la base de los criterios que brinda el Anexo I de la LRM, ha de tener presente además, cualquier información disponible que sea relevante, de carácter local, regional, nacional y comunitario de la “*especie*” o “*hábitat*” afectado.³¹⁹

³¹⁷ Cf. Directiva 2004/35/CE, artículo 2.1.a. La LRM (*artículo 2 apartado 1 LRM*), en cuanto a los daños a las especies silvestres y a los hábitat, los clasifica y define como “*cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies... Los daños a las especies y a los hábitat no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado al amparo de lo establecido en las siguientes normas: 1.º El artículo 6.3 y 4 o el artículo 13 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres. 2.º La normativa, estatal o autonómica, en materia de montes, de caza y de pesca continental, en el marco de lo establecido por el artículo 28 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres*”.

³¹⁸ “*El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I*” (véase, artículo 2.1 LRM).

³¹⁹ Sobre los daños a las especies silvestres y a los hábitat (*daños a la biodiversidad*), vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 115-123.

En todas la definiciones de los daños ambientales que la Directiva 2004/35/CE y la LRM brindan respecto de cada recurso natural, está presente la exigencia de que al provocarse los daños, éstos presupongan la producción de un “*efecto adverso significativo*”. Sin embargo, concretamente en el concepto de “*daños a las especies -silvestres- y hábitat naturales -protegidos-*”, predomina una característica especial que respecto de los daños sobre los otros recursos naturales es exigua, pues para aquellos sean considerados como “*daño ambiental*”, deberán producir efectos en “*la posibilidad de alcanzar o mantener el estado favorable de conservación de este hábitat o especie*”, más no “*directamente en la especie silvestre o hábitat*”.³²⁰

Además, la concreción de su concepto está sujeta no sólo a la determinación de la significación de daño, sino también a la noción del “*estado favorable de conservación*”. Para poder determinar el “*estado de conservación*” de las especies y de un hábitat, el procedimiento no resulta ser el mismo. En el caso del “**hábitat**”, el “*estado favorable*”, dependerá de “*la suma de influencias que actúan sobre él y sobre sus especies típicas que puedan afectar a largo plazo a su distribución natural, a su estructura y a sus funciones, así como a la supervivencia a largo plazo de sus especies típicas en el área de distribución natural de ese hábitat en el territorio español*” (artículo 2.6 LRM y 2.4 Directiva 2004/35/CE). Mientras tanto, en el caso de una “**especie**”, de manera similar, el “*estado de conservación*”, dependerá, de la misma suma de influencias que actúan sobre ella, pero que puedan afectar no sólo a su distribución, sino a la abundancia de sus poblaciones en el área de distribución natural de esa especie en el territorio español, (artículo 2.6, b) LRM y 2.4, b) Directiva 2004/35/CE).

A partir de aquí, el “*estado de conservación*” se considerará “*favorable*” siempre y cuando se cumplan con algunas condiciones propias de cada recurso, a saber:

- En el caso de un “**hábitat**”:

³²⁰ Vid., Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 83-85.

- Es necesario que su área de distribución natural y las zonas que abarque sean estables y estén en crecimiento.
 - Concurrencia de las estructuras específicas a largo plazo con la probabilidad de que éstas vayan a seguir concurriendo en un futuro previsible.
 - Que el hecho de que el estado de conservación de sus especies típicas sea favorable (*es decir, que la suma de influencias que actúan sobre ellas puedan afectar a su distribución a largo plazo y a la abundancia de sus poblaciones en el área de distribución natural de esa especie en el territorio español*).
(artículo 2.6, b LRM; artículo 2.4, b Directiva 2004/35/CE).
- En cuanto a las “*especies*”:
- Se debe cumplir con que su determinación de cara al futuro y según los datos de dinámica de la población sean estables.
 - Que el área de distribución natural de dicha especie no se esté reduciendo ni exista alguna probabilidad de que vaya a reducirse en un futuro previsible.
 - Que existe un “*hábitat*” suficientemente amplio para mantener a sus poblaciones a largo plazo y sea probable que vayan a seguir existiendo.
(artículo 2.6.a LRM; artículo 2.4.a Directiva 2004/35/CE).

El daño, la destrucción o muerte de uno o varios individuos singulares de una especie, podría no ser considerado como daño ambiental. La razón yace, en que el bien jurídico protegido es la especie como tal -*su estado de conservación favorable*-, pero no los individuos singulares que a ella pertenecen. Sin embargo, esto no quiere decir, que la destrucción de un individuo o un número muy reducido de ellos pudiese ocasionar un daño grave a la especie e implique para ella “*efectos adversos significativos*”, siguiendo la propia terminología empleada por la Directiva 2004/35/CE y la LRM. En otras palabras, existen poblaciones o zonas con abundantes individuos de una especie con un favorable “*estado de conservación*”, cuya destrucción de unos pocos no afectaría a la

conservación de la especie. También, puede darse el caso de muerte de varios individuos de una especie, la cual no sea considerada como daño ambiental. Sucedería todo lo contrario, si se produciría la pérdida así sea de un solo individuo en una zona en la cual, la especie está en peligro de extinción, pues los efectos para ella serían sin duda “*adversos y significativos*” e incluso, hasta irreversibles. Por ejemplo, la muerte accidental o deliberada de un oso en las escasas poblaciones de esta especie en el Pirineo o en la Cordillera Cantábrica, principalmente en su núcleo oriental.³²¹ En cualquier caso, el “*estado de conservación*” de una especie se determina no por el volumen de sus poblaciones en el Estado, sino en relación con los hábitats y territorios que ocupa. Es por ello, que la muerte o destrucción de un determinado número de individuos de especies silvestres, así se trate de especies protegidas, pueden quedar sin alguna sanción por parte del ordenamiento. Mejor dicho, podrían generar responsabilidad administrativa, pero no necesaria ni obligatoriamente,³²² la prevista por la Directiva 2004/35/CE y la LRM. Eventualmente, esa conducta, incluso podría ser constitutiva de un delito,³²³ es decir, la muerte o destrucción aludida no quedaría impune.

No podemos desconocer de manera detallada *¿Cuáles son los elementos naturales que determinan que sean “especies silvestres” y “hábitat natural protegido” y qué debemos entender por ellos?* Nuevamente debemos remitirnos a las definiciones y clasificación que brinda la LRM que transpone la Directiva 2004/35/CE, para determinar lo que sobre estos dos recursos naturales ha instaurado.

Concepto de “especies silvestres”.- La Directiva 2004/35/CE, en un solo artículo (2.3), incorpora las definiciones de “*especies y hábitats naturales protegidos*”. Partiendo de la primera noción, son “*especies*” las siguientes:

- a) Las mencionadas en el apartado 2 del artículo 4 o enumeradas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE,

³²¹ Como ocurriría por ejemplo con aquellos animales *-únicos en el mundo-* como las iguanas “*Conolophus Pallidus*”, *pepinos de mar*, *albatros*, *gavilanes*, *pingüinos*, *tortugas gigantes* y *tortugas verdes de mar*, entre otros, en las Islas Galápagos, declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1978.

³²² Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 86.

³²³ Esteve Pardo, *Ley...*, 34-35.

de 2 de abril de 1979, reemplazada por la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, relativa a la conservación de las aves silvestres.

- b) Las enumeradas en los Anexos II y IV de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992,³²⁴ relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

En suma, la Directiva 2004/35/CE, a través de la primera de las Directivas citadas tiene como objeto proteger las aves que habitan en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros y para las migratorias que tienen llegada a Europa.³²⁵

Mientras tanto, a diferencia de la Directiva 2004/35/CE, la LRM establece, en dos artículos por separado, la definición individualizada de “*especies*” (artículo 2.4) y de “*hábitat*” (artículo 2.5). Según esta norma, “*especies silvestres*”, son:

³²⁴ (DO. núm. L 206 de 22/07/1992).

³²⁵ Esta Directiva (2009/147/CE) va a proteger no sólo al animal sino sus huevos, nidos y hábitats y lugares donde viven. Sin embargo, la consecuencia de ello, es que ante el extenso conjunto de especies que pudieren ostentar el carácter de silvestres (*desde la semántica hasta la concepción científica/ciencias naturales*), sólo algunas, se encontrarán bajo la órbita de aplicación de la LRM. Dicho de otro modo, no todas las aves van a estar bajo su amparo. Solamente protegerá a aquellas que están en estado de extinción, las especies vulnerables a modificaciones de sus hábitats, las especies raras o aquellas por el carácter específico de su hábitat (*según su artículo 4*). La adopción de conceptos indeterminados sobre la interpretación de su ámbito de aplicación ha llevado a cuestiones prejudiciales y judiciales, que han colaborado a integrar dentro de este concepto a la subespecies que si bien no viven en territorio europeo en estado salvaje pero forman parte de aquella especie. Además de la protección que da a las aves la Directiva referida, brinda protección a los hábitats en los que éstas se desarrollan, para lo cual deben proteger unas zonas de especial protección las llamadas “*ZEPAS-zonas*” (artículo 3.2); es la medida más importante deberán adoptar los Estados (*pudiendo ampliar o restringir la zona*) para asegurar la supervivencia y reproducción de las aves, procurando que estas zonas se conserven siempre en condiciones ambientales óptimas para dichas especies. Para garantizar ello, la Directiva impone límites a la caza y muerte de estas especies y actividades como la captura que impiden su desarrollo. Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 118-120; Esteve Pardo, *Ley...*, 32; Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 874-879.

a) Las especies de la flora y de la fauna descritas en el artículo 2.3 a) de la Directiva 2004/35/CE. Nótese aquí ya una remisión de esta Directiva a las especies citadas en el apartado 2 del artículo 4 o a las enumeradas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE, o enlistadas en los Anexos II y IV de la Directiva 92/43/CEE (*conservación de hábitats*). Ambas Directivas buscan proteger la diversidad biológica, de conformidad con los postulados aprobados en Río de Janeiro, el 5 junio 1993, con el Convenio sobre diversidad biológica. Especialmente, la Directiva 92/43/CEE, busca contribuir en todos los aspectos que tiendan a garantizar la biodiversidad, ya que la anterior era insuficiente. Postulaba dos medidas, una para las especies de flora y animales; y otra, para preservar el hábitat natural. Su objetivo principal radica en la protección de los biotopos que forman parte de la Red Natura 2000 (*cuya finalidad es conservar la biodiversidad, conformada por las Zonas Especiales de Conservación “ZEC”*³²⁶ *de acuerdo con la Directiva de Hábitats, y de las Zonas de Especial Protección para las Aves “ZEPA” antes referidas*),³²⁷ para así ampliar el marco de protección a las especies migratorias, proteger a las especies autóctonas y a las migratorias; protección completada con la Directiva 2004/35/CE.³²⁸

b) Aquellas protegidas por la legislación comunitaria, estatal o autonómica o por los tratados internacionales (*obviamente, España debe ser un miembro*), pero que se hallen en estado silvestre en el territorio español, ya sea de forma permanente

³²⁶ La Directiva 79/409/CEE, define a las ZEC como “*lugar de importancia comunitaria*”: un lugar que, en la región o regiones biogeográficas a las que pertenece, contribuya de forma apreciable a mantener o restablecer un tipo de hábitat natural de los que se citan en el Anexo I o una especie de las que se enumeran en el Anexo II en un estado de conservación favorable y que pueda de esta forma contribuir de modo apreciable a la coherencia de Natura 2000 tal como se contempla en el artículo 3, y/o contribuya de forma apreciable al mantenimiento de la diversidad biológica en la región o regiones biogeográficas de que se trate” (véase, artículo 1.k).

³²⁷ Para profundiar más sobre la Red Natura, véase en Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Ministerio para la Transición Ecológica, acceso el 10 de marzo de 2017, <https://www.mapama.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/default.aspx>.

³²⁸ Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 120-123.

o estacional. Pedraza,³²⁹ critica el se trate aquí de especies de “*flora y fauna... protegidas...*”.³³⁰ Hubiese sido un gran acierto en su opinión, haber eliminado dicho adjetivo, para ampliar así, la protección a cualquier tipo de especie, independientemente de que se encontrase o no bajo protección comunitaria, estatal o autonómica correspondiente o de algún tratado internacional.

c) Las especies incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o en los catálogos *-de especies amenazadas-*, elaborados por las comunidades autonómicas dentro de su jurisdicción territorial.

Exclusión.- Las especies exóticas invasoras, es decir, aquellas introducidas, deliberada o accidentalmente, fuera de su área de distribución natural y que representan una amenaza para el hábitat o especies silvestres autóctonas, quedan excluidas de las definiciones brindada. En este caso, no se generaría responsabilidad debido a la introducción de uno de estos elementos en un ecosistema que no es el propio, ya que en realidad lo que se requiere para que se configure un “*daño a las especies silvestres*”, es que éstas sean autóctonas. Así lo delimita y prohíbe expresamente la LRM (*artículo 2.4*). La Directiva 2004/35/CE no hace referencia a esta exclusión. La incorporación de esta excepción, al parecer proviene de la facultad concedida por la Directiva 2004/35/CE a cada Estado miembro, para que en caso de así creerlo conveniente, se incorpore cualesquiera “*hábitats o especies*” no enumerados en los Anexos (*los no consagrados en la lista de aquellas dos directivas que remite la Directiva 2004/35/CE, artículo 2.3,c*³³¹) que el Estado miembro designe para fines equivalente a los establecidos en las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE. A partir de aquí, la LRM cobraría pleno vigor frente a una posterior designación de una

³²⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 86. Comparte el mismo comentario, Esteve Pardo, *Ley...*, 31.

³³⁰ Sobre el régimen específico de la calificación de una especie de flora o fauna silvestres para someterlo a una protección especial respecto del comercio internacional vid., Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 886-888.

³³¹ Cf. artículo 2.3,c: “*En caso de que así lo determine un Estado miembro, cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en esas dos Directivas*”.

“*especie*” o “*hábitat*”. Tampoco se considerará daños a las especies y hábitats, aquellos efectos adversos provocados a causa de un acto de un operado bajo autorización expresa o al amparo de Real Decreto 1977/1995, de 7 de diciembre, por el que se establece medidas que contribuyen a proteger la biodiversidad, y la normativa, estatal o autonómica, en materia de montes, de caza y de pesca continental de conformidad con lo establecido por la LPNB,³³² que deroga a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres que la LRM refiere (*artículo 2.1 LRM*).

Concepto de “*hábitat*”.- De conformidad con la Directiva 2004/35/CE, (*artículo 2.3, b*)), son “*hábitats*” los siguientes:

- a) Los hábitats de especies mencionados en el apartado 2 del artículo 4 o enumeradas en el Anexo I de la Directiva 79/409/CEE (*reemplazada por la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre*) o enlistadas en el Anexo II de la Directiva 92/43/CEE.
- b) Los hábitats naturales enumerados en el Anexo I de la Directiva 92/43/CEE y lugares de reproducción o zonas de descanso de las especies enumeradas en el Anexo IV de la Directiva 92/43/CEE.
- c) Cualesquier otro determinado por un Estado miembro.

Nuevamente, no enfrentamos a un claro ejemplo de remisión en el que incurre la Directiva 2004/35/CE para delimitar el alcance de lo que deberíamos entender por “*hábitats*”, a efectos de incluirlos dentro de su ámbito de protección.

De conformidad con la LRM, (*artículo 2.5*), “*hábitats*” se considera a:

- a) Las zonas terrestres o acuáticas, diferenciadas por sus características geográficas, abióticas y bióticas, mencionadas en el artículo 2.3 b) de la Directiva 2004/35/CE. Aquí, otra

³³² Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (*BOE* núm. 299, de 14/12/2007).

vez la LRM nos remite a la Directiva 2004/35/CE y ésta a su vez a la Directiva 79/409/CEE (*hábitats de especies*) y a la Directiva 92/43/CEE (*hábitats naturales*).

- b) Las zonas terrestres o acuáticas protegidas por otras normas comunitarias, por la legislación estatal o autonómica, o por los Tratados Internacionales que España haya suscrito.

Aquí se presenta un problema similar al de las especies silvestres, por la dualidad de perspectivas: sólo hábitats concretos y singulares de las especies de flora y fauna silvestre, especies amenazadas o relictas, quedan bajo el ámbito de protección de la LRM en el sentido de que sólo los daños que estos enclaves sufran generarán responsabilidad ambiental de conformidad con dicha Ley.³³³

Sin embargo, según su criterio, con esto, lo que ocurrirá es que extensos territorios muy reconocidos por sus valores naturales, en los que puede perfectamente concurrir la consideración de espacios naturales protegidos en cualquiera de las fórmulas que la legislación ofrece, queden fuera del ámbito de aplicación de la LRM. Con las especies vegetales (*masas forestales de gran valor ecológico*), ocurriría exactamente lo mismo, no generarían responsabilidad o en cuanto a las especies piscícolas, que se vieran afectadas o dañadas, se generaría responsabilidad sólo respecto de aquellas enumeradas en los anexos y catálogos a los que la ley acaba remitiéndose. En definitiva, ambas Directivas, reducen el ámbito de aplicación de la LRM a una realidad muy concreta, definida por enumeración, perdiéndose de esta manera, una perspectiva más amplia e integrada como sería la territorial, que si se pretendía delimitar, se habría podido perfectamente adscribir a la que conforman los espacios naturales protegidos, o determinados tipos entre ellos.³³⁴

³³³ Esteve Pardo, *Ley...*, 32.

³³⁴ Véase STSJ Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, CLM 617/2015, en la cual la Sala analiza el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación WWF-ADENA, contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2010 de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda por la que se aprueba el Estudio Informativo de la Conexión en Alta Capacidad de Toledo y Ciudad Real por la Autovía de los Viñedos, por sí, y en cuanto da efectos externos a la Resolución de la Dirección general de Evaluación Ambiental contenida en la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, DIA) de 11 de octubre de 2010 (modificada por

corrección de errores de 16 de junio de 2011). En concreto, la primera de las resoluciones recurridas aprobaba el Estudio Informativo, considerando como más favorable, para el trayecto de la vía de Alta Capacidad referida, la alternativa número 1, autorizando a la Dirección General de Carreteras a fin de que procediese a redactar el proyecto de trazado y construcción, cumpliendo las condiciones señaladas en la DIA. El problema se planteaba, en que dicha alternativa número 1 afectaba a zonas declaradas como LIC y ZEPA, perjudicando a especies como el lince o el águila imperial, el buitre negro y la cigüeña negra, existiendo, según se dispone en la DIA, alternativas que, aun suponiendo un trayecto más largo de unos 30 kilómetros, no afectaban a dichas áreas. La Sala estima el recurso contencioso administrativo interpuesto, anulando ambas resoluciones recurridas, en el entendimiento de que la existencia de alternativas que no causaban daño ambiental era motivo suficiente para haberlas elegido, anteponiendo los intereses ambientales a los intereses económicos que se suponen a un acortamiento en el trazado viario proyectado. En este sentido, la sentencia reconoce la posibilidad de que pueda realizarse el proyecto o plan, en conformidad con la normativa comunitaria (fundamentalmente la Directiva 92/43/CEE de “Hábitats”), por razones imperiosas de interés público de primer orden a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar. Pero esta posibilidad queda supeditada a que no existan alternativas. Cuestión que no ocurre en el presente supuesto, en el que sí que existía una alternativa viable. Además, concurre en el supuesto analizado que la administración recurrida no había declarado el interés público de primer orden mediante la forma prescrita en la normativa, esto es, mediante una ley o mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano equivalente en la Comunidad Autónoma.

La remisión a otras normas comunitarias en todos los casos expuestos *-tanto para definir a las especies como a los hábitats-* ha sido duramente criticada fuertemente por la doctrina. En este sentido, Ruda González,³³⁵ considera que la técnica de remisión a otra normativa, complica la demarcación del “*concepto de daño*” y provocará confusión e inseguridad jurídica, incluso del ámbito de aplicación de la propia Directiva 2004/35/CE y de la LRM, por la constante remisión a normas paralelas, que conllevará a que los operadores *-a quienes la normativa va dirigida-*, desconozcan su alcance. Por un lado, sostiene que esto se agrava aún más, si se

De ello, destacamos los siguientes extractos: “*La normativa medioambiental afectada se refiere al art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE de “Hábitats” que establece lo siguiente: “Si a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritario únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana o la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión otras razones imperiosas de interés público de primer orden”.* Dada la protección y primacía que la Directiva de “Hábitats” y la normativa estatal y autonómica de desarrollo pretenden dar a las especies protegidas que en este caso están en peligro, ha determinado el Tribunal que no los intereses económicos o de tiempo no deben prevalecer sobre unos superiores como son los ecológicos legalmente protegidos. El Tribunal también se remitió a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, a su art. 45, números.4,5,6,7,8,9, que establece lo siguiente: “4. *Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las Comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos solo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública”.*”

³³⁵ Vid., Ruda González, *El daño...*, 126-128.

elabora una remisión a otras directivas como lo hace la LRM (*artículo 2.4 especies silvestres*), en las que se incorpora “*un sistema de listas*”. Por otro lado, piensa que puede ser adecuado a determinados efectos, con la orientación jurídico pública del mecanismo de responsabilidad de la Directiva, pero se paga con inseguridad jurídica en cuanto al daño cubierto por ésta. En principio, la Directiva es accesoria o dependiente con los avances del Derecho Público. Arguye, que una correcta transposición de la Directiva en la que no fuese necesario recurrir a ella cuando se alcanzase cierta complejidad hubiese sido lo más apropiado, pues no es admisible que el legislador se escude en su dificultad técnica para repercutir posteriormente tal inconveniente al operador, pues es quien *-en última instancia-* deberá conocer y aplicar adecuadamente el contenido de todas ellas. Por esta razón, a juicio de Pedraza,³³⁶ como ya lo referimos en líneas pasadas, establecer una enumeración “*apertus*”, hubiese sido más adecuado, pues permitiría dar cabida al conjunto del ambiente.

Opinión contraria, guarda Esteve Pardo,³³⁷ quien considera que esta tipología pretende clarificar y delimitar los diversos daños, con la definición de todos y cada uno de los términos que aparecen en la normativa (*artículo 2.1 LRM, daños a las especies silvestres y hábitats; a las aguas superficiales o subterráneas; a la ribera del mar y de las rías y al suelo*), con la finalidad de conectar estas definiciones con las ya existentes en el contenido de otras leyes y evitar así, lo que él denomina un “*riesgo de esquizofrenia conceptual*”, es decir, que se entablen varias remisiones a la normativa comunitaria y a la nacional. Con respecto a la LRM, califica de prolija la fórmula enumerativa de lista utilizada en ella para definir y delimitar lo que debe considerarse como “*especies silvestres*” y como “*hábitats*”.

b) Daños a las aguas

Previo el análisis simultáneo que haremos de la la Directiva 2004/35/CE y de la LRM sobre este tipo de daños, marcamos como punto de partida, la conceptualización que dichas normas han instaurado respecto de este recurso natural, cuya molécula,

³³⁶ Cf. Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 80.

³³⁷ Cf. Esteve Pardo, *Ley...*, 28.

químicamente, está formada como todos sabemos, por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno (H_2O). Desde el punto de vista jurídico, consideramos las dos definiciones que el ordenamiento jurídico nos propone:

- A efectos de la **Directiva 2004/35/CE**, “aguas”, son consideradas “*Todas las aguas consideradas en la Directiva 2000/60/CE*” (artículo 2.5).

- Según la **LRM**, “aguas”, son “*Todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, costeras y de transición definidas en el texto refundido de la Ley de Aguas,*³³⁸ *aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico*” (artículo 2.7 “Aguas”).

Un segundo espacio, ocupan ahora sí los “*daños*” que pueden ser causados a “*las aguas*” y ser considerados a la vez como “*daño ambiental*”.

Por la similitud presentada en ambas normas, optamos por elegir la definición de “*daños a las aguas*” que brinda sólo la LRM -*que transpone la Directiva 2004/35/CE*-, por parecer más completa. La norma dispone que se concibe como “*Daños a las aguas*” a “*cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico o cuantitativo de las aguas superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas*” (artículo 2.1, b)). Dicho de otro modo, cuando una masa de agua receptora experimente un efecto desfavorable de su estado ecológico, químico o cuantitativo, sean aguas superficiales o subterráneas, o de su potencial ecológico en el caso de las aguas artificiales y muy modificadas, que presente en ambos casos un cambio en alguno de sus estados en el momento de producirse la afectación, según la

³³⁸ Cf. Ley de Aguas, artículo 2: “*Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos*”.

normativa de aguas, efectivamente estamos ante un “daño a las aguas”.

En el año 2014, se promulgó la Ley 11/2014, de 3 de julio,³³⁹ mediante la cual se aprobó la modificación de la LRM, de 23 de octubre, de “Responsabilidad Medioambiental”. Según lo dispuesto en su artículo único, número uno, en virtud del cual se modifica el artículo 2.1 b) LRM, la definición de “daños al agua” no encontramos que esta nueva definición difiera notablemente de la expuesta y propuesta por la LRM. A manera de conjetura dispone lo siguiente:

“b) Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos:

1. Tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de aguas superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas...” (artículo único, uno, b).1 Ley 11/2014).

Para la aplicación debida de esta norma, esta Ley, y asimismo la Directiva 2004/35/CE y la LRM (*en la propia definición de “daños a las aguas”, artículo 2.1, b)*), nos remiten a la legislación de aguas

³³⁹ Veáse, Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, (BOE Núm. 162, Viernes 4 de julio de 2014). Esta Ley transpone parcialmente, en especial el artículo 38 de la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE (DOUE núm. 178, de 28 de junio de 201). El artículo 38 “Modificación de la Directiva 2004/35/CE”, establece lo siguiente:

“1. El artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/35/CE se sustituirá por el texto siguiente: «b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos: i) en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el artículo 4, apartado 7, de dicha Directiva, o ii) en el estado ecológico de las aguas marinas en cuestión, tal como se define en la Directiva 2008/56/CE, en la medida en que diversos aspectos del estado ecológico del medio marino no estén ya cubiertos por la Directiva 2000/60/CE;». 2. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 a más tardar el 19 de julio de 2015. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión”.

(“A tales efectos, se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas”), en particular a la Directiva 2000/60/CE,³⁴⁰ que consolida un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y cuyo objetivo primordial se centra en:³⁴¹

- “La protección de todas las formas de agua (superficiales, subterráneas, continentales y de transición).
- La regeneración de los ecosistemas de dentro de estas masas de agua y su alrededor.
- La reducción de la contaminación en las masas de agua.
- La garantía de un uso sostenible del agua por parte de los particulares y las empresas”.

No obstante, existe una excepción que en virtud de esta Directiva, se debe tener presente. No se considerará que los Estados miembros han infringido esta Directiva ni entrarán en la categoría de “daños a las aguas”, los siguientes efectos adversos:

a) No lograr un buen estado de las aguas subterráneas, un buen estado ecológico o un buen potencial ecológico, o de no evitar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea se deba a nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o a alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea.

b) No evitar el deterioro desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Adopción de todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua.

³⁴⁰ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, publicada en el Diario Oficial N° L 327 de 22/12/2000.

³⁴¹ *Ibid.*, artículo 2, número 1, literal b).

b) Consignación y explicación específica de los motivos de las modificaciones o alteraciones en el plan hidrológico de cuenca. (*exigido en cumplimiento con el artículo 13*).

c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el ambiente y la sociedad se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible.

d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que representen una opción ambiental significativamente mejor. (*artículo 4.7 Directiva 2000/60/CE*).

Estas condiciones guardan idéntica relación con lo dispuesto por la Ley 11/2014, de 3 de julio, que modifica el artículo 2.1 b) de la LRM, al establecer que “*No tendrán la consideración de daños a las aguas, los efectos adversos a los que les sea de aplicación el artículo 39 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica*”.³⁴²

³⁴² El Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (BOE núm. 162, el 07 de julio de 2007. Entrada en vigor el 08 de julio de 2007). Establece las “*Condiciones para las nuevas modificaciones o alteraciones*” (artículo 39) de la siguiente manera: “*1. Bajo las condiciones establecidas en el apartado 2 se podrán admitir nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea aunque impidan lograr un buen estado ecológico, un buen estado de las aguas subterráneas o un buen potencial ecológico, en su caso, o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea. Asimismo, y bajo idénticas condiciones, se podrán realizar nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial. 2. Para admitir dichas modificaciones o alteraciones deberán cumplirse las condiciones siguientes: a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua. b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen*

La única disposición que notamos que representa mayor modificación de la LRM en cuanto a la definición de “daños a las aguas” es la que considera como tales, a cualquier daño capaz de producir efectos adversos significativos en “el estado ecológico de las aguas marinas, tal y como se define en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino,³⁴³ en la medida en que

específicamente en el plan hidrológico. c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible. d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor”.

³⁴³ En virtud de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino, (BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010), se define el “buen estado ambiental del medio marino” (artículo 9), entendiéndolo de la siguiente manera: “1. ...aquel en el que éste da lugar a océanos y mares ecológicamente diversos y dinámicos, limpios, sanos y productivos en el contexto de sus condiciones intrínsecas, y en el que la utilización del medio marino sea sostenible, quedando así protegido su potencial de usos, actividades y recursos por parte de las generaciones actuales y futuras. 2. En todo caso, el buen estado ambiental del medio marino implicará necesariamente: a) que la estructura, las funciones y los procesos de los ecosistemas que componen el medio marino, junto con los factores fisiográficos, geográficos, geológicos y climáticos, permitan el pleno funcionamiento de esos ecosistemas y mantengan su capacidad de recuperación frente a los cambios ambientales inducidos por el hombre; b) que las especies y los hábitat marinos estén protegidos, se prevenga la pérdida de la biodiversidad inducida por el hombre y los diversos componentes biológicos funcionen de manera equilibrada; c) que las propiedades hidromorfológicas, físicas y químicas de los ecosistemas, incluidas las que resultan de la actividad humana en la zona de que se trate, mantengan los ecosistemas conforme a lo indicado anteriormente; d) que los vertidos antropogénicos de sustancias y de energía en el medio marino, incluido el ruido, no superen la resiliencia del medio o generen efectos de contaminación. 3. El Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino previa consulta a las Comunidades Autónomas, en función de la evaluación inicial, definirá para cada demarcación marina un conjunto de características correspondientes a un buen estado ambiental, basándose para ello en los descriptores cualitativos enumerados en el anexo II. 4. Adicionalmente, el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino podrá definir criterios para especificar las características técnicas de los descriptores cualitativos incluidos en el anexo II. 5. La definición del buen estado ambiental también tendrá en cuenta las listas indicativas del anexo I, y en particular los indicadores físico-químicos, tipos de hábitats, indicadores biológicos, la hidromorfología, así como los impactos y presiones de las actividades humanas.

diversos aspectos del estado ecológico del medio marino no estén ya cubiertos por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de aguas”. (Artículo único, uno, b).2 Ley 11/2014).

En conclusión, a pesar de que existan algunos deterioros a las aguas subterráneas o superficiales, respecto de su buen estado ecológico o buen potencial ecológico, evitación del deterioro por nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o que se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, no se podrá establecer la presencia de “*daños a las aguas*”, si se han cumplido con la condiciones determinadas de manera precedente, referentes a la actuación de las autoridades de cada país en defensa de los caudales y las masas de agua.

c) Daños a las riberas del mar y de las rías

Regulación única y exclusiva de la LRM (*artículo 2.8*). Es consecuencia directa y producto de la facultad que brinda la Directiva 2004/35/CE (*considerando 29 y artículo 16*).³⁴⁴ La Directiva 2004/35/CE, no es que ha hecho caso omiso de esta protección con carácter ambiental de manera intencional, pues en virtud de su ámbito de aplicación, los Estados miembros claramente están autorizados para adoptar normas más rigurosas que permitan

6. *En la elaboración de la evaluación inicial se garantizará que los datos utilizados posean la necesaria calidad y fiabilidad para asegurar la comparabilidad de los resultados obtenidos dentro de las regiones, subregiones y demarcaciones marinas”.*

³⁴⁴ El Considerando 29 establece que: “*La presente Directiva no debe constituir obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales, ni para que adopten medidas apropiadas en relación con situaciones de doble recuperación de los costes resultante de una acción concurrente por parte de una autoridad competente al amparo de la presente Directiva y por parte de una persona cuya propiedad se haya visto afectada por los daños*”. Asimismo, el artículo 16.1, dispone que: “*La presente Directiva no constituirá obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incluida la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva y la determinación de otros responsables*”.

garantizar una mayor protección ambiental (*artículo 3.2*).³⁴⁵ Sobre esta base, la LRM ha sustentado y cimentado la expansión de su ámbito de aplicación y protección ambiental. Expresamente ha consagrado e incorporado un nuevo tipo de daño, los “*daños a la ribera del mar y de las rías*”,³⁴⁶ describiéndolos como:

“cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla”.

Se trata no sólo de una definición genérica, sino que a su vez, la LRM incorpora en ella una remisión a la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas,³⁴⁷ que busca regular la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y en especial de la ribera del mar (*artículo 1*). La LRM nos remita a esta norma, con la finalidad de lograr una clara demarcación física y definición de las “*Riberas del mar y de las rías*”. En esta línea, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, determina cuáles son los bienes de dominio público marítimo-terrestre (*en virtud del artículo 132.2 de la Constitución*) e incluye como tales las siguientes zonas:

“1. La ribera del mar y de las rías, que incluye:

a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas.

Se consideran incluidas en esta zonas las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan

³⁴⁵ Esta Directiva, en su artículo 3 “*Ámbito de Aplicación*” determina que: “2. La presente Directiva se aplicará sin perjuicio de normas comunitarias más rigurosas que regulen el desempeño de las actividades en ella consideradas y sin perjuicio de normas comunitarias que contengan reglas sobre conflictos de jurisdicción”.

³⁴⁶ Véase LRM, artículo 2.1.c.

³⁴⁷ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988).

como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar.

b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales.

2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica.

3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica.” (artículo 3.1)

A pesar de lo expuesto, del contenido de esta Ley, se colige que existen terrenos que no forman parte del dominio público marítimo-terrestre, en particular, aquellos terrenos que hayan sido inundados de forma artificial y controladamente, por la ejecución de obras o instalaciones, siempre y cuando antes de la inundación no hayan sido de dominio público (*artículo 6*).³⁴⁸

A partir de aquí, cabe añadir una aclaración. El tipo de daño que se considera respecto a “*la ribera del mar y de las rías*”, es el estrictamente físico. Se considera exclusivamente la realidad física que se ha visto alterada con tanta facilidad, así por ejemplo, por trabajos de construcción, movimientos de tierras, ejecución de obras para infraestructuras, etc. Sin embargo, si estas actuaciones estuviesen amparadas en una autorización administrativa, en principio, quedan exentas de responsabilidad, pues así lo predica la propia LRM, siguiendo al pie de la letra lo que en relación con este aspecto, la Directiva 2004/35 dispone. A “*contrario sensu*”, los daños a la fauna costera por ejemplo, estarían excluidos del artículo

³⁴⁸ Veáse, Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, artículo 6: “1. Los propietarios de los terrenos amenazados por la invasión del mar o de las arenas de las playas, por causas naturales o artificiales, podrán construir obras de defensa, previa autorización o concesión, siempre que no ocupen playa ni produzcan fenómenos perjudiciales en ésta o en la zona marítimo-terrestre, no menoscaben las limitaciones y servidumbres legales correspondientes. 2. En otro caso, los terrenos invadidos pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre, según resulte del correspondiente deslinde”.

2.1, c) de la LRM, es decir no se configurarían como “daños a la ribera del mar y de las rías”.³⁴⁹

c) Daños al suelo

En este apartado, nos hemos de centrar para describir en términos generales su definición jurídica y los requisitos que se requieren para que sea considerado como un recurso natural susceptible de “daño ambiental”, lo que a su vez, conducirá inmediatamente, a que se instaure el sistema de responsabilidad ambiental.

En lo que por ahora nos ocupa, el suelo únicamente está definido en la LRM; no encontramos definición alguna de este recurso en la Directiva 2004/35/CE. Esta vez, a diferencia de los otros recursos naturales previamente descritos y estudiados, no se basa en una remisión a otra normativa sectorial.³⁵⁰ Se trata de una definición técnica que a bien la propia LRM la ha introducido en su texto normativo. Concibe la LRM al suelo como “*La capa superior de la corteza terrestre, situada entre el lecho rocoso y la superficie, compuesto por partículas minerales, materia orgánica, agua, aire y organismos vivos y que constituye la interfaz entre la tierra, el aire y el agua, lo que le confiere capacidad de desempeñar tanto funciones naturales como de uso. No tendrán tal consideración aquellos permanentemente cubiertos por una lámina de agua superficial*” (artículo 2.9). Por lo tanto, quedan excluidos de esta definición, los lechos, lagunas y embalses, pero esto no significa que quedan sin protección alguna. Dado que se trata de los cauces que se incluyen en el ámbito de aplicación de la LRM en el apartado de “daños a las aguas” y forman parte del dominio público hidráulico por aplicación del RDLeg. 1/2001 (artículo 2),³⁵¹ estarán protegidos por la LRM como “daños a las aguas”.³⁵²

³⁴⁹ Esteve Pardo, *Ley...*, 35.

³⁵⁰ Tal como en el caso de las especies silvestres y hábitat; las aguas, la ribera del mar y de las rías.

³⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. (BOE núm. 176, de 24/07/200). Artículo 2 “Definición de dominio público hidráulico”: “Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y

Los daños al suelo, marcan una peculiar diferencia en comparación con los daños causados a las “*especies silvestres y hábitats naturales*”, a las “*aguas*” y a la “*ribera del mar y de las rías*”. En todos estos últimos supuestos, por regla general, se categoriza como “*daño*” al cambio que “*produzca efectos adversos significativos*” o el “*perjuicios a un servicio*” que ellos presten (*siguiendo las definiciones que la Directiva 2004/35/CE y la LRM brindan en sus artículos 2.1 y 2.2*). Mientras tanto, cuando nos encontramos ante la presencia de “*cualquier contaminación del suelo*” (*tal como refiere la normativa al iniciar la descripción del daño*), y que “*suponga un riesgo significativo...*”, de que se “*produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente*” (*aspecto contemplado sólo por la LRM, ya que la Directiva 2004/35/CE hace caso omiso a que también se pudiesen causar efectos adversos al “ambiente”*),³⁵³ debidos al “*depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo*”, se configuraría un “*daño al suelo*”, según la definición que la Directiva 2004/35/CE (*artículo 2.1 c*) y la LRM (*artículo 2.1 d*),³⁵⁴ disponen.

En esta definición brindada por la Directiva 2004/35/CE (*artículo 2.1 c*) y la LRM (*artículo 2.1 d*), no se alude al “*estado favorable de conservación*” como se lo hace en cuanto a los “*daños a las especies silvestres o a los hábitats*”. Tampoco se habla del “*estado ecológico, químico y cuantitativo*”, tal como se regula en relación con “*los daños a las aguas*”. Menos aún, se habla de “*integridad física y adecuada conservación*” como ocurre con los “*daños a la ribera del mar y las rías*”. La regulación en cuanto a la definición como “*daño ambiental*” respecto del suelo es totalmente diferente. Se limita a hablar de cualquier clase de contaminación, sin detalle alguno de cuál puede ser la naturaleza o clase de daño³⁵⁵ de que se

lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar”.

³⁵² Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medioambiental...*, 60 .

³⁵³ Cf. LRM, artículo 2.2.d.

³⁵⁴ Los términos utilizados por la normativa de responsabilidad ambiental (*Directiva 2004/35/CE y LRM*) para definir los daños son prácticamente los mismos.

³⁵⁵ Para Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 90., se refiere a cualquier clase de daño.

trate.³⁵⁶ En definitiva, define contaminación y no un daño ambiental como tal. Además, en el caso de la reparación del suelo, habrá que atenerse al “*uso actual o el futuro uso planificado*” en el momento del daño (*Anexo II.2 de la Directiva 2004/35/CE y la LRM*), lo cual puede provocar que en determinados casos, al haber cubierto el estándar de uso actual o futuro, la reparación que se alcance, sea inferior a la que se alcanzaría devolviéndolo al estado básico.³⁵⁷

En cuanto al carácter “*significativo*” que este tipo de daños debe cumplir, exigencia prevista tanto en la Directiva 2004/35/CE como en la LRM, está en eufonía con el “*riesgo*” (*que no lo define la Directiva 2004/35/CE*), es decir, tiene trascendencia legal en virtud de “*la función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que puede provocar*” (*artículo 2.3 “Riesgo” LRM*). Por una parte, este aspecto como ya lo habíamos anotado en líneas previas, está ya subsanado por la LRM en comparación con la Directiva 2004/35/CE, al establecer que no sólo serán considerados como “*daños al suelo*” cuando el receptor experimente un efecto adverso para la salud humana, sino también para el ambiente, los cuales puede ser valorados mediante el RDSC,³⁵⁸ el cual establece los niveles genéricos de referencia, y la concentración máxima de sustancias tóxicas permitidas en el suelo.³⁵⁹ Claro está que, la

³⁵⁶ Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medioambiental...*, 60. En igual sentido, Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 90.

³⁵⁷ Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 91; Ruda González, *En tierra...*, 37.

³⁵⁸ Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados (*BOE* núm. 15, de fecha martes 18 enero 2005).

³⁵⁹ El RDSC, define al “*nivel genérico de referencia (NGR)*” como “*la concentración de una sustancia contaminante en el suelo que no conlleva un riesgo superior al máximo aceptable para la salud humana o los ecosistemas y calculada de acuerdo con los criterios recogidos en el anexo VII*” (*artículo 2.g*). A continuación el RDSC, con la finalidad de colaborar en la valoración del daño y la fijación del NGR, con la definición Riesgo (*diferente a la contemplada por la LRM, artículo 2.3*), entendiéndolo como la “*probabilidad de que un contaminante presente en el suelo entre en contacto con algún receptor con consecuencias adversas para la salud de las personas o el medio ambiente. En términos de protección de la salud humana, se asume que, para sustancias cancerígenas, una situación de riesgo aceptable es aquella en que la frecuencia esperada de aparición de cáncer en la población expuesta no excede en uno por cada cien mil casos; para sustancias con efectos sistémicos, se asume como una situación de riesgo aceptable aquella en que, para cada sustancia, el cociente*

normativa autonómica también puede fijar otros niveles de referencia que permitan la presencia de un cierto número de sustancias tóxicas en el suelo.

b.1 Naturaleza jurídica del bien jurídico “el suelo”

El suelo no es un recurso de dominio público exclusivo (*es un bien de tutela jurídica*). Podría estar bajo titularidad privada. En primer lugar, lo que busca proteger la LRM es el recurso en sí mismo considerado, no la propiedad o cualquier otro tipo de derecho que pudiera estar constituido entorno a él. Lo que genera responsabilidad, es el daño en el bien, no el daño en el derecho sobre él constituido. Es el daño en el valor ecológico del bien, su degradación o destrucción como recurso natural, lo que hará que el régimen de responsabilidad se active y lo que a su vez marca la orientación y el contenido de la prestación reparatoria que tendrá un inequívoco contenido restaurador, que tiende hacia la recuperación del recurso a su estado natural u originario.³⁶⁰

En segundo lugar, los “*daños al suelo*” serán ambientales y no patrimoniales cuando tienen un efecto respecto de las personas o el ambiente. En todos los demás recursos naturales, analizados anteriormente, basta la afectación a su estado natural. En el caso del suelo, se precisa una doble afectación, por un lado, al estado del recurso, pero por otro lado, también a la salud de las personas o al ambiente, es decir, si la afectación a otra persona es netamente patrimonial sin efectos negativos en su salud o no hay afectación al ambiente en su conjunto, los daños sufridos por el suelo serán de carácter patrimonial y por ende, no estarán cubiertos por el régimen de responsabilidad ambiental.³⁶¹

entre la dosis de exposición a largo plazo y la dosis máxima admisible es inferior a la unidad. En términos de protección de los ecosistemas, se asume como una situación de riesgo aceptable aquella en que, para cada sustancia, el cociente entre el nivel de exposición, expresado como concentración, y el umbral ecotoxicológico, definido por la concentración máxima para la que no se esperan efectos sobre los ecosistemas, es inferior a la unidad” (artículo 2.i).

³⁶⁰ Esteve Pardo, *Ley...*, 29.

³⁶¹ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1764.

En cuanto a la exigencia de que la contaminación del suelo debe suponer un riesgo significativo de que se “*produzcan efectos adversos para la salud humana*”, si bien es un aspecto que lo contempla la Directiva 2004/34/CE, hace caso omiso del hecho de que se pueden también producir efectos adversos al ambiente, lo cual ha sido plausiblemente corregido por la LRM, incluyendo dicho supuesto en su definición de “*daños al suelo*” (artículo 2.1 d) LRM). Sin embargo, a pesar de dicha acertada introducción, la Directiva 2004/35/CE (2.1 c) Directiva 2004/35/CE) ha sido criticada por la doctrina, en el sentido de que únicamente le importa la repercusión de la alteración ambiental sobre las personas, hasta el punto que cuando define los “*daños al suelo*”, sólo toma en consideración si éstos producen un riesgo para la salud humana, olvidándose por completo del riesgo que éstos representan también para otras especies o recursos naturales (*tal como lo hace la LRM*).

Como habíamos dicho en algún momento, lo que más llama la atención es que haya sido definido no como “*daños*” sino como “*contaminación*” (artículo 2.1.c) Directiva 2004/35/CE; artículo 2.1.d) LRM). Que altere la salud (*única exigencia de la Directiva*). Por lo tanto, una contaminación que provoque la decoloración del suelo (*es decir, un supuesto de daño estético del suelo*) quedaría fuera del ámbito de protección de la Directiva referida, aunque en el contexto de la LRM, esto se tornaría dudoso. Asimismo, la contaminación del suelo de una zona deshabitada, en el marco de la Directiva no conduciría a responsabilidad (*requeriría que dicha contaminación se filtre al subsuelo y afecte a la salud o a las aguas cubiertas por el régimen de responsabilidad que establece*); mientras que la LRM si la imputaría, pues aquí se ha integrado el requisito de que dicha contaminación causará daños bien cuando lesione la salud o al ambiente como tal.

Es por ello, que Ruda González,³⁶² ha señalado que lo que se requeriría considerar es el significado simbólico o ideal que el recurso dañado tiene para la colectividad, postulando como ejemplo, la “*Environmental Protection Act*” (Australia), que tiene en cuenta cuando resultan dañadas ciertas áreas de algún valor de conservación. Parece que pueden haber “*daños ecológicos puros*” irreparables en especie y otros que no lo sean. La Directiva

³⁶² Cf. Ruda González, *El daño...*, 103.

2004/35/CE y LRM dejan fuera la indemnización pecuniaria de este daño, lo que a su criterio, resulta contrario al principio “*Quien contamina paga*”. Resalta que lo único que especifica la LRM, es que el resarcimiento consiste en la indemnización de los costes de restauración, ante lo cual parece difícil extender la responsabilidad análogicamente para abarcar esos daños irreparables en especie. Además, es un planteamiento restrictivo, corto en comparación con el ordenamiento jurídico Italiano (*con lo cual el principio de subsidiariedad ha quedado sesgado*) al resultar ser una solución de mínimos que puede dejar indemne al autor y resulta insatisfactoria, pues sólo considera como tales, si éstos producen un riesgo para la salud humana, (2.1.c Directiva 2004/35/CE), dejando de lado el riesgo que puede acarrear para otras especies o recursos naturales (*artículo 2.1.d LRM*).

Esta misma exigencia de que se produzcan “*efectos adversos para la salud humana*”, considerado ahora como parámetro para su apreciación como “*daño ambiental al suelo*”, ha sido criticada también por la doctrina. Pedraza,³⁶³ considera que si los daños produjeran efectos adversos en la salud humana, no quedarían éstos incluidos en el ámbito de aplicación de la LRM, por estar excluidos los daños personales de su esfera de protección. Afirma que la contaminación de suelos, cuyos efectos son potencialmente peligrosos para la salud humana es la única que tendría cabida. Encambio, Ruda González,³⁶⁴ critica que carece de sentido la eliminación de los daños tradicionales, si posteriormente se los utiliza como instrumento de análisis de la dimensión del daño. No obstante, la autora previamente referida, discrepa en este punto, considerando a “*sensu contrario*”, que el hecho de que la definición de “*daños al suelo*” tome como punto de referencia sus posibles perjuicios en la salud de las personas, únicamente, utiliza esta circunstancia con la intención de que sirva como baremo para medir la importancia del daño. Desde su punto de vista, ello no implica que el legislador haya querido hacer mención o incluir los daños tradicionales bajo su protección. Lo que sí critica, es que nuevamente no se hayan introducido parámetros para entender qué es una afección negativa para la salud humana. Incluso, le parece controvertido determinar qué afecta a la salud humana, porque en

³⁶³ Cf. Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 91- 92.

³⁶⁴ Cf. Ruda González, *Responsabilidad civil...*, 742-743.

un sin número de casos, ni siquiera se podría llegar a concretarlo. En este sentido, reflexiona que la aplicación de un alto nivel de exigencia hará que prácticamente ningún daño pueda ser considerado como daño al suelo. Sin embargo, cualquier cambio ambiental puede afectar a la salud humana.

El “suelo” que precise la doble afección antes referida es el que importa a la normativa de responsabilidad ambiental, el conocido como “suelo contaminado”, que a su vez será “suelo dañado” a efectos de la Directiva 2004/35/CE y la LRM. La Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, consagra la definición de “suelo contaminado”, al cual lo concibe como “*aquel cuyas características han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso procedentes de la actividad humana, en concentración tal que comporte un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno, y así se haya declarado mediante resolución expresa*” (artículo 3, literal x). Un requisito determinante para que un suelo sea considerado “suelo contaminado” y que se extrae de esta definición, es la declaración por parte de la Administración que se lo califique como tal. Si no surte la declaración de “contaminado”, el responsable del daño quedaría inmune de la obligación de reparar en virtud del sistema de responsabilidad instaurado por la normativa señalada (*saneamiento*). Betancor,³⁶⁵ pondera su desacuerdo ante la definición legal consagrada. A su juicio, para los efectos de la legislación de responsabilidad ambiental: “*Todo suelo contaminado es suelo dañado pero no todo suelo dañado a los efectos de esta legislación es suelo contaminado puesto que cabe también aquél que ha sido dañado pero no declarado oficialmente como contaminado*”.³⁶⁶

³⁶⁵ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1765.

³⁶⁶ Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 136-139. Especialmente, en cuanto al análisis y postura doctrinarias que hace respecto de la LRSC y el RDSC, sobre la declaración expresa que se requiere que haga la Administración autonómica para el nacimiento de la responsabilidad ambiental (*saneamiento de suelo en este caso*), si se trata de un acto constitutivo o declarativo. Para el autor, se trata de un acto declarativo, siendo indiferente que una vez éste se emita, surjan los deberes para ciertas personas. Compartimos este criterio, incluso en la LRM, una vez que se detecte la contaminación el operador se ha de ver obligado a aplicar todas las

El suelo como tal carece de carácter autonomía y de conformidad con la Directiva 2004/35/CE cobra relevancia por medio de la afección a la salud humana. El riesgo a la salud humana no se consagra como un supuesto de daño al suelo en sí mismo, sino como un requisito adicional exigible sólo en caso de daños a este recurso natural. Esto parecería significar que la contaminación del suelo *per sé* es irrelevante -*más aún si a esto le agregamos que no se ha definido lo que debería entenderse por riesgo para la salud*-. Parece haber prevalecido el temor infundado de que los Estados tuviesen la obligación de dedicar recursos excesivos a la descontaminación de los suelos, por lo que más bien hubiese sido óptimo contar con un régimen de responsabilidad por daños por contaminación del suelo más amplio, que suponga riesgo para la salud o para el ambiente como lo ha hecho por fortuna la LRM (*que en el supuesto de contaminación del suelo, da importancia tanto al riesgo para la salud como para el ambiente*).³⁶⁷

b.2 Daños Indirectos

La contaminación producida en los suelos puede acarrear la creación indirecta de daños sobre otros recursos naturales como por ejemplo en los “*hábitats protegidos*”, cuando los daños se produzcan en el suelo de dicho hábitat protegido. Esta situación acarrearía dos tipos de actuaciones diferentes, de conformidad con lo previsto en la Directiva 2004/35/CE y la LRM (*Anexo II.1 y II.2 de ambas normas*):

a) Para el caso de los hábitats, el Anexo II.1 requiere la restitución “*a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias...*”.

b) Los daños causados al suelo, según el Anexo II.2, exigen que se adopten las “*medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan las sustancias, preparados, organismos o microorganismos*”³⁶⁸ *nocivos de que se trate*”, lo que probablemente conllevará a que se empleen sistemas

medidas de evitación necesarias para evitar nuevos daños o repararlos si éstos ya han surgido.

³⁶⁷ Ruda González, *El daño...*, 150.

³⁶⁸ Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 92; Ruda González, *En tierra...*, 38.

diferentes y en consecuencia, no se sepa claramente cuáles deberán ser las medidas aplicables en dicho caso.

En relación con el segundo caso, Esteve Pardo,³⁶⁹ cree que las normas descritas, aluden inequívocamente a los llamados “*organismos genéticamente modificados*” cuando se refiere a los organismos o microorganismos que pudieran introducirse en el suelo o en el subsuelo, los cuales pueden generar efectos adversos tanto en la salud humana o en el ambiente, que son los que ordinariamente se consideraban como posibles riesgos asociados a la siembra y liberación de estos organismos. Sin embargo, este cruce no debe conducir a confusión a los efectos adversos para la salud humana, ya que los daños a las personas quedan fuera del ámbito material de la LRM. De conformidad con esta Ley, los daños en los suelos -*contaminados por organismos que generan un riesgo para la salud o el medio ambiente*-, son los que serían objeto de reparación/descontaminación. Mientras tanto, los posibles daños a la salud, a efectos de responsabilidad, recibirán otro tratamiento al margen de la LRM; se deberán ajustar a lo que la normativa aplicable disponga (*artículo 5*). “*Es la salud y el buen estado de conservación de los recursos naturales y no a la salud de las personas*”, lo que constituye el objeto de atención y protección de la LRM.

Finalmente, hay que destacar también que la responsabilidad ambiental por “*daños al suelo*”, se aplicará sin perjuicio de la aplicación de normas comunitarias más exigentes sobre responsabilidad ambiental (*Disposición adicional segunda de la LRM*). En armonía con esta disposición, el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero,³⁷⁰ tendría plena aplicación. A través de él se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo, los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados de España, aunque esto podría acarrear problemas a la hora de conciliar ambos regímenes. De Miguel Perales,³⁷¹ destaca entre ellos, la posible confusión al intentar definir los daños al suelo, debido a que en la Ley de Residuos se habla de un “*riesgo*”

³⁶⁹ Pardo, *Ley de...*, 29 y 36.

³⁷⁰ Real Decreto 9/2005, de 14 de enero (*BOE*, núm. 15 de 18 de enero de 2005).

³⁷¹ De Miguel Perales, «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», 12.

inaceptable”, mientras que la LRM trata de un “*riesgo significativo*”, aunque considera que esta diferencia debe considerarse irrelevante, porque aunque con palabras distintas, ambas normas se están refiriendo al mismo hecho, es decir, a un riesgo que el ordenamiento jurídico busca desaparecerlo. Al contrario, Pedraza,³⁷² considera que esta diferencia carece de importancia alguna, pues de lo que se trata es de proteger a la superficie de aquellas agresiones que pudieran considerarse ilícitas, pero puede servir como ejemplo para destacar la inseguridad jurídica a la que un plano legislativo nos puede subsumir. Mientras tanto, Valencia Martín,³⁷³ sugiere que es conveniente hacer mención el mal uso de esta “*buena oportunidad para aclarar algunos aspectos del régimen jurídico de la responsabilidad por suelos contaminados que surgen o bien de las propias lagunas de su regulación sectorial del actual solapamiento con la regulación general*”. Para ello, postula como ejemplo que el causante de la contaminación del suelo puede beneficiarse de las causas de exención de la responsabilidad (*autorización específica y estado de la técnica*) que la Ley 26/2007 prevé, pero que la normativa básica, no refiere o serían inaplicables aduciendo el carácter “*más exigente*” de esta última.

No obstante, es cierto que a través de la entrada en vigor del RLRM, esta última carencia se ve saldada (*artículo 5*), estableciendo que la normativa a aplicarse será motivadamente decidida por la autoridad competente, buscando siempre la reparación más adecuada al daño producido.³⁷⁴

³⁷² Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 93. En igual sentido, Fernando Gómez Pomar y María de los Ángeles Gili Saldaña, «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coordinado por Juan Antonio Moreno Martínez, (Madrid: Dykinson, 2007), 314, acceso el 20 de marzo de 2017, <http://vlex.com/vid/contaminacion-suelos-problemas-relacion-41279117>.

³⁷³ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 12. El autor destaca que entre los posibles solapamientos que se pueden llegar a producir se encuentra el hecho de que en la legislación sectorial protectora del suelo la responsabilidad siempre es objetiva.

³⁷⁴ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 93.

1.15 El daño por contaminación

El “*daño ecológico puro*”, puede ser producto de varios tipos de conductas. Puede provenir de una conducta única o bien se puede presentar como resultado de un conjunto de comportamientos *-de uno o varios autores-*, presenciados además, en uno o varios puntos en el tiempo, es decir, en épocas diversas. A este tipo de daño, doctrinariamente se lo ha calificado como “*daño continuado*”, por ser obra de una acción o un conjunto o sucesión de actos, ya que generalmente, son producto de todo un proceso dilatado en el tiempo (*se ha producido en varias ocasiones*). Esto no obsta, a que el “*daño ecológico puro*”, pueda ser consecuencia de una sola acción localizable en un único punto temporal, aunque frecuente esto no es lo más común.

Ahora bien, puede que los efectos del daño ambiental continuaren en el tiempo, en cuyo caso, la doctrina ha optado por considerarlo como “*daño permanente*”, y, si el daño es producto de una serie de actos sucesivos, de una misma persona o de distintas, cuyo conjunto produce un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente ocasionados, ha llegado a ser reputado como “*daño progresivo*”; es lo que los científicos denominan procesos de saturación.

Entre otros tipos de daños ambientales que dentro del campo dogmático de esta materia podemos encontrar, están también aquellos que podrían llegar a ser bien un “*daño histórico*” o bien un “*daño futuro*”, según se hayan producido en un momento anterior a su manifestación real (*posiblemente luego de varios años*) o se tenga la probabilidad de que éste se producirá en un momento posterior de cuando verdaderamente se ocasionó.³⁷⁵ A pesar de que todos estos tipos de manifestación de un “*daño ecológico puro*”, éste, la mayoría de las veces, es producto de una conducta contaminante del ambiente; un “*daño por contaminación*”, el cual puede darse de manera accidental (*accidentes industriales*) o puede ser una contaminación normal, derivada del uso normal de sustancias (*pesticidas agrícolas por ejemplo*). Atendiendo al

³⁷⁵ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 8-9. En igual sentido, De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, segunda edición, (Madrid: Civitas, 2002), 334; García Amez, *Responsabilidad...*, 100.

carácter volátil que presentan muchas sustancias, su uso suele comportar un vertido y el efecto colateral suele ser una emisión. Dentro de esta segunda categoría puede encajar la contaminación/polución residual, producto de la eliminación de los residuos de las actividades humanas (*como vertidos de líquidos en un río o residuos sólidos abandonados*).³⁷⁶

El daño a causa de algún tipo de contaminación, halla sus raíces en la Ley 16/2002, de prevención y control de integrados de la contaminación. Su artículo 3, literal i), entiende que la “contaminación” es *“la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilizaciones legítimas del medio ambiente”*. A criterio del ilustre profesor Andrés Betancor,³⁷⁷ contaminar es *“la acción de producir algo en los recusos naturales que tiene respecto de estos un efecto perjudicial o dañino. Esta acción es la de la emisión o el vertido”*. Sin duda, también es preciso comprender lo que debemos entender por “emisión”, para cuyo efecto, el autor referido, se remite al concepto que otorga la misma Ley 16/2002, en su artículo 3, literal k). Según esta norma, la “emisión”, es *“la expulsión a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación”*. Aquí, se encadenan tres conceptos: el de emisión, el de contaminación y el de daño, tal como expresa Betancor, quien además reputa al concepto de la contaminación como el *“eslabón que enlaza la emisión con el daño pero no se puede confundir ni con aquella ni con éste”*.

Para delimitar el alcance de un “daño ambiental por contaminación”, nos hemos de focalizar en el concepto de “daños”, definido únicamente, en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM, ya que la Ley 16/2002, de prevención y control de integrados de la contaminación, se refiere y entiende a la contaminación no como un daño, sino como la consecuencia de la acción de “contaminar”, que

³⁷⁶ Ruda González, *El daño...*, 113.

³⁷⁷ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1758.

provoca el deterioro y perjudica por ende, el disfrute u otras utilizaciones legítimas del ambiente. Sin embargo, exigir que el daño sea por contaminación, colabora a que el concepto de daño resarcible se restrinja y aún más, cuando se considera relevante sólo cierto tipo de contaminación. El concepto clave parece ser el de “*deterioro*” del ambiente entendido en un sentido amplio y no el daño por contaminación, que además parece tautológico: “*el daño lo es si contamina y hay contaminación si hay daño*”.³⁷⁸ Generalmente, como bien hemos dicho, el “*daño ecológico puro*” suele estar causado por contaminación, afectando el equilibrio ecológico, pues se provoca una pérdida del estado básico del bien/recurso sobre el cual haya recaído el daño.

La contaminación también puede presentar una de las características exclusivas de la mayoría de los “*daños ambientales*”; ser pues, de carácter difuso. En efecto, los daños ambientales pueden acontecer como consecuencia de una serie de actos contaminantes provenientes de diferentes personas, diseminados en el espacio y en el tiempo, lo cual dificulta identificar la acción individual de la persona puntual que ocasionó un daño en particular y por el que se reclama. También pueden provenir los daños como consecuencia de una contaminación generalizada o contaminación por sinergia. Incluso, en los supuestos de daños concentrados, la pluralidad de responsables suele ser una de sus características.³⁷⁹

El sistema comunitario y español de responsabilidad ambiental, aluden a la contaminación, exclusivamente al definir los “*daños al suelo*”. La Directiva 2004/35/CE entiende que éstos, suponen “*cualquier contaminación*”, por la introducción -*directa o indirecta*- de sustancias, preparados, organismos o microorganismos (sería la “*emisión*” (artículo 2.1 c)). Lo mismo sucede cuando define de manera singularizada a la “*emisión*”, resultando ser redundante entonces el (artículo 2.8). La tautología en la norma obliga a que la redacción sea mejorable. Bastaba referirse en ambas disposiciones, a todos esos elementos como sustancias. Se puede decir que la LRM ha corregido en cierta medida esto, al incorporar en la descripción de los daños al suelo, al depósito o vertido (artículo 2.1 d), a pesar de que también alude a las sustancias de la

³⁷⁸ Ruda González, *El daño...*, 119.

³⁷⁹ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 417-418.

manera como lo hace la Directiva y se vuelve a repetir en la definición que hace de la “emisión”, es decir, el problema tautológico explicado, no se ha resuelto completamente; vuelve a estar latente (*artículo 2.12*).

En cuanto a los recursos naturales que podrían resultar afectados o dañados, como lo dicho en reiteradas ocasiones, no todos están protegidos y regulados al amparo del régimen de responsabilidad ambiental instaurado por la Directiva 2004/35/CE y por la LRM. En la clasificación de los recursos naturales, objeto de protección, “...no se incluye per sé a la atmósfera... La justificación de esta exclusión reside en que la contaminación atmosférica³⁸⁰ es un daño difuso, difícil de imputar a un sólo agente causante, e imposible de cuantificar y reparar, cuyas políticas públicas de protección deberían basarse en la prevención y utilizar otros medios, como son los previstos en la legislación de calidad del aire”.³⁸¹ De aquí, que el caso típico de contaminación difusa, sea ciertamente, la contaminación de la atmósfera, aunque es latente la dificultad de establecer el nexo causal entre la acción del agente y el resultado. Las normas referidas anteriormente, lo único que consagran como “daños”, es aquellos “que hayan sido causados por elementos transportados por el aire”.³⁸² El aire, es un elemento relevante sólo en cuanto transmisor de contaminación (*el ejemplo prototipo, es el caso de la lluvia ácida*).³⁸³

³⁸⁰ La contaminación atmosférica está definida en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (“LCAPA”), (BOE núm. 275 de 16 de noviembre de 2007). El artículo 3, literal e) entiende por “contaminación atmosférica”: “La presencia en la atmósfera de materias, sustancias o formas de energía que impliquen molestia grave, riesgo o daño para la seguridad o la salud de las personas, el medio ambiente y demás bienes de cualquier naturaleza”.

³⁸¹ Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental...*, 284. Correlativamente con lo expuesto, cf. Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1761-1762. El profesor se pregunta: “¿Cómo reparar la atmósfera para que recupere su estado básico?” Con semajante criterio al de la profesora Lozano Cutanda descrito líneas arriba, cree que “Sería imposible imputar a un único sujeto la responsabilidad del daño y la consiguiente obligación de reparar. La actuación sobre los operadores en los términos de la legislación atmosférica es más realista y razonable porque puede exigirse obligaciones en atención a las concretas y específicas emisiones de su responsabilidad”.

³⁸²

³⁸³ Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental...*, 284.

En estos supuestos de contaminación, los estándares juegan un papel importante, pues a través de ellos se podría precisar la cantidad máxima permitida de contaminación para una zona específica y con ello determinar la calidad del aire (*artículo 16 LCAPA que trata de los Planes y programas para la protección de la atmósfera y para minimizar los efectos negativos de la contaminación atmosférica*). Dentro de este contexto, los derechos subjetivos de emisión, por ejemplo una tonelada de Co2 desde una instalación durante un periodo determinado, desempeñan un rol preponderante; traen consigo una eficacia protectora del ambiente. Sin embargo, esto puede ponerse en entredicho, porque representan sólo un supuesto de daño tolerado, que a futuro, deberá ser modificado como consecuencia de los compromisos internacionales y comunitarios para mitigar los efectos del cambio climático.³⁸⁴

En lo concerniente al daño por contaminación con carácter difuso, haremos notar algo especial. Está reconocido de entrada, tanto por la Directiva 2004/35/CE (*considerando 13*) como por la LRM (*considerando II*) y en su contenido normativo, en la primera como una excepcionalidad (*artículo 4 “excepciones” 5*); mientras tanto, en la segunda, como parte de su ámbito de aplicación (*y artículo 3.3 LRM*), siempre que “*sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos*”.³⁸⁵ Así lo determinan expresamente ambas en las disposiciones especificadas. De ello, colegimos que no siempre el mecanismo de la responsabilidad podrá subsanar todas las formas de daño ambiental (*tal como lo reconoce la propia Directiva 2004/35CE, considerando 13*). Dicho de otro modo, este tipo de daño así como la amenaza inminente de estos daños (*tal como lo describe la LRM*), causados por una contaminación de carácter difuso, si bien están

³⁸⁴ Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 114.

³⁸⁵ Directiva 2004/35/CE, artículo 4 “Excepciones”: “5. La presente Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”. Ley 26/2007, artículo 3 “Ámbito de Aplicación”: “3. Esta Ley sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”.

regulados por la normativa referida, debe cumplir con algunas exigencias para activar el sistema de responsabilidad ambiental, a saber:

- a) El daño debe ser concreto y cuantificable.
- b) El daño debe haber sido causado por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III de ambos cuerpos normativos.
- c) Se debe poder identificar a uno o más contaminantes.
- d) Se debe demostrar el vínculo causal entre el daño y la/las actividad/es de los operadores concretos; los contaminantes identificados, lo cual en este tipo de daños resulta casi imposible. Caso contrario, si no se logra asociar los efectos ambientales negativos con los actos u omisiones de determinados agentes, no se instaurará el sistema de responsabilidad que brinda la normativa referida. Tal como lo dispone la Directiva 2004/35/CE, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para afrontar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual asociar los efectos ambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales resulte imposible (*Considerando 13 Directiva 2004/35/CE*).

a) Comparación con el sistema legal de los Estados Unidos

La Directiva 2004/35/CE y la LRM, utilizan el término “contaminación”, para referirse a lo que en el sistema angloamericano se llama “pollution” y a la *emisión* (artículo 2.12 LRM y 2.8 Directiva 2004/35/CE), que el sistema estadounidense, viene a ser una “release” (que traducida en castellano es también una *emisión*). En los EE.UU., el daño por contaminación vendría a estar definido y regulado por “CERCLA”. Sin embargo, en el artículo que trata de las definiciones no encontramos una que refiera expresamente a “pollution”, sino más se ha incorporado en primer plano, una conceptualización de lo que se ha de considerar como un

elemento “*pollutant or contaminant*”, término que según refiere el texto legal incluirá, entre otros, pero sin limitarse a:³⁸⁶

“any element, substance, compound, or mixture, including disease-causing agents, which after release into the environment and upon exposure, ingestion, inhalation, or assimilation into any organism, either directly from the environment or indirectly by ingestion through food chains, will or may reasonably be anticipated to cause death, disease, behavioral abnormalities, cancer, genetic mutation, physiological malfunctions (including malfunctions in reproduction) or physical deformations, in such organisms or their offspring; except that the term “pollutant or contaminant” shall not include petroleum, including crude oil or any fraction thereof which is not otherwise specifically listed or designated as a hazardous substance under subparagraphs (A) through (F) of paragraph (14) and shall not include natural gas, liquefied natural gas, or synthetic gas of pipeline quality (or mixtures of natural gas and such synthetic gas)”.

[§101(33) added by PL 99-499]

Si nos saltamos a su Título IV, que trata del seguro de contaminación, curiosamente, en cuyo apartado segundo, nos topamos con la definición de “*Responsabilidad por contaminación*”. La norma por la importancia que denota, la transcribimos textualmente:

³⁸⁶ Por la importancia de la norma los traducimos al castellano. 42 U.S.C. § 9601.33. “*Pollutant*” o “*contaminant*”: “*Cualquier elemento, sustancia, compuesto o mezcla, incluidos los agentes causantes de enfermedades, que después de la liberación al medio ambiente y de la exposición, ingestión, inhalación o la asimilación en cualquier organismo, ya sea directamente del ambiente o indirectamente por ingestión a través de cadenas alimenticias, se puede o se puede anticipar razonablemente que cause muerte, enfermedad, anormalidades de comportamiento, cáncer, mutación genética, disfunciones fisiológicas (incluyendo fallas en la reproducción) o deformaciones físicas, en tales organismos o sus descendientes; salvo que el término “contaminante o contaminante” no incluirá el petróleo, incluido el petróleo crudo o cualquier fracción del mismo que no esté específicamente enumerada o designada como sustancia peligrosa conforme a los subpárrafos (A) al (F) del párrafo (14) y no incluyen gas natural, gas natural licuado o gas sintético de calidad de tubería (o mezclas de gas natural y tal gas sintético)”.*

*“(2) Pollution liability. The term “pollution liability” means liability for injuries arising from the release of hazardous substances or pollutants or contaminants”.*³⁸⁷

Creemos que con esta definición, lo que se define es más bien una emisión, o mejor dicho, se deduce que se trata tanto a la “*pollution*” como a la “*release*” como sinónimos. Lo que por “*release*” y por “*hazardous substances*” debemos comprender, CERCLA sí se ha preocupado por conceptualizarlas, definiéndolas de la siguiente manera:

“Release”.- La “*release*” o la emisión, viene a ser definida en CERCLA como:

*“any spilling, leaking, pumping, pouring, emitting, emptying, discharging, injecting, escaping, leaching, dumping, or disposing into the environment (including the abandonment or discarding of barrels, containers, and other closed receptacles containing any hazardous substance or pollutant or contaminant)...”*³⁸⁸

Esta definición incluye una terminología que colabora a describir la emisión deliberada o inadvertida de contaminantes al ambiente. No obstante, existen varios casos que vendrían a ser excepciones de algunos tipos de “*releases*”, como por ejemplo, las emisiones en el lugar de trabajo, emisiones de dispositivos de transporte, emisiones de motores de estación de bombeo de tuberías, emisiones de sustancias radioactivas de alto nivel reguladas bajo otros estatutos, contaminación por la aplicación de pesticidas permitidos a nivel

³⁸⁷ *Ibíd.*, § 9601.2. En consideración a la trascendencia de la norma también la decidimos traducir: “*Responsabilidad por contaminación. El término “responsabilidad por contaminación” significa responsabilidad por lesiones derivadas de la liberación de sustancias peligrosas o contaminantes o contaminantes. La traducción pertenece a la autora de este trabajo*”.

³⁸⁸ *Ibíd.*, § 9601.22. De igual manera, en castellano sería: “*Cualquier derrame, fuga, bombeo, vertido, emisión, vaciado, descarga, inyección, escape, lixiviación, vertido o desecho en el medio ambiente (incluido el abandono o descarte de barriles, contenedores y otros receptáculos cerrados que contengan cualquier sustancia peligrosa o contaminante)...*”.

federal y otras emisiones permitidas a nivel federal (42 U.S.C. § 9601 (22) (A)-(D)).³⁸⁹

“HAZARDOUS SUBSTANCES”.- La definición de “*hazardous Substances*” es muy amplia. CERCLA, simplemente remite a las listas de las “*hazardous chemicals*” (*sustancias químicas peligrosas*) de otros estatutos federales que regulan las sustancias tóxicas. Así, una “*Hazardous substance*” está definida como:³⁹⁰

“(A) any substance designated pursuant to section 1321(b)(2)(A) of Title 33,

(B) any element, compound, mixture, solution, or substance designated pursuant to section 9602 of this title,

(C) any hazardous waste having the characteristics identified under or listed pursuant to section 3001 of the Solid Waste Disposal Act [42 U.S.C.A. § 6921] (but not including any waste the regulation of which under the Solid Waste Disposal Act [42 U.S.C.A. § 6901 et seq.] has been suspended by Act of Congress),

D) any toxic pollutant listed under section 1317(a) of Title 33,

(E) any hazardous air pollutant listed under section 112 of the Clean Air Act [42 U.S.C.A. § 7412], and

(F) any imminently hazardous chemical substance or mixture with respect to which the Administrator has taken action pursuant to section 2606 of Title 15.

The term does not include petroleum, including crude oil or any fraction there of which is not otherwise specifically listed or designated as a hazardous substance under subparagraphs (A) through (F) of this paragraph, and the term does not include natural gas, natural gas liquids, liquefied natural gas, or synthetic gas usable for fuel (or mixtures of natural gas and such synthetic gas)”. (42 U.S.C. § 9601 (14)):

No vamos a involucrarnos en un análisis meticuloso sobre todos los tipos de sustancias que la definición de “*hazardous substances*”

³⁸⁹ Ferrey, *Environmental Law...*, 376.

³⁹⁰ *Ibid.*, 376.

abarca desde el literal a) al f), en atención al orden de importancia que atañe al objeto de nuestro estudio. Lo que hasta aquí podemos colegir, es que una “*release*” de casi cualquier químico tóxico o peligroso o mezcla en el ambiente puede poner en marcha es sistema instituido por CERCLA. Nos parece que esta norma se interconecta con la Directiva 2004/35/CE y la LRM en el sentido de que en estas últimas, también se habla de “*cualquier contaminación*” a causa de sustancias, preparados, depósitos, vertidos, de organismos, microorganismos (*artículo 2.1.d LRM y artículo 2.1.c Directiva 2004/35/CE*), que CERCLA, también alude en su descripción. No obstante, una diferencia que denotamos entre estas normativas -*angloamericana y occidental*-, es que CERCLA se refiere a cualquier contaminante peligroso que contamine el aire de acuerdo a la CAA que las otras normas no lo incluyen. Asimismo, CERCLA, según su literal c), incluía a cualquier residuo peligroso que cumpliera con las características identificadas en la SWDA, aunque no cualquier residuo, que estaba bajo su ámbito de aplicación, pero que por un “*Act of Congress*” ya no está vigente. Hoy, la “*Resource Conservation and Recovery Act*” o “*RCRA*”,³⁹¹

³⁹¹ La “*RCRA*” fue promulgada en 1976. Establece un esquema integral para la regulación federal de desechos/residuos sólidos y peligrosos, con el fin de reducir su generación y así proteger la salud humana y el ambiente. El estatuto establece normas que rigen la generación, el tratamiento, el almacenamiento, el transporte y la eliminación de residuos peligrosos. El ámbito de regulación de la RCRA regula: 1.- “*Treatment, Storage, and Disposal Facilities*” (*Instalaciones de tratamiento, almacenamiento y eliminación*): El RCRA establece los requisitos para que los operadores de “*facilities*” que tratan, almacenan o eliminan “*hazardous wastes*” puedan obtener un permiso. La “*facility*” debe cumplir con las normas de diseño, operación, desempeño, seguro, limpieza y responsabilidad financiera emitidas por la EPA (*es la entidad autorizada por el “statute” para emitir las normas necesarias para proteger la salud humana y el ambiente*) (42 U.S.C. § 6922, a) y con las “*operation standards*” (*normas de funcionamiento*). Así por ejemplo: los vertederos y los embalses superficiales deben monitorear continuamente la calidad de cualquier lixiviado (*líquido que se filtra a través del relleno recogiendo productos químicos tóxicos*) de la “*facility*” y la calidad de las aguas subterráneas que rodean la instalación. Si el nivel de un producto químico sospechoso adyacente al agua subterránea excede los niveles de referencia, entonces el “*permittee*” (*quien goza del permiso*) puede ser obligado a tomar una “*corrective action*” (*acción correctiva*) para limpiar los contaminantes que se escapan; 2.- *Leaking Underground Storage Tanks* (*Fugas de tanques de almacenamiento subterráneo*).- El RCRA también regula los “*underground storage tanks*” o “*USTs*”, que contienen *petróleo, sustancias basadas en petróleo* o sustancias peligrosas (*los tanques que contienen desechos peligrosos se consideran instalaciones de desechos peligrosos y están cubiertos por el*

es la que regula los “*hazardous wastes*”.³⁹² Esta Act, también incluye “*defenses*” como las demás y las respectivas sanciones penales,³⁹³ ante su incumplimiento. Mientras tanto, en el ordenamiento jurídico español, de manera similar, esto correspondería al ámbito de aplicación de la Ley de Residuos Sólidos.

Lo que sopesamos y denotamos relevante en la definición de “*hazardous wastes*” incorporada por CERCLA, es su segundo apartado. A partir de éste emanarían las “*exceptions*” que para

programa de acciones correctivas). Los “*USTs*” deben cumplir con las normas previstas para prevenir, detectar y limpiar las fugas (*subtítulo I*). Vid., Kyle Crawford et al., «*Environmental Crimes*», 1210.

³⁹² De conformidad con la “*RCRA*”, son los primeros “*solid wastes*” que luego son determinados como peligrosos, ya que pueden causar enfermedades graves o muertes o representan una amenaza sustancial para la salud humana o el ambiente. El término “*solid waste*” incluye casi cualquier tipo de residuo, excepto los gases que no están en contenedores. La EPA ha promulgado regulaciones que definen los “*hazardous wastes*” y los identifica de la siguiente manera: 1) Sustancias o componentes específicamente enumerados en los estatutos; 2) Residuos que cumplan uno o más de estos cuatro criterios: ignición, corrosividad, reactividad o toxicidad; 3) Sustancias que son determinadas mediante pruebas realizadas por el generador para poseer características peligrosas. En la práctica, la mayoría de los desechos son identificados como peligrosos bajo el primer método, por estar específicamente enumerados por la EPA. El RCRA ha sido considerado como un esquema regulador “*cradle-to-grave*” (desde “*la cuna hasta la tumba*”) para los “*hazardous waste*”. El apotegma “*cradle-to-grave*” ha sido criticado por ciertos doctrinarios considerando que es erróneo ya que la “*Cradle*” comienza simplemente en el punto en que una sustancia está determinada a ser un “*waste*”, aunque tal sustancia pudo haber tenido una larga historia como sustancia potencialmente tóxica o peligrosa en su uso como materia prima, intermediaria o incluso como un producto final en la corriente industrial. Niegan que sea preciso afirmar que existe una “*grave*” para los “*hazardous waste*”, pues muchos conservan sus características peligrosas incluso después de su almacenamiento o eliminación, ya que ningún método de eliminación utilizado puede garantizar que los residuos queden aislados del ambiente para siempre. Las únicas soluciones realmente permanentes son la conversión química a sustancias no tóxicas y la destrucción completa. *Ibid.*, 1210.

³⁹³ La RCRA contiene dos disposiciones penales separadas: a) Una que impone responsabilidad a las personas que con intención violaron la “*RCRA*” (“*knowingly violate*”); b) Otra que impone sanciones penales porque la persona conocía que se está poniendo en peligro (“*knowing endangerment*”). Vid., *ibid.*, 1212-1213.

mejor comprensión del lector, las detallamos de la siguiente manera:

- No se enmarcan dentro de las “*hazardous substances*” enumeradas desde el literal a) hasta el f), y en consecuencia directa de lo que dispone este estatuto, quedan fuera de su ámbito de aplicación, los casos de contaminación por petróleo.³⁹⁴
- El término tampoco incluye al gas natural, líquidos de gas natural, gas natural licuado o gas sintético utilizable como combustible (*o mezclas de gas natural y gas sintético*).
- El último párrafo de la norma § 9601(14)), excluye de la definición a cualquier “*petróleo, incluido el petróleo crudo o cualquier fracción del mismo que no esté específicamente enumerada o designada como sustancia peligrosa...*”. Sin embargo, si el petróleo o sus productos son mezclados con otras “*hazardous substances*”, la mezcla es considerada como “*hazardous*”. Por ejemplo, el aceite de motor usado drenado de los motores de los automóviles en las unidades de refrigeración tiene altos niveles de metales tóxicos y otros contaminantes. Ya no es puro o petróleo virgen, sino una combinación de petróleo y contaminantes. Por lo tanto, la mezcla completa es una “*hazardous substance*”. De manera similar, los aceites de transformadores cargados de PCB que se han adulterado con PCBs, dejan de ser petróleo puro y vendrían a ser considerados como “*hazardous substances*”. Por lo tanto, es necesario determinar si se trata del denominado petróleo virgen o de un producto de petróleo adulterado, mezcla o derivado que se libera.³⁹⁵
- CERCLA está dirigida para cubrir situaciones específicas. De la propia definición del término “*hazardous substance*”, se denota que la expansión de la contaminación

³⁹⁴ Cf. 42 U.S.C. § 9601.14. “*The term “hazardous substance”... does not include petroleum, including crude oil or any fraction thereof which is not otherwise specifically listed or designated as a hazardous substance under subparagraphs (A) through (F) of this paragraph, and the term does not include natural gas, natural gas liquids, liquefied natural gas, or synthetic gas usable for fuel (or mixtures of natural gas and such synthetic gas)*”.

³⁹⁵ Ferrey, *Environmental Law...*, 388.

resultante de actividades tales como la refinación de petróleo, derrames de gasolineras y fugas de tuberías de gas natural no están cubiertas por “CERCLA”.³⁹⁶

Las “oil releases” o emisiones de petróleo son muy comunes. Existen muchos tanques subterráneos de almacenamiento de petróleo en los EE.UU. (*incluso la mayoría de las estaciones de gasolina tienen tanques subterráneos para gasolina y diesel*). Estos tanques históricamente han sido de construcción metálica de una sola pared, pero al ser la gasolina corrosiva, con el paso del tiempo, muchos de los tanques se han filtrado. Incluso, si el tanque no tiene fugas, las tuberías y accesorios utilizados para filtrar y extraer la gasolina y los aceites de dichos tanques, funcionan a presión, lo cual puede provocar una fuga de petróleo en el ambiente. No obstante, ***ninguna persona podría ser responsable por un derrame de petróleo bajo CERCLA***. Sin embargo, se debe notificar a la EPA (CERCLA (42 U.S.C. §9603) las “oil releases”, pero sólo si exceden la cantidad reportable identificada en el “Code of Federal Regulations (la cantidad reportable del químico liberado es de 10 galones. Por lo tanto, si se ha liberado más de esa cantidad o si ésta es indeterminable)”, aunque no va a existir ninguna responsabilidad de limpieza. La notificación a la EPA, cuando existe una “release of hazardous substance” debe ser inmediata, caso contrario las sanciones son sustanciales. La EPA puede tomar una acción inmediata si determina que existe una puesta en peligro inminente y sustancial a la salud pública o al ambiente. En la práctica, no existe alguna dificultad probatoria. Típicamente, la EPA hace una determinación, basada en la opinión de uno de los ingenieros de su personal o especialista ambiental, de que el sitio posee un riesgo.³⁹⁷

Existe algunas excepciones respecto de las “releases”. Entre ellas, las “federally permitted releases” (*emisiones permitidas federalmente*) que generalmente se refiere al agua o al aire y que están permitidas según los estatutos que rigen principalmente tales

³⁹⁶ Klass, «CERCLA, State Law», 683-686.

³⁹⁷ Vid., Ferrey, *Environmental Law...*, 387-389.

descargas, la “CWA”³⁹⁸ o la “CAA”. Descargar un componente peligroso permitido en el aire o en el agua en exceso bruto de la cantidad permitida por un permiso, viola ese permiso y no califica como una “*federally permitted release*”. Está claro, sólo las “*releases*” que cumplan con las disposiciones del permiso otorgado son consideradas como “*federally permitted releases*”. Sin embargo, esta excepción no se aplica a los permisos de uso de suelo y procesos ambientales emitidos por el “*Management, the U.S. Forest Service, o NEPA*”, porque éstos no califican dentro de las “*direct releases*” permitidas por el gobierno federal (*federally sanctioned direct releases*). Otra de las excepciones, es la “*pesticide exception*”, que se aplica únicamente a los pesticidas, la cual no afecta al escape de “*hazardous substances*” como parte de la “*manufacturing*” o “*disposal*” de los pesticidas. Esta “*pesticide exception*” (§107 CERCLA), prevé la recuperación de los “*response costs*”. No se encuentra ninguna exención similar en los artículos § 104 § 111 de CERCLA. Por lo tanto, parece que según el artículo §104, se podría gastar fondos del “*Superfund*” en la “*remediation of hazardous substances*” resultantes de la aplicación de pesticidas, pero no podría recuperar el dinero del “*Superfund*” de las personas responsables³⁹⁹ por su aplicación.⁴⁰⁰

Existen ciertos “*services station dealers*” (*distribuidores de estaciones de servicio*) reciclan el “*used oil*”, que contiene “*hazardous substances*”. De conformidad con las disposiciones del RCRA, reciclar “*used oil*” (*con “sustancias peligrosas”*), está exenta de responsabilidad de conformidad con CERCLA (42

³⁹⁸ Las “*releases*” de “*pollutants*” y “*contaminants*” de conformidad con un permiso del NPDES bajo la CWA están reconocidas como “*federally permitted releases*”. Vid., *ibíd.*, 384 y 390 (*ejemplo núm. 5 y explicación 5a*).

³⁹⁹ *Ibíd.*, 376 - 377.

⁴⁰⁰ Es de destacar que el principal estatuto de plaguicidas, FIFRA, no contiene una autoridad clara para que el gobierno solucione la contaminación del agua subterránea resultante de las “*releases*” de pesticidas registrados. Sin embargo, el “*Common Law*” y los “*state statutory remedies*” están expresamente preservados (*CERCLA section 107.i*). En la medida en que existan los “*state or common law remedies*”, éstos pueden proporcionar una “*cause of action*” con respecto a la contaminación por pesticidas en los casos en los que CERCLA no lo hace. Sobre este tema, *vid.*, *ibíd.*, 377.

U.S.C. § 9601 (37) y 9614 (c)(1)).⁴⁰¹ Sin embargo, sobre este tema se han cuestionado dos asuntos:⁴⁰²

- a) *¿Qué sucede si alguien actúa como una “facility” (una estación de servicio) y recicla correctamente el “used oil” en una “facility” autorizada de reciclaje?* Si la respuesta es afirmativa, la excepción de responsabilidad aplicaría, pero, si la respuesta es negativa, la excepción no aplica.
- b) *Cuál es la fecha en la cual debería prosperar la excepción.* La excepción de CERCLA 107 (37) fue adherida por SARA en 1986. La excepción de la estación de servicio entraría en vigencia a partir de la promulgación de la SWDA (RCRA-1976) (42 USC 9614 (c) (4)). Existe una presunción respecto de la retroactividad en la aplicación de los estatutos. Además, ha estado presente el argumento de que la nueva regulación simplemente aclara, pero no altera la responsabilidad de los recicladores del “used oil” de las estaciones de servicio. Por lo tanto, podría aplicarse pre-1986. En cualquier caso, las actividades de reciclaje de “used oil” antes de ser “recycling facilities” de reciclaje en términos de la RCRA no calificarían para la excepción. Si una persona comenzó a reciclar por ejemplo en el año 1970 (seis años antes de la promulgación de la RCRA), podría no haber cumplido con los requisitos para la excepción de responsabilidad.

“CERCLA” no es la única norma que regula la contaminación por “releases” de “hazardous substances”, pero hay que destacar que ha sido y es un estatuto muy importante cuando de casos de contaminación se trata. Además, proporciona antecedentes legales en casi todos ellos. Una introducción significativa que hizo en CERCLA, fue la autorización para los Estados y las “tribes”, puedan recuperar los “costs of responding” ante la presencia de una “release of a hazardous substance”⁴⁰³ (42 U.S.C. § 9607 (A)).

“Facility” (42 U.S.C. §9601(9)): Tal como CERCLA define, una

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ibid., 384 y 389-390 (Ejemplo núm. 4 y explicación núm. 4).

⁴⁰³ Pendergrass, «Legal Background», 5-6.

“*facility*” incluye:

“a) Any building, structure, installation, equipment, pipe or pipeline (including any pipe into a sewer or publicly owned treatment works), well, pit, pond, lagoon, impoundment, ditch, landfill, storage container, motor vehicle, rolling stock, or aircraft.

*b) Any site or area where a hazardous substance has been deposited, stored, disposed of, or placed, or otherwise come to be located; but does not include any consumer product in consumer use or any vessel”.*⁴⁰⁴

La “*facility*” de conformidad con la definición de CERCLA no requiere haber sido “*a treatment, storage, or disposal facility*” tal como está definida en la RCRA, es decir, que ésta alguna vez haya manejado desechos peligrosos de conformidad con un permiso otorgado bajo la RCRA, o que alguna vez haya sido destinada para tales fines. Por el contrario, una “*facility*” es cualquier lugar, independientemente de los límites geográficos o límites en las escrituras de propiedad, donde las sustancias peligrosas han llegado a localizarse por algún motivo. Por lo tanto, una “*facility*” no es una definición precisa del tipo de uso del suelo como una descripción inclusiva de un lugar donde la EPA puede actuar bajo el paraguas de CERCLA ni respecta a qué responsabilidad individual pueda ser impuesta. El hecho de que una persona nunca haya manejado desechos peligrosos no tiene ninguna relevancia según lo determina CERCLA, ni tampoco si su propiedad pudiese llegar a ser una “*facility*”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Por la trascendencia de la norma hemos decidido traducirla de la siguiente manera: “*a) Cualquier edificio, estructura, instalación, equipo, tubería o tubería (incluyendo cualquier tubería en una alcantarilla o obras de tratamiento de propiedad pública), pozo, estanque, laguna, embalse, zanja, vertedero, contenedor de almacenamiento, vehículo de motor, material rodante o aeronave, o b) Cualquier sitio o área donde una sustancia peligrosa ha sido depositada, almacenada, eliminada o colocada, o de lo contrario llega a ubicarse; pero no incluye ningún producto de consumo en el uso del consumidor o cualquier recipiente”.*

⁴⁰⁵ Ferrey, *Environmental Law...*, 389.

James Florio,⁴⁰⁶ ha considerado que la definición de “*facility*” es intencionalmente expansiva. Asimismo, lo subraya la jurisprudencia, la cual explícitamente define a una “*facility*”, como cualquier sitio o área donde una “*hazardous substance*” se haya depositado, almacenado, eliminado o de alguna otra forma ha llegado a ser localizada. El término “*facility*” incluye cada lugar donde las “*hazardous substances*” llegan a ser localizadas.⁴⁰⁷ Por ejemplo, el término incluye las zanjas de la orilla del camino donde el petróleo contaminado se propagó.⁴⁰⁸ Una “*facility*” trasciende los límites de la propiedad normal. Las “*Noncontiguous facilities*” o instalaciones no contiguas pueden ser tratadas como una sola “*facility*” cuando están razonablemente relacionadas con la base de la geografía o la amenaza actual o potencial para la salud pública, el bienestar público o el ambiente.⁴⁰⁹

a.1 Diferencias entre “RCRA” y “CERCLA”

Existen algunas diferencias notables respecto de los “*hazardous wastes*” regulados por el RCRA (*en el subtítulo C*) y CERCLA, a saber:⁴¹⁰

- Mientras el RCRA trata el manejo o administración de los residuos peligrosos o “*hazardous wastes*”; CERCLA, regula la “*remediation*” de los “*spills or releases*” de las “*hazardous substances*”. Es una ley federal sustitutiva o en adición al “*Common Law*” para asignar responsabilidad para la reparación por las “*hazardous substance*”. Designa quien es potencialmente responsable para realizar la limpieza de las áreas contaminadas existentes. Ha sido una de los más activamente utilizados y el estatuto ambiental más litigado. Es el pilar del Derecho Ambiental y el objeto de ataque de sus detractores. Cerca de 40.000 sitios identificados por “*hazardous substances*” están directamente afectados por este “*statute*”.

⁴⁰⁶ James Florio, citado por Ferrey, *Environmental Law...*, 375.

⁴⁰⁷ Ver *United States v. Conservation Chemical Co.*, 619 F. Supp. 162, 185 (W.D. Mo. 1985).

⁴⁰⁸ Veáse, *United States v. Ward*, 618 F. Supp. 884, 895 (E.D.N.C. 1985).

⁴⁰⁹ Veáse, *United States v. Bell Petroleum Services, Inc*, 31 ERC 1365, 1366 (W.D. Tex. 1989).

⁴¹⁰ Ferrey, *Environmental Law...*, 367- 371.

- Los “*Wastes*” son definidos por el RCRA en relación con ciertas características primarias peligrosas. Los “*hazardous wastes*” son un subgrupo de los “*solid wastes*”, los cuales incluyen todos los “*wastes*”. CERCLA, en cambio, no trata sobre todos los “*wastes*” per sé. Se preocupa de las “*hazardous substances*”, las cuales no necesitan ser “*wastes*” en los términos definidos por el RCRA. Las “*substances*” son un universo potencial más largo que los “*residuos*” o “*wastes*”.
- CERCLA incluye la lista de “*hazardous wastes*” del RCRA, pero también incluye los químicos peligrosos regulados por la “*Clean Water Act*” o “*CWA*”, un mínimo de 189 contaminantes peligrosos del aire bajo la “*Clean Air Act*” o “*CAA*” y sustancias reguladas bajo el “*Toxic Substances Control Act*” o “*TSCA*”.
- Si bien CERCLA es integral, también es “*not all-inclusive*”, es decir, no incluye todo. Se excluye de su cobertura el petróleo -por razones políticas y por estar regulado en otra parte, pues es concebido como material nuclear- y el “*recyclable material*”.⁴¹¹
- Generalmente cuando el Congreso desea aumentar el nivel de regulación en un área ambiental, modifica y refuerza un estatuto existente, en lugar de promulgar leyes separadas. La pregunta lógica es ¿Si la RCRA fue promulgada en 1979 para abordar los “*hazardous wastes*”, por qué se necesitó luego una nueva legislación, la de CERCLA? La respuesta radica en que con un esquema más completo se podría abordar las diferentes categorías de las sustancias cubiertas. El enfoque de CERCLA es “*retrospective*”, para abordar y remediar los problemas demostrados de las prácticas

⁴¹¹ En 1999, CERCLA fue enmendada por el “*Superfund Recycling Equity Act*” (107 (a) (3) (4)) para exceptuar a ciertos “*arrangers*” (*arreglistas u organizadores*) y transportistas de material reciclable de la responsabilidad que CERCLA establece. “*Recyclable Materials*” incluyen scrap paper, plastic, glass, textiles, rubber (other than whole tires), metal, used betterires, it does not include PCBs (*papel de desecho, plástico, vidrio, textiles, caucho (que no sean neumáticos enteros), metal, mejores usos, no incluye PCBs*). Vid., Ferrey, *Environmental Law...*, 370.

anteriores, mientras que el de la mayoría de los estatutos ambientales, entre ellos RCRA es “*prospective*”, en el manejo actual y administración tanto de los flujos de los “*hazardous wastes*” como de los “*solid wastes*”.

- El RCRA contiene disposiciones aisladas (*como su artículo 7003*), para abordar cautelosamente las consecuencias de las prácticas pasadas en cuanto a la gestión de los residuos, lo cual no es su principal impulso. En la vida de una sustancia regulada, los requisitos del RCRA no se unen hasta que una sustancia se libere al ambiente y llegue a ser un problema. Mientras tanto, otros estatutos ambientales incluso más importantes regulan o proporcionan permisos a los operadores que desean emitir algún tipo de contaminación al aire o al agua o planean manipular sustancias químicas tóxicas. CERCLA regula las liberaciones tóxicas que ya han ocurrido o están amenazando con ocurrir. Se conecta tarde en la vida de una sustancia química y se aplica retrospectivamente. A diferencia de muchos otros estatutos ambientales primarios, CERCLA a menudo regula las emisiones no intencionales y las “*releases of hazardous substances*”, en lugar de las emisiones planificadas o permitidas.
- Para diferenciar de otra manera a CERCLA del RCRA se debe atender al ciclo de vida de un químico. En el cuadro que se expone a continuación se representa el ciclo de vida desde la creación de un material hasta su “*disposal*”. El RCRA se adhiere a la fase 4 en la línea de tiempo de la vida de una sustancia. La autoridad del RCRA depende de la evolución de la sustancia en el estado del “*waste*”, mientras que CERCLA, puede aplicarse en cualquier punto del ciclo de vida de la sustancia, dependiendo de cuando la sustancia es liberada al ambiente. El RCRA es activado por el “*status*” -*la categorización de una sustancia como un “waste”*-. CERCLA gira sobre la “*action of release*” de una “*hazardous substance*”. La acción de liberar una “*hazardous substance*” es distinta de la “*hazardous substance*” que llega a ser un “*waste material*” durante su ciclo de vida natural.

Stages in a chemical's lifecycle (etapas en el ciclo de vida de un químico):



Los puntos de los principales estatutos federales que entran en juego en la cadena de uso de una sustancia:⁴¹²



a.2 Distinciones entre “CERCLA” y otros “Statutes”

CERCLA se diferencia de otros “*statutes*” como la CAA, la CWA y el RCRA en razón de que éstos últimos regulan personas, a los “*facility operators o material handlers*” (*operadores de instalaciones o manejadores de material*), mientras que la primera regula lugares. En otras palabras, CERCLA se aplica cuando una particular “*hazardous substance*” es o han sido liberada al ambiente a un lugar particular conocido como “*facility*”. A pesar de que CERCLA es un estatuto amplio y general, que abarca y toma prestado elementos de otros estatutos ambientales, es totalmente diferente en su enfoque. Las diferencias que existen con los demás “*statutes*” son importantes considerar para adaptar a CERCLA en el marco de los diversos estatutos ambientales:⁴¹³

- CERCLA es indiscriminada e inclusivamente multimedia en su alcance y definición de “*hazardous substances*” (*menos el petróleo ni sus derivados*). Cualquier sustancia que fuese “*hazardous contaminant*”, sin importar cuál sea su entorno ambiental (*contaminante del suelo, contaminante del agua o contaminante del aire*) se rige por CERCLA,

⁴¹² Ibid., 369.

⁴¹³ Ibid., 371-372.

independientemente del medio en el cual sea encontrada, en una instalación determinada.

- Una sustancia está regulada por CERCLA incluso si contamina otro medio distinto de aquel que está regulado como *“toxic or hazardous”* por otros estatutos. Así por ejemplo, el asbesto, que está reconocido como un *“hazardous waste”* en el RCRA, pero en realidad es un *“toxic air pollutant”* (contaminante tóxico del aire). De conformidad con CERCLA, el asbesto es accionable si es liberado en cualquier medio *-aire, agua o tierra-*, aunque no sea desechado en la tierra no es un *“hazardous waste”* de los del RCRA (en el subtítulo C). Esta falta de integración consistente de CERCLA debe ajustarse con otros estatutos.
- CERCLA consagra la *“private right of action”* o *“derecho de acción privada”*, para que personas individuales busquen compensación financiera por sus costos de limpieza (*las lesiones personales no están cubiertas*). La CAA, CWA y RCRA no consagran tal derecho. Lo que permiten es entablar demandas ciudadanas, mediante las cuales quienes demandan logren hacer cumplir los límites o las prácticas de emisión. No obstante, estas acciones de ejecución o cumplimiento privadas no permiten que los *“daños”* sean recuperados en forma privada. Solamente caben las *“equitable injunctions for enforcement”* y el cobro de *“penalties”* por violaciones de un estatuto (*aunque bajo la CAA y la CWA, las Cortes han permitido que algunos “penalty funds” sean reservados en fideicomisos privados, para ser administrados en algunos casos por los demandantes para la restauración ambiental o educación*).
- CERCLA permite tanto los derechos de acción privados como la recuperación en dólares para los costos de limpieza, aunque las demandas técnicamente son hechas mediante una acción equitativa para la restitución, en lugar del *“Tort Law”* (*el gobierno pero no las partes privadas, bajo CERCLA, pueden recuperar por daños a los recursos naturales*).

1.16 Formalidades del “daño ambiental” instituido en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM

Como una manera de enfrentarse a las insuficiencias que el Derecho Civil *-tradicional-*, presenta en el campo ambiental, se han agregado e implantado exigencias nuevas, con el fin de contrarrestar los problemas que versan sobre el ambiente, particularmente ante los daños que pudiesen recaer sobre éste y que el sistema clásico exhibe vacíos legales o se ha quedado corto a la hora de resolverlos. Es así que, el Parlamento Europeo y el Consejo, en el ámbito comunitario, y el legislador español, en el orden estatal interno, han considerado que un “*daño ambiental*” se configura como tal y como efecto consecuente deberá ser reparado/restaurado, únicamente, si el cambio o perjuicio producidos sobre los recursos naturales definidos por la Directiva 2004/35/CE y la LRM, cumplen con determinadas características o formalidades, ajenas o impropias al daño del que trata el Código Civil, y que además no las podría exigir por estar el ambiente lacónico en su ámbito de protección y no ser además el objeto central de preocupación para el cual fueron constituidas sus normas.

El sistema clásico de protección ante daños, se consolida principalmente en virtud de la “*certeza*” del daño, uno de los factores más controversiales en el caso de un “*daño ambiental*”, por el carácter difuso que la mayoría de éstos presentan. Aún así, determinada la certeza, es decir, que el daño existe de primer momento, el carácter de resarcible, no va implícito en él. La simple existencia de un “*daño*” no lo hace reparable, ya sabemos que ha de cumplir ciertos requisitos.

La diversidad biológica y el ambiente como un todo, quedan cubiertos en parte. No obstante, el fin de protección de la norma, tanto de la Directiva 2004/35/CE y la LRM, delimita además en qué estado ha de estar esa parte *-de la naturaleza-* para poder estar bajo el manto de amparo y defensa que brinda el sistema de responsabilidad previsto por aquellas. Sin embargo, no basta que el cambio sea “*adverso*” y “*mensurable*” del recurso natural o el perjuicio también “*mensurable*” de los servicios⁴¹⁴ que éste preste,

⁴¹⁴ Cf. Directiva 2004/35/CE, artículo 2 “*Definiciones*”, número 13 y LRM, artículo 2 “*Definiciones*”, número 18.

sino que además, ese daño ha de cumplir con un requisito extra. Los daños a los recursos naturales para que alcancen la categoría de “*daño ambiental*”, han de provocar efectos “*significativos*”. Redacción y mandato expresos de la normativa de responsabilidad ambiental aludida.

Tanto en el orden civil como en el ambiental, la Directiva 2004/35/CE y la LRM, han incluido algunas exigencias, también con carácter “*sin qua non*”. Así, para que exista un “*daño ambiental*”, susceptible de ser además “*reparado*”, -según la Directiva 2004/35/CE y la LRM-, aquel deberá cumplir con las siguientes características:

Los requisitos que deben acompañar a ese “*cambio*” o “*perjuicio*”⁴¹⁵ son imprescindibles, así lo exigen tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM. En términos más jurídicos, diremos que son de carácter “*sine qua non*”. A partir de aquí, el articulado legal de ambas normas, orienta a desplegar que son tres los requisitos que deben acompañar a un “*daño*” para determinar que es ciertamente un “*daño ambiental*”. Estos son:

1.- Sea “*adverso*”, según todos los tipos de recursos naturales que la Directiva 2004/35/CE y la LRM (*especies silvestres y hábitats; agua; suelo y ribera del mar y las rías - caso exclusivo de la LRM-*) contemplan (*artículo 2.1 de ambas*).

2.- Sea “*mensurable*”, es decir, que pueda afectar a la calidad o cantidad del recurso.

3.- Sea “*significativo*”, en consideración a la repercusión “*magna*” que conlleve a calificarlo como tal.

⁴¹⁵ Ruda González, *El daño...*, 99. El autor hace hincapié en la colectividad del daño, para enfatizar que como este carácter puede además, “*...influir en el juicio valorativo relativo al carácter perjudicial del daño. Por ejemplo un incendio forestal sería deseable si ayudase al bosque en cuestión a seguir su ciclo ecológico. Con esto se abriría la puerta para que se tenga en cuenta la aplicación de la regla de *compesatio lucri cum damno*, y se tenga presente no sólo los aspectos desfavorables de la alteración ambiental sino también los positivos*”.

Si faltase alguno de estos elementos, será imposible decir que estamos ante un “*daño ambiental*”, por el carácter esencial que hemos resaltado en cuanto a su presencia.⁴¹⁶ Podría tratarse sin duda, de un menoscabo, un perjuicio o un daño sin más, que incluso lo llevaría a enmarcarse dentro del ámbito de protección de alguna otra área especial del Derecho (*civil, administrativo, o incluso penal*), pero no será un de ninguna manera un “*daño ambiental*” ni estará sujeto al ámbito de protección del régimen de responsabilidad ambiental -*Derecho Ambiental en general*-.

Para esquematizar el problema que se ha presentado, antes que nada, denotamos que la Directiva 2004/35/CE y la LRM proporcionan criterios diferentes, combinando dos enfoques antiéticos -*ecocéntricos y antropocéntricos*- para determinar que existe un “*daño ambiental*”, pero asignándolos en atención a cada recurso natural que han determinado proteger; los criterios difieren entre sí:

d.1) En cuanto las especies silvestres y hábitats, debe producirse efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de éstos (*artículo 2.1.a Directiva 2004/35/CE y LRM*).

d.2) En relación con las aguas, debe generarse un efecto adverso significativo sobre el llamado estado ecológico o el potencial ecológico (*artículo 2.1.b Directiva 2004/35/CE y LRM*). La LRM incorpora otro criterio en atención a un nuevo recurso natural introducido en ella: la **ribera del mar y de las rías**, exigiendo que se produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como otros que dificulten o imposibiliten conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquella (*artículo 2.1.c LRM*).

d.3) En cuanto al suelo, sólo si proviene de una contaminación que suponga un riesgo significativo de efectos adversos para la salud humana (*artículo 2.1.c Directiva 2004/35/CE*). La LRM corrigió esta deficiencia e

⁴¹⁶ Pedraza Laynez, La responsabilidad..., 70-71.

incorporó que dicha contaminación ha de suponer un riesgo también para el ambiente (*artículo 2.1.d*).

Los supuestos de “*daños a las aguas*” o a las “*especies silvestres y hábitats protegidos*” (*biodiversidad*) reflejan la óptima ecocéntrica del ambiente, totalmente contradictoria con la concepción antropocéntrica utilizada y determinante para al definir los daños al suelo. Tanto en el primero como en el segundo supuesto de daños, éstos importan *per sé*, nada se dice si éste repercute o conlleva un riesgo para la salud de las personas, como ocurriría con la contaminación de un acuífero por ejemplo. Todo lo contrario sucede con el tercer supuesto, con el suelo, en el que un daño se produciría por la contaminación, condicionándolo a la alineación de los daños con el riesgo de afectación de la salud humana (*Directiva y LRM*), o del ambiente (*tal como lo ha incorporado únicamente la LRM*). Aún así, la salud humana no está concebida como un bien jurídico protegido que forma parte del daño, sino como un requisito sin el cual no puede ser categorizado el daño como tal.

a) El “cambio debe ser adverso”

La adversabilidad del cambio producido a los recursos naturales o del perjuicio provocado a los servicios o funciones que éstos desempeñan en todas sus variantes (*artículo 2.12 Directiva y artículo 2.17 LRM -excluyendo a la atmósfera-*), tiene que ver con la estructura del elemento ambiental o con su funcionalidad. Explícitamente, la Directiva 2004/35/CE y la LRM, demuestran y exigen como ese cambio o pérdida de funcionalidad debe recaer material o estructuralmente sobre cada recurso natural para que pueda entrar en la categoría de “*daño ambiental*”. Es uno de los requisitos que garantizará la reparación de dicho daño.

A pesar de que al estudiar al “*daño ambiental*”, ya destacamos los cambios que cada recurso natural debe presentar para ser considerado como tal, a manera de *recorderis*, destacamos que en el caso de las especies silvestres y de los hábitats naturales protegidos, se debe ver afectada la estructura o las características estos bienes jurídicos; en cuanto a las aguas, es el estado ecológico químico y cuantitativo el que debe presentar efectos adversos negativos; y cuando se trate de la fauna y flora silvestres así como en el supuesto

de daño al mar o de las rías, los negatividad de los efectos del daño recaerá sobre su integridad física y su adecuada conservación. Mientras tanto, al hablar de los servicios que cada recurso natural presta, ese cambio adverso, podría revelarse a partir de su funcionalidad, es decir, de la posibilidad que tiene cada recurso, de cumplir o no, con su función.

Despuntamos esta pequeña separación en la explicación, porque la idea del cambio funcional es el centro neurálgico de toda la filosofía del “*daño ambiental*”. Es más, el cambio material o estructural, se torna relevante sólo cuando haya alterado la función de un elemento ambiental determinado. Los ejemplos los podemos deducir o extraer de la propia definición de “*daño ambiental*” que la normativa de responsabilidad ambiental brinda (*artículo 2.1 Directiva 2004/35/CE y LRM*). De la propia definición de “*daños a las especies silvestres y a los hábitats*” que de manera similar la han incorporado las normas aludidas, podemos colegir que el daño se materializa no por el “*cambio adverso*” en sí, sino por el efecto adverso que dicho cambio provocó en la función del elemento ambiental considerado.⁴¹⁷ En efecto, existirá “*daño ambiental*” en el momento en el que las especies silvestres o los hábitats ya no tengan “*la posibilidad de alcanzar o mantener aquel estado favorable de conservación*” (*artículo 2.1, a) Directiva 2004/35/CE y LRM*). De igual manera sucede con las aguas, será adverso en tanto se altere su estado ecológico, químico y cuantitativo, etc. El suelo, tiene un efecto distinto, ya que se refiere la normativa a efectos adversos que por efectos de la contaminación (*depósito, vertido de sustancias, preparados, etc.*), se afecte a la salud de las personas o al ambiente (*LRM*). Aquí, solamente la LRM alude a la adversabilidad que esa contaminación puede ser para el ambiente como tal.

Está claro la afectación material o funcional que los recursos naturales deben sufrir para ser considerados como “*daños ambientales*”. Lo que no brinda abundante luz, es que al definir el “*daño*”, la Directiva 2004/35/CE y la LRM, no determina el tipo de afección del que se trata cuando hablamos de daños que han recaído o pudiesen recaer sobre los recursos naturales que dicha normativa protege. De manera más simple, la norma comunitaria como la

⁴¹⁷ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 625-626.

estatal española, con el fin de definir su ámbito de aplicación y el alcance de su régimen de responsabilidad, no han acogido el criterio que permita distinguir los daños en función de la titularidad de los bienes a los que afectan (*artículo 2.12 Directiva y artículo 2.17 LRM*). No se sabe si éstos afectan a recursos de propiedad de una persona o no. Principalmente, cuando hablamos de los “*daños al suelo*”, no se hace una clara ni expresa distinción respecto de la titularidad, es decir, si se regula a este recurso natural en tanto es de propiedad del Estado o también por pertenecer a sujetos privados. Ocurre exactamente lo mismo cuando se trata de bosques, aguas o hábitats protegidos, pertenecientes a sujetos privados. De ahí, que algunos, denoten y resalten que el enfoque de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM es ciertamente, ecocéntrico.⁴¹⁸

Ya hemos descrito en qué consiste la “*adversabilidad*”, pero nos olvidamos de algo importante: ¿*Qué significa realmente el término “adverso”*? En primer lugar, hay que denotar que este requisito -*de que la alteración sea perjudicial o negativa*- está presente en otras normas que instauran responsabilidad por daños al ambiente, razón por la cual, el criterio que debe seguirse para concluir si se cumple o no con dicho requisito, no suele acatarse. En segundo lugar, ya centrándonos en la propia noción, lamentablemente, en cuanto al carácter adverso del efecto que el daño trae consigo, las disposiciones legales contenidas tanto en la Directiva 2004/35/CE como en la LRM, no delimitan su alcance ni definen lo que debe entenderse por esta característica, siendo además obligatoria.

Ruda González,⁴¹⁹ también hace hincapié en que lo que haría falta es un criterio que permitiese calificar determinada alteración del ambiente como adversa, negativa o perjudicial, en definitiva, como un menoscabo, quebranto, deterioro o pérdida. Sin duda, no parece ser nada fácil concretar la propia idea de perjuicio en el caso del ambiente y la mayoría de la doctrina alude a este problema. Eleva su crítica respecto a esta exigencia, en el sentido de que existe una “*falta un criterio que permitiese calificar la alteración del ambiente en cuestión como adversa, negativa o perjudicial, en definitiva, como un menoscabo, quebranto, deterioro o pérdida*” que logre activar el sistema de prevención, evitación y restauración.

⁴¹⁸ Ruda González, *El daño...*, 97.

⁴¹⁹ Cf. Ruda González, *El daño...*, 97 y 99.

No obstante, alega que, en términos generales, al aludir a un cambio con el calificativo de “*adverso*”, se filigrana la idea de una transformación negativa, cuyo resultado será el deterioro experimentado por el recurso natural considerado, a consecuencia del suceso dañoso.⁴²⁰ No existe un criterio que determine cuándo la alteración es dañina o negativa; en última instancia, cuándo cumple verdaderamente con la “*adversidad*” exigida por la normativa, que permia determinar que se trata efectivamente de un “*daño ecológico puro*” y que a su vez, sería susceptible de reparación. Es una limitación difícil,⁴²¹ en la que de adoptarse un consenso social o un enfoque antropocéntrico podría ser insuficiente, aunque el enfoque puramente ecocéntrico es una entelequia.

Por lo tanto, es necesario *-a ojos del autor referido-*, intentar definir el deterioro en términos ecocéntricos *-prescindiendo del criterio distintivo de calidad que supondría la adopción de un enfoque antropocéntrico-*,⁴²² para lo cual hay que centrarse en la repercusión que el deterioro tiene sobre la función natural o ecológica del ambiente, es decir, en la pérdida de servicios o funciones para el propio ambiente. Esto la Ley de montes *-en España-*⁴²³ ya lo consagró (*artículo 4. I*) y en la actualidad, constituye también el centro del visor tanto de la Directiva 2004/35/CE (*artículo 2.13*) como de la LRMA (*artículo 2.18*), mencionando en sus textos normativos que las funciones o los servicios de los recursos naturales *-bienes jurídicos protegidos-* puedan verse afectadas por un “*cambio adverso*”, cuando su funcionalidad/prestación se desempeña en beneficio de otro recurso natural o en beneficio del público en general o de la colectividad.

⁴²⁰ Ante este aspecto o vacío legal, ignorado por la normativa de responsabilidad ambiental, se podría recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que define “*Adverso*”, como: “1. *adj. Contrario, enemigo, desfavorable.* 2. *adj. desus. Opuesto materialmente a algo, o colocado enfrente de ello*”.

⁴²¹ Ruda González, *El daño...*, 97.

⁴²² Pues, desde esta óptica, se considera la pérdida de funcionalidad de los servicios de los recursos, pero su importancia radica en el desmedro ocasionado a las personas causado porque el ambiente ya no les puede ofrecer determinados servicios. Este enfoque no valor al ambiente en sí mismo de manera directa, sino por intermedio de las personas.

⁴²³ Véase, Ley 43/2003 de 21 de noviembre, de Montes (*BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003*).

El concepto de “*daño ambiental*” carece de unas directrices adecuadas de interpretación. De hecho, sobre la adversidad, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE, se ha solicitado expresamente que se revise sin demora la DRM y se reexamine la definición de “*daño medioambiental*”, sobretodo “*en lo que se refiere a los criterios para determinar los efectos adversos sobre especies y hábitats protegidos, de modo que esta sea eficaz, homogénea y funcional frente a la rápida evolución de las sustancias contaminantes producidas por las actividades industriales*”.⁴²⁴

b) El cambio debe ser “*mensurable*”

La propia normativa que estudiamos, determina que el daño debe recaer sobre algún recurso natural o producir un perjuicio “*mensurable*” a “*las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público*” (artículo 2.2 y 2.13 Directiva 2004/35/CE y artículo 2.2 y 2.18 LRM). En efecto, el “*daño ambiental*” tiene que cumplir con otra exigencia para que sea considerado como tal. Este nuevo requisito legal, se relaciona estrechamente con la reparación. Partimos de dicha exigencia normativa, en virtud de la cual, dicho cambio debe estar investido de dos caracteres, uno que lo califique como “*adverso*” y otro que lo determine como de “*mensurable*”, es decir, que pueda ser medido o valorado.⁴²⁵ No basta entonces, que el cambio o perjuicio sea lo uno o lo otro, sino simultáneamente ha de cumplir con ambas características.

Las complicaciones no se saldaron totalmente con el requisito de la “*adversabilidad*”, pues la “*mensurabilidad*” también presenta múltiples dificultades. El hecho de que tenga que ser mensurable o

⁴²⁴ Cf. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) (2016/2251(INI)). Véase, el texto aprobados sobre las Propuestas para una mayor armonización de la DRM, número 24, acceso el 6 de marzo de 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0414+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁴²⁵ Tal como lo define la RAE.

cuantificable, significa que se puede cuantificar el coste económico de la reparación de un deterioro o de la sustitución del bien dañado por otro semejante. Sin embargo, la cuantificación de determinados daños a ciertos recursos naturales va a ser muy difícil de precisar,⁴²⁶ sobretodo cuando se trate por ejemplo, de especies y hábitats únicos.⁴²⁷ Se requiere determinar *¿Cuál sería su cuantía, la suma fija mínima o el umbral para considerar que el daño es grave?* Podría parecer un poco restrictivo el alcance del artículo 2.2, tanto de la Directiva 2004/35/CE como de la LRM, al tener en cuenta sólo el impacto sobre las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que el ambiente genera.⁴²⁸ Como solución, habrá que acudir, a los criterios del Anexo I de la normativa referida, en relación con el carácter “*significativo*” de los efectos adversos producidos a las especies silvestres y hábitat (el artículo 2.1 a). I nos remite a ello).

c) El cambio debe ser “*significativo*”

La Directiva 2004/35/CE y la LRM exigen de manera cuasi unánime, que cualquier daño que se genere sobre alguno de los recursos naturales que se encuentran bajo su ámbito de protección -*independientemente regulados*-, alcanzará la categoría de “*daño ambiental*”, siempre y cuando éste produzca “*efectos adversos significativos*”, que alteren las características o funciones ecológicas principales del recurso natural en sí mismo considerado. Marcan -*la norma comunitaria y por la ley española*-, una

⁴²⁶ Sobre la dificultad que conlleva la cuantificación del daño y los obstáculos que han de superarse, vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 110-113.

⁴²⁷ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 626.

⁴²⁸ Ruda González, *El daño...*, 103. El autor considera que para determinar la “*cuantía, la suma fija mínima o el umbral*” que permitan determinar que el daño es grave, debería aplicarse un criterio en un sentido no lineal sino progresivo. Sugiere tener en cuenta cuán contaminado está el recurso dañado, pero considerando que será más grave la conducta de quien haya hecho que la única o última especie se extinga. Pone como ejemplo la pérdida de un árbol único de un bosque; conducta que resultaría más grave frente a quien destruyó antes otros árboles. Con este sistema, se ve la repercusión de la alteración ambiental sobre la diversidad biológica, en el caso de que se pierda alguna especie porque el daño es irreversible y la gravedad máxima. Parece adecuado, a criterio del autor, que se tenga en cuenta la repercusión del daño sobre la posibilidad de utilizar un elemento natural, así por ejemplo, el que un recurso devenga perjudicial para el consumo humano o se obstaculice cualquier otro uso legítimo del ambiente.

diferencia exclusiva, respecto del recurso natural suelo.⁴²⁹ Incluyen otros requisitos, que difieren de los exigidos en cuanto a los demás recursos ambientales.

El “*daño ambiental*”, tanto desde la concepción naturalística o real del daño así como desde el concepto valorativo o normativo, no podrá ser reparado si previamente no se ha constatado un perjuicio “*adverso y mensurable*” en el ambiente. Según la Directiva 2004/35/CE y la LRM, ese perjuicio o la configuración objetiva del “*daño ambiental*”, se verificaría a partir del cumplimiento de esta tercera condición que hemos expuesto y que aquellas normas lo exigen: La “*significatividad*” o “*gravedad*”. Así, la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, introduce en los supuestos que consagra (*artículo 2.1 de ambas*), esta característica y la resaltan repetidamente en cada supuesto que regula esta disposición legal, traducida obligatoriedad en el acometimiento de un “*daño*” de provocar “*efectos adversos significativos*” sobre los recursos naturales -*regulados*- en todas sus variantes para poder configurar la categoría jurídica de “*daño ambiental*”. La normativa de responsabilidad ambiental, atiende a cada tipo de recurso natural que se vio afectado por dicho daño (*especies silvestres y hábitats, aguas o ribera del mar y de las rías -LRM-*), tratando de manera excepcional al suelo. Reluce este requisito -*el de significatividad*-, en la definición del “*daño ambiental*” (*artículo 2.1 Directiva 2004/35/CE y LRM*) y dentro de ella, de manera más específica, al definir los “*daños ambientales*” a las “*especies silvestres*” y a los “*hábitats*” (*inciso a*), a las “*aguas*” (*inciso b*), a la “*ribera del mar y a las rías*” (*inciso c*). Sin embargo, en la definición general de “*daños*” (*artículo 2.2 de la misma normativa*), únicamente se define en el sentido de que el daño sea un “*cambio adverso mensurable*”; se excluye el carácter “*significativo*” del daño.

Intencionalmente no hemos hecho alusión al suelo en el párrafo precedente. La razón de esa exclusión, es que el requisito de la “*significatividad*”, para determinar que existen “*daños al suelo*” (*artículo 2.1, inciso d*), plasma su exigencia en la norma jurídica de

⁴²⁹ Ver Directiva 2004/35/CE, artículo 2. “*Definiciones*”, apartado 1, c). Ver LRM, artículo 2 “*Definiciones*”, apartado 1, literal c. Se exige que para que exista un daño ambiental como tal en el suelo, éste deberá suponer “*...un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana...*”.

distinta manera. La Directiva 2004/35/CE y la LRM, no se refieren expresamente a “*efectos adversos significativos*” como lo hace cuando se refiere a la presencia de “*daños ambientales*”, sobre cada uno del resto de recursos naturales que regulan; sino que, en este caso en particular, han incorporado una “*nueva terminología*” que nos conduce a presenciar otra figura jurídica. El “*riesgo*”, aunque únicamente está definido lo que hemos de entender por éste en la LRM.⁴³⁰ Entonces, existirá un “*daño ambiental*” en el “*suelo*”, siempre que la contaminación infiera un “*riesgo significativo*” de que los “*efectos adversos*” se producirán -*sobre la salud o el ambiente*-. Se trata pues, de un atributo que se ve excluido de la norma en la que también están regulados los “*daños ambientales*” a los demás recursos naturales. Dicho de otro modo, en este supuesto no se requiere entonces, que las infiltraciones o los vertidos contaminantes sean coetáneos de los efectos adversos,⁴³¹ pues la norma (artículo 2.2 d) Directiva 2004/35/CE y LRM) sólo alude a un posible “*riesgo*”.

Un aspecto preponderante que se debe resaltar en atención a este supuesto jurídico, es que mientras la Directiva 2004/35/CE exige y pone especial énfasis en que el “*riesgo significativo*” de los “*efectos adversos*” recaigan sobre “*la salud humana*”, a consecuencia de la “*introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo*” (artículo 2.1 d)); mientras tanto, la LRM amplía su protección y prepondera que el el “*riesgo significativo*” de los “*efectos adversos*” recaigan sobre “*la salud humana*” o sobre el “*ambiente*”, sea por “*depósitos, vertidos*” o la “*introducción directa o indirecta de sustancias...*” (artículo 2.1 d), tal como lo dispone la Directiva 2004/35/CE. En este caso, introduce nuevos elementos a ser considerados, una de ella es la “*contaminación*” la que haya provocado un “*riesgo*” “*significativo*”.

La “*significatividad*” es también un requisito “*sine qua non*”. No obstante, su calificación/determinación, según lo exponen la mayoría de doctrinarios, podría estar inmersa en una decisión puramente subjetiva o incluso arbitraria. En el ámbito civil, la

⁴³⁰ LRM, artículo 2.3 “*riesgo*”: “*Función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que puede provocar*”.

⁴³¹ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 628.

mayoría de códigos civiles *-incluido el español-*, sólo exige que el daño exista, no que sea grave. El “*daño ecológico puro*”, puede requerir de numerosos y costosos estudios que colaboren a verificar si es grave o no, con lo cual se dificulta las reclamaciones. Sin dejar de lado, que existe la posibilidad de que luego de los estudios se determine que no existe ningún daño ambiental. Es por ello, que la doctrina apoyada sobre la falta de exigencia de este requisito (*artículo 1902 CC*), ha llegado a preguntarse si la “*gravedad*” del daño es un requisito que debe exigirse o es una decisión que se traza subjetiva o arbitrariamente.⁴³²

Clovis,⁴³³ manifiesta que en la exigencia del carácter “*significativo*” del cambio, subyace el criterio de valoración del daño, lo cual implica que sólo sean considerados los daños que supongan una real alteración del recurso para efectos de responsabilidad ambiental, pero no las normales incomodidades asociadas a la convivencia. Todo esto contribuye a cotejar, que los criterios a los que la normativa en cuestión demarca *-el Anexo I de la LRM, que traspone la Directiva 2004/35/CE-*, para apreciar el carácter significativo, no logran establecer objetivamente cuáles son los cambios que serían significativos y cuáles otros no; entresijo que se tendrá que dilucidar de manera casuística por los jueces competentes. Es por ello que, a juicio del autor, no sólo carecen de una cierta objetividad, sino que además la exigencia que el cambio debe ser “*significativo*” adolece de dos límites que son motivos de críticas:

- a) El que asiste a la determinación del carácter significativo. La enumeración de los criterios de apreciación del carácter significativo del Anexo 1, no logra determinar objetivamente, cómo se puede afirmar, constantemente, que tales cambios son significativos y que tales otros no lo son. Sin duda, se deberá decidir casuísticamente.⁴³⁴

⁴³² Ruda González, *El daño...*, 100. En idéntico sentido, Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 75.

⁴³³ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 628-629.

⁴³⁴ Aunque es cierto que los demás criterios aparentan ser de fácil aplicación; no obstante, los elementos requeridos a tal efecto deberán ser puntualizados por obra del juez o de la Administración. Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 628.

- b) El que radica en el abanico de daños ambientales susceptibles de ser acopiados, ateniéndose a este criterio. De acuerdo con la normativa señalada, resulta posible estimar que algunos daños no pueden calificarse como “*significativos*”, y por ende quedarán sin reparación, con sus consecuencias a nivel global como a nivel individual, tal como lo explicamos en líneas anteriores.

Ruda González,⁴³⁵ destaca el carácter circunstancial e indeterminado que implica el carácter de la “*gravedad*” del cambio en un recurso natural o perjuicio en los servicios que éste presta, pues éste depende de las circunstancias; por ende, debido a los fenómenos naturales, no cabe distinguir en abstracto entre daños graves y no graves. Ante ello, propone diversas posibilidades que ayudarían a determinar la significatividad como por ejemplo, adoptando criterios establecidos por normas técnicas o de derecho público, las cuales podrían brindar ciertos estándares ecológicos relativos a una determinada calidad para cada medio natural, que al infringirlos convertirían al daño en grave. También sugiere la posibilidad de contar con criterios objetivos como el tipo, duración y cuantía del perjuicio, la extensión en el espacio y la intensidad de la afectación o incidencia, como ocurre en el Derecho Penal cuando se tiene en cuenta, por ejemplo: la peligrosidad a la salud o las condiciones naturales del ecosistema. No obstante, a juicio de Pedraza,⁴³⁶ esta necesidad, tal vez se haya satisfecho por medio de los artículos 17 y 18 del RLRM. En ellos, se relaciona la concentración alcanzada con el umbral de toxicidad para un nivel concreto de intensidad. No obstante, propone que si este criterio no puede ser utilizado en el caso de daños al suelo y a las aguas, se determinará que existe un daño sobre estos recursos, analizando la afección que éste haya ocasionado al servicio de acogida o de hábitat que tales recursos prestan a las especies silvestres. En todo caso, expone que para determinar que esto sea o no así, la aplicación práctica de caso por caso lo resolverá.

En definitiva, lo que se pretende operativamente, con la incorporación de este requisito, en materia ambiental, es excluir del

⁴³⁵ Ruda González, *El daño...*, 100-102; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 75.

⁴³⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 75.

instituto de responsabilidad, los innumerables impactos ambientales de mínima trascendencia, que quedarían cubiertos de adoptarse un concepto puramente “*naturalístico del daño*”. De esta manera, también se evitaría evaluar daños pequeños y que esto resulte más costoso que reparándolos. El umbral de la “*gravedad*” fijaría un grado de utilización de los recursos ambientales que los demás estarían obligados a tolerar y con ello la “*no gravedad*” equivaldría a tolerabilidad.⁴³⁷ A veces, la escasa importancia de determinados accidentes ambientales, provocará que sean mayores los costes de su reparación que el resultado que se consiga. Por este motivo, se debe adoptar una postura económica y observar la rentabilidad de las medidas para determinar si se deben o no reparar los daños, pues no se puede asumir el coste de finalizar con una molestia cuya corrección provoque un mayor perjuicio.⁴³⁸ Dicho de otro modo, se precisa excluir la evaluación de los daños de poca trascendencia, para determinar si son graves o no, ya que podría resultar más costosa de lo que se consigue reparándolos y con la posibilidad de que luego de haber llevado a cabo dichos costosos estudios, la determinación resulte negativa, es decir, que no exista ningún daño. Sin embargo, esto no quiere decir que los pequeños daños queden impunes. Se puede reflexionar que algunos daños que no pueden calificarse como “*significativos*” según lo determinado por la normativa de responsabilidad ambiental queden sin reparación, con las respectivas consecuencias a nivel global -*considerando al ambiente como interés global*- y a nivel individual, o sea privado. Este precedente descende de la finalidad normativa de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, las cuales están más pensadas para la protección del interés difuso ambiental.⁴³⁹

De los tres elementos/requisitos exigidos y necesarios para que se configure un “*daño ambiental*”, parece ser que el de mayor trascendencia es ciertamente la especificación del carácter “*significativo*” del daño. Únicamente se pondrá en marcha la completa maquinaria de responsabilidad de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, cuando el daño sea de suficiente envergadura. Sin embargo, la determinación de si se cumple o no con este requisito

⁴³⁷ Ruda González, *El daño...*, 101.

⁴³⁸ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 71-72.

⁴³⁹ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 628-629. En igual sentido, Ruda González, *El daño...*, 6.

tiene como finalidad lograr un equilibrio entre la necesidad de proteger el ambiente y el brío para desarrollar algunas actividades nocivas o peligrosas como las que la normativa apuntalada presume en su Anexo III⁴⁴⁰ y que la víctima podría desconocer, a pesar de que sean socialmente deseables.⁴⁴¹ Además, este requisito podría exigirse en sentido amplio en relación con los “*daños ecológicos puros*”, como por ejemplo la contaminación atmosférica en las grandes ciudades. Lo importante sería determinar el criterio idóneo para calificar de “*significativo*” o “*no significativo*” a un “*daño ambiental*” en concreto, caso contrario, a pesar de que la “*significatividad*” sea un requisito obligatorio, sería también, un concepto jurídico indeterminado que provocaría inseguridad jurídica. Aún, a pesar de ello, lo que nos sigue resultando extraño y que además, nos llama mucho la atención, es que esta exigencia, como ya lo habíamos exhortado anteriormente, no figura en la definición de “*daños*” que la Directiva 2004/35/CE y la LRM consagran, sino que está presente en los supuestos en los que se hace alusión expresa a cada uno de los recursos que están bajo su ámbito de protección y los elementos que se deberían cumplir para que se produzca un daño sobre cada uno de ellos.

1.17 Delimitación de la “*significatividad del daño*” y de las medidas de “*mensurabilidad*” en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM. Criterios para determinar la mensurabilidad del “*daño ambiental*”

La valoración del daño, es una operación sumamente compleja que no puede basarse en los métodos tradicionales de valoración financiera. Frente a ello, la economía ambiental ha desarrollado metodologías que permiten realizar valoraciones del cambio de calidad de los recursos naturales producido por un “*daño ambiental*”.⁴⁴² Los EE.UU. fueron los primeros en establecer un

⁴⁴⁰ Ver Directiva 2004/35/CE, Anexo III “*Actividades a que hace referencia el artículo 3.1*” y LRM, Anexo III “*Actividades a que hace referencia el apartado 1 del artículo 3*”.

⁴⁴¹ Ruda González, *El daño...*, 100-104.

⁴⁴² Ciertamente, luego de muchos años de experiencia en la aplicación de los análisis de equivalencia, en términos físicos, pero también con aplicaciones económicas, la Comisión Europea también buscó incorporarlos a los países

sistema de evaluación de daños al ambiente conocido y de compensación, en todo el mundo. Es lo que en el mundo angloamericano se conoce como “**NRDA**: *Natural Resource Damage Assessment*” (evaluación del daño a los recursos naturales). Pero, ¿qué se debe considerar como “NRDA”?

Los tres estatutos federales de mayor trascendencia, CERCLA, la OPA y la CWA, extienden la “*U.S. measure of damages for natural resource injuries*” (medida de los daños por lesiones causadas a los recursos naturales), más allá de la medida tradicional y limitada del “*Common Law*” que implica sólo la pérdida de ingresos o beneficios o de disminución del valor de los recursos como resultado de un daño. De conformidad con estas normas federales, la “NRDA” se circunscribe en términos general al daño, destrucción o pérdida de los recursos naturales, pero incluye además, los costos razonables de la evaluación de daños (CERCLA §101 (6), §107 (a) (4) (C); OPA §1001 (5), 1002 a y (b) (2); y CWA § 311), las normas de la evaluación están codificadas en el 43 CFR Parte 11; §15 CFR Parte 990). A manera de desglose, la “*measure of damages*”, normalmente cubre:

- a) “*The cost of restoring the resources to baseline conditions*” (el costo de restauración de los recursos a las condiciones básicas) o “*restoration costs*” (costos de restauración), puesto que se funda en que la recuperación de los recursos lesionados toma un tiempo durante el cual, el público aún sigue sufriendo pérdidas provenientes del daño; condición inicial,
- b) La “*interim loss in value*” (que refiere a la compensación por la pérdida provisional de recursos lesionados pendientes de recuperación), desde el momento del incidente hasta la “*full recovery*”.
- c) El “*reasonable cost of damage assessment*” (costo razonable de la evaluación de los daños).

miembros de la Unión Europea, a través de una directiva de responsabilidad ambiental; la Directiva 2004/35/CE. Cf. Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental...*, 285; Armonía Borrego y Pere Riera, «Implicaciones económicas de la nueva legislación de responsabilidad ambiental», 371 (2009): 122, ISSN: 0422-2784.

La “*measure of damages*” ha evolucionado con el tiempo. Reconociendo que la compensación por las pérdidas económicas es insuficiente para hacer que el demandante quede satisfecho en su totalidad, los legisladores se han centrado en la restauración o en la sustitución de los recursos dañados, o cuando esto no es posible, una compensación monetaria por los daños a los recursos. Mientras tanto, existe otra alternativa, que se centra en “*making the public whole*” para las lesiones, lo cual requiere una compensación no sólo por los costos de la restauración o del reemplazo, sino también por el valor interino perdido desde el momento de la lesión hasta la recuperación total del recurso (*ver cuadro 1*). Esto es particularmente importante para los casos en los que la recuperación puede tomar un período muy largo o nunca ocurrir completamente, como la liberación de materiales peligrosos de difícil degradación en el ambiente (*por ejemplo: los metales pesados, la radiación, los bifenilos policlorados o la deforestación de bosques viejos*). El “*Making the public whole*”, también requiere considerar todos los servicios ecosistémicos proporcionados por los recursos dañados, es decir, considerar el conjunto más amplio de servicios de aprovisionamiento, regulación, hábitat así como los servicios culturales y no sólo la pérdida de ingresos o ganancias de los recursos vendidos en el mercado (*por ejemplo, madera y pescado*) con los que las Cortes están familiarizadas gracias a las “*private tort claims*”.

Si bien la “*measure of damages*”, garantiza por un lado, la evaluación y recuperación de los NRD; por otro, está llena de incertidumbres y más aún cuando se trata de recursos naturales como “*the fish y wildlife*”, porque normalmente no tienen valores monetarios o de mercado asignados.

Enfatizando un poco más respecto de la OPA (1990), el Congreso de los EE.UU. consciente de los daños ocasionados a los recursos naturales como resultado del “*Valdez spill*”, intentó que mediante este estatuto, también se refleje en la determinación de los daños, la consternación del público por los valores bajos asignados a la muerte de criaturas como las nutrias marinas a consecuencia de dicho derrame. La historia legislativa de la norma §§1006 (d) de la OPA, pretendió que ésta siguiera de manera similar, la construcción del lenguaje empleado en CERCLA y así fue como sucedió. De esta manera, el “*replacement cost of the resource*” (“*costo de*

reemplazo del recurso”), más no su valor de mercado, fue el criterio principal que primó en la promulgación de la OPA, para evaluar los NRD.⁴⁴³ Con base en estos precedentes, la “*measure of damages*”, incluye lo que ya habíamos denotado anteriormente:

“1.- The cost of restoring, replacing, rehabilitating, or acquiring the equivalente of, the damaged natural resources.

2.- The diminution in value of those natural resources pending restoration.

*3.- The reasonable cost of assessing those damages. The plan devised and approved by the trustee is to be the basis for determining the cost of restoration. Thus, the plan may function similarly to CERCLAS’s remedial investigation and feasibility study, but instead of determining remedy, here the empahsis will be on restoration”.*⁴⁴⁴

(§§1006 (d))

Los estatutos, designan agencias federales y estatales de gestión o administración de recursos y las autoridades tribales, denominados “*trustees*” en representación del público. Los “*Trustees*” son quienes están investidos de autoridad para instaurar las demandas o entablen acciones a nombre y en representación de los EE.UU., las tribus indias y los gobiernos extranjeros, en contra de los posibles responsables, para recuperar los daños ocasionados a los recursos naturales, *-incluyendo la atmósfera, los océanos, los estuarios, los ríos y las especies vegetales y animales-* recursos pertenecientes, administrados, controlados o relacionados a cada ente.⁴⁴⁵ Las responsabilidades de los “*trustees*” de los recursos naturales, las administra el “*DOI*” (*United States Department of the Interior/Departamento del Interior de los EE.UU.*). Tanto la OPA como CERCLA parecen asumir que algunos recursos pertenecen a un Estado, otros a los EE.UU. y otros a las tribus indias. La

⁴⁴³ *Oil pollution deskbook*, The environmental Law Reporter (Washington D.C.: Environmental Law Institue, 1991), 9.

⁴⁴⁴ Por la importancia de la norma, la hemos decidido traducir: “1.- El costo de restauración, reemplazo, rehabilitación o adquisición del equivalente de los recursos naturales dañados. 2.- La disminución en el valor de esos recursos naturales pendientes de restauración. 3.- El costo razonable de la evaluación de esos daños”.

⁴⁴⁵ Ferrey, *Environmental Law...*, 448-449.

delimitación de qué recursos pueden quedar afectados a la resolución de las demandas por NRD en virtud de la OPA, así como bajo CERCLA, se constituye también en un deber de los “trustees”.⁴⁴⁶

El gobierno federal ha de consultar a los “trustees” sobre el recurso natural afectado y las “removal actions”; y a los gobernadores de los estados afectados, cuando las “removal actions” sean completadas (§ 1011 CERCLA).⁴⁴⁷ Estas consultas sirven para asegurar que los efectos de las “removal actions” sean equilibradas con las necesidades para su eliminación. Entre las nuevas disposiciones promulgadas sobre los NRD, está la “citizen suit”, cuya finalidad es garantizar que se pueda entablar una acción judicial por parte de los ciudadanos (*un particular*) ante incumplimientos de la legislación ambiental (*es decir, lo que se busca es hacer que se cumplan los estatutos ambientales*),⁴⁴⁸ que si es seguida por el “trustee” al realizar las evaluaciones de los daños, creará una presunción “*iuris tantum*” a favor de dichas evaluaciones.⁴⁴⁹

Nuevamente enfocándonos en la OPA, ésta establece como obligaciones de los “trustees” (§ 1006), la evaluación de los daños, la elaboración e implementación de planes para la restauración, rehabilitación, reemplazo o adquisición de recursos naturales equivalentes a aquellos destruidos o dañados en un derrame de petróleo por ejemplo. Son los que deberán limitar las sumas recuperadas de los PRPs a gastos que sirvan para restaurar, reemplazar o adquirir el equivalente de los recursos perdidos o dañados. El plan diseñado y aprobado por el “trustee” es la base para determinar el costo de la restauración y puede funcionar de

⁴⁴⁶ *Oil pollution deskbook*, 9.

⁴⁴⁷ La OPA, exige además, la designación y la notificación por parte del gobierno federal de los “trustees” que han sido autorizados para los estados, la tribus Indias y los gobiernos extranjeros.

⁴⁴⁸ Las citizen suits, están reconocidas por la mayoría de estatutos ambientales federales, tales como: La Ley de Agua Limpia; Ley de Agua Potable Segura; Clean Air Act; Ley de Conservación y Recuperación de Recursos; Ley Integral de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Ambiental, Ley de Control y Recuperación de Minería Superficial de 1977, Ley de Especies en Peligro de 1973, Plan de Emergencia y Derecho a Saber de la Comunidad de 1986.

⁴⁴⁹ *Oil pollution deskbook*, 9-10.

manera similar a la “*remedial investigation*” de CERCLA y al estudio de factibilidad, en lugar de determinar el “*remedy*”. El énfasis recaerá en la restauración de los recursos dañados; esta es la alternativa preferida de todos los debates. Esto quiere decir, que la opción de adquirir recursos equivalentes, debe ser elegida sólo cuando a juicio del “*trustee*”, la otra alternativa resultase extremadamente desproporcionada con respecto al valor de los recursos involucrados.⁴⁵⁰

El dinero recuperado por los NRD debe ser utilizado únicamente para pagar la restauración o en la adquisición de recursos naturales equivalentes y el costo de la evaluación y se depositará en una cuenta especial “*interest-bearing*” (*es decir, que devenga en intereses para asegurar disponibilidad para el “trustee”*).⁴⁵¹ El dinero que se paga a las agencias de los recursos sirve para financiar específicamente las actividades de restauración (“*restoration activities*”); la compensación no se paga directamente al público en dinero en efectivo, sino en recursos naturales.⁴⁵²

Ahora bien, el desarrollo de métodos y criterios para una evaluación “*cross-media*” de los efectos ambientales en el ambiente como un todo ha sido muy controvertido. Por un lado, quienes defienden las políticas ambientales integradas, reconocen estas dificultades, pero tienden a restar importancia a las implicaciones prácticas de las políticas ambientales integradas en los sistemas reguladores, en términos de legislación e implementación. La falta de información y conocimiento sobre las relaciones *dosis-efecto*, los efectos sinérgicos y antagónicos, así como las interacciones entre los elementos de los sistemas ambientales se suman a los problemas metodológicos planteados por la inconmensurabilidad de los bienes ambientales. Por otro lado, los escépticos enfatizan (*aunque no parezca una oposición abierta a las políticas ambientales integradas*), que una evaluación científicamente sostenible de los

⁴⁵⁰ Son aquellos que “*el trustee determina que son comparables a los recursos dañados*”, los cuales “*deben ser adquiridos para mejorar la recuperación, la productividad y la supervivencia del ecosistema afectado por una descarga, preferiblemente en proximidad del área afectada*” (*la traducción es de nuestra autoría*). Cf. *Oil pollution deskbook*, 9-10.

⁴⁵¹ *Ibid.*, 9.

⁴⁵² Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11035.

efectos “*cross-media*” ambientales no es realmente factible en la práctica, adoptando una posición de “*wait and see*”. Rechazan que la inconmensurabilidad de los bienes públicos sea una situación de decisión, (*exclusiva además de las políticas ambientales*). Sugieren un marco legislativo-administrativo para aumentar las decisiones integradas, razonadas en materia de protección ambiental. Tal como algunos lo ven,⁴⁵³ la UE, en coherencia con lo anterior, ha potenciado su fuerza motriz en el ámbito internacional para promover políticas ambientales más estrictas, pero ha reconocido también, la ineficacia de las leyes anteriores y se ha esforzado por mantener las leyes comunitarias en armoría con los regímenes internacionales.

No obstante, la Directiva 2004/35/CE (*Anexo I*) y la LRM (*Anexo I.1*), para delimitar la existencia de la “*significación*” de un “*daño ambiental*”, recomiendan expresamente, acudir a los criterios los establecidos e instaurados en su propia normativa (*artículo 2.1.a de ambos cuerpos legales*), a los cuales nos remitiremos y los analizaremos a continuación.

a) Criterios para determinar la mensurabilidad del “*daño ambiental*” en la Directiva 2004/35/CE y la LRM

Todo lo antes expuesto, está conectado con un cuestionamiento que resolver que nos obliga a analizarlo: *¿Qué criterios permiten medir dicho cambio?* o *¿Cómo se puede determinar objetivamente la mensurabilidad?* La Directiva 2004/35/CE y la LRM, han incorporado de manera similar, ciertos datos mensurables o medidas de mensurabilidad, que deben considerarse y sirven además, para determinar el carácter “*significativo*” del daño en el “*estado básico*”, los cuales son cuatro y se centran en los siguientes:⁴⁵⁴

- a) El número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia.

⁴⁵³ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 103-104.

⁴⁵⁴ Ver Anexo I tanto de la Directiva 2004/35/CE como de la LRM “*Criterios a que se refiere la letra a) del punto 1 del artículo 2*”.

- b) El papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de éstos (*a nivel local, regional y comunitario*), así como su grado de amenaza.
- c) La capacidad de propagación de la especie, su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat.
- d) La capacidad de la especie o del hábitat, después de los daños, de recuperarse en breve plazo.

Todos estos factores configuran la “*mensurabilidad objetiva*”, es decir, aquella que permite constatar si efectivamente el cambio ha causado un efecto adverso o negativo en el recurso natural protegido o en el servicio que éste presta. Ahora bien, ésta va aparejada también al cuestionamiento sobre el carácter imperativo u obligatorio en cuanto a su cumplimiento, en razón de que la Directiva 2004/35/CE y de la LRM han determinado y exigido expresamente que el daño debe representar este atributo “*mensurable*”. La doctrina no se manifiesta totalmente unánime en el debate sobre la condición de la “*mensurabilidad*” del “*daño ambiental*”. Así por ejemplo, Clovis Siaka,⁴⁵⁵ es uno de los doctrinarios que exterioriza su inconformidad respecto de la exigencia de este requisito. Considera el autor, que “*Si se requiere que el cambio o el efecto adverso sea mensurable, es para poder determinar, con la mayor objetividad posible, su efectividad... no es un criterio imprescindible para la constitución del daño, ya que, en caso de no poder ser objetivo, su alcance... será determinado por el juez... la exigencia sólo pretende contribuir a la valoración del daño, paso previo a su reparación y, por ende, permite determinar en qué medida sería significativo el cambio adverso*”. Por lo tanto, para él, la “*mensurabilidad objetiva*”, “*...no es una característica de todos los daños medioambientales, lo que hace que los cambios objetivamente mensurables no sean los únicos susceptibles de reparación. Esto significa que, si la naturaleza del elemento ambiental considerado no lo permite, la apreciación de la mensura incumbirá, en caso de conflicto, al juez. Esta postura invita a preguntarse por el interés jurídico de la exigencia según la cual el cambio adverso ha de ser mensurable para que se encuentren*

⁴⁵⁵ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 626-627.

reunidos todos los criterios de definición del daño en general, y del daño medioambiental en especial”.

Todos los datos/medidas expuestos vienen a configurarse también como posibles incertidumbres en abono a una causa *-la determinación de la “significatividad del daño”-*. El Anexo I de la Directiva 2004/35/CE⁴⁵⁶ y de la LRM,⁴⁵⁷ interviene aquí como un baremo para diferenciar entre los *“daños significativos”* y los *“no significativos”*. En él se ha incorporado algunos parámetros o variables ambientales y se ha impuesto como criterio para determinar el *carácter “significativo”* del daño, que se evalúe el *“estado de conservación”*⁴⁵⁸ del bien dañado en relación con el *“estado básico” -aquél en el que se hallaría el recurso natural y los servicios si no se hubiera producido el daño durante el momento en que el daño se produjo- (artículo 2.1.a) de ambas normas),*⁴⁵⁹ con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que genera y con su capacidad de regeneración natural, de conformidad con los datos mensurables que dicha normativa recomienda. De esta manera y sólo así, se podrá valorar el cambio *“adverso”*, *“mensurable”* y *“significativo”* que provoca el *“daño ambiental”*.⁴⁶⁰

A partir de aquí, la *“significatividad”* del daño se evaluará según los criterios que el Anexo I de la Directiva 2004/35/CE y la LRM han establecido. Acatando el criterio brindado por la normativa señalada, se postula como necesario verificar el estado en el cual se encontraba el recurso natural o del servicio afectado y protegido antes del daño (*el “estado básico”*), y el estado en el que se encuentre en un momento determinado, así como la valoración de si los daños producidos han ocasionado cambios o *“efectos adversos significativos”* en el recurso natural y los servicios ecológicos que prestaba.⁴⁶¹ Si bien este criterio está instaurado para determinar el

⁴⁵⁶ Véase, Directiva 2004/35/CE, Anexo I *“Criterios a que se refiere la letra A) del punto 1 del artículo 2”*.

⁴⁵⁷ Véase, LRM, Anexo I *“Criterios a los que se refiere el artículo 2.1.a)”*.

⁴⁵⁸ Véase, Directiva 2004/35/CE artículo 2, apartado 4 *“Estado de Conservación”* y LRM, artículo 2, apartado 6 *“Estado de Conservación”*.

⁴⁵⁹ *“Estado básico”*, a partir de la mejor información posible. El problema radica en verificar si hay o no información suficiente en la actualidad.

⁴⁶⁰ Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 72-73.

⁴⁶¹ Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental...*, 285.

carácter “*significativo*” del daño, la variación existente entre los dos estados brindará el dato que deberá ser mensurado.⁴⁶²

No obstante, el Anexo I al que hacemos alusión, si bien facilita algunos baremos (*los cuatro antes ennumerados*) para determinar la “*significatividad*” del daño y realizar su evaluación, únicamente se enfoca en las especies silvestres y hábitats, siempre que el daño haya producido “*efectos adversos*” en la “*posibilidad de alcanzar o de mantener*” su “*estado favorable de conservación*”, para lo cual tal como establece, se realizará mediante datos mensurables que permitirán esclarecer el carácter significativo, cuya evaluación se llevará a cabo respecto al “*estado básico*” del daño ocasionado en ellos.⁴⁶³

Si nos remitimos además, a la definición del “*estado básico*”, que consta tanto de la Directiva 2004/35/CE (*artículo 2.14*) como en la LRM (*artículo 2.19*),⁴⁶⁴ sabemos que lo podemos considerar como el estado de referencia -*aquel en el que, de no haberse producido el daño ambiental se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño-*, a partir del cual se podría determinar la intensidad del efecto del “*daño*”, y de esta manera se lograría verificar si encaja en la noción jurídica para ser un “*daño ambiental*”. No obstante, debemos tener cuidado en

⁴⁶² Teodoro Abbad y Germán Gutiérrez, «The valuation of environmental goods as elements of the expert opinion on the crime against the environment and the management of the territory», *Actualidad Jurídica Ambiental* 48 (2015): 7, ISSN: 1989-5666, NIPO: 721-15-001-4. Los autores resaltan que el objetivo de la Ley 26/2007, de 27 de octubre, de Responsabilidad Ambiental que traspone la Directiva, incide lógicamente en la obligación de restituir los recursos naturales dañados a su estado original, debiendo el operador sufragar el total de los costes, lo cual supone que el valor ambiental “*no se considera satisfecho con una mera indemnización dineraria*”, ya que como bien exponen la “*reparación según el estado original requiere garantizar estructura y funcionalidad de los ecosistemas afectados*”.

⁴⁶³ Clovis Siaka, «La singularidad de los daños medioambientales», 628.

⁴⁶⁴ Directiva 2004/35/CE, artículo 2, apartado 14 «*estado básico*», el estado en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible; Ley 26/2007, artículo 2, apartado 19. «*estado básico*»: Aquél en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los servicios de recursos naturales en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible.

suponer que el “estado básico” se refiere al “estado ideal de conservación del medio receptor”. En relación con el “estado básico”, la normativa dispone además, que éste debe ser considerado a partir de la “mejor información disponible” (artículo 2.14 Directiva 2004/35/CE y artículo 2.19 LRM), sea de carácter local, regional, nacional o comunitario de la “especie” o del “hábitat” afectado (artículo 2.16 LRM). El punto clave es determinar si, hoy por hoy, existe o no información.⁴⁶⁵

Por fortuna, el Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre Responsabilidad Medioambiental -RLRM-,⁴⁶⁶ en su Exposición de Motivos, añade una precisión importante que esclarece por un lado, que el “estado básico” debe ser determinado en relación con el agente causante del daño, por lo tanto no hace referencia a aquel “estado ideal”, sino al estado que presentara el “medio receptor” en el momento inmediatamente anterior a la actuación del agente. Es por ello, que denotan mucha importancia aquí, las variables vinculadas a dicho agente, antes y después del daño. Por otro lado, señala que la determinación del “estado básico” deberá considerar los supuestos que indiquen la posible evolución que los recursos naturales hubiesen tenido en caso de que el daño no se hubiese producido, como por ejemplo la información histórica que demuestre la propensión evolutiva de dichos recursos naturales o la previsión de que exista un cambio de uso del suelo en un instrumento de planeamiento con anterioridad a la producción del daño. En cuanto a la información histórica que permitiría demostrar la naturaleza evolutiva de los recursos naturales, a juicio de Pedraza,⁴⁶⁷ ésta deberá ser sustituida cuando no se disponga de ella por la evolución genérica que el elemento dañado debería llevar en una situación de normalidad.

No obstante, este criterio que a simple vista parecería acertado, es criticable porque puede llevarnos en determinados casos, al océano de la incertidumbre. Ruda González,⁴⁶⁸ opina que este criterio no es muy idóneo a la hora de valorar si el daño es significativo, porque

⁴⁶⁵ Ruda González, *El daño...*, 102.

⁴⁶⁶ Véase, Real Decreto 2090 /2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, (BOE N° 308, de 23 de Diciembre de 2008).

⁴⁶⁷ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 72.

⁴⁶⁸ Ruda González, *El daño...* 102-103.

se debe verificar si el hábitat puede regenerarse naturalmente y si la especie o el hábitat pueden recuperarse en breve plazo y ciertamente, no se sabe cómo va responder el ambiente a un determinado daño. Por lo tanto, considera que es un juicio relativo decir que el daño causado en el ambiente debe ser permanente y no meramente temporal o transitorio. Esta posición nos obliga a remitirnos directamente a la LRM. Ésta comienza refiriéndose a “*los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España*” (considerando II), para luego describir cuáles deberían ser consideradas específicamente como tales (artículo 2.4), remitiéndonos a su vez a las que estén mencionadas en la Directiva 2004/35/CE (artículo 2.3.a) o que estén protegidas por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, por Tratados Internacionales, que se hallen en estado silvestre en el territorio español, con carácter tanto “*permanente como estacional*”. De aquí, lo que podemos colegir, es que la LRM destaca su amplia protección, abarcando a los “*daños*” que conlleven efectos permanentes o estacionales (*es decir, respecto a una estación del año, por ende, circunstanciales y no estáticos*).

Existen elementos ambientales que por su naturaleza, brindan una clave para una mensuración objetiva del cambio adverso eventualmente experimentado. Así, por ejemplo, la disminución de las cantidades del agua de un lago o de un estanque, la cual se apreciará a partir de la variación de la superficie de su lecho. De igual manera, a nivel cualitativo, el cambio adverso se podrá establecer a partir de las cantidades o del porcentaje en el cual se calcula la presencia de sustancias tóxicas, comparando con el estado que debe presentar un determinado recurso natural en condiciones normales. Sin embargo, como bien se puede apreciar, tampoco se han incluido a aquellos cambios que tengan un efecto positivo. Tampoco los cambios que no puedan medirse. Es por ello, que a De Miguel Perales,⁴⁶⁹ le resulta inteligible que la Ley no aclare en qué términos debe medirse y aunque no parezca que deba referirse a medición en términos económicos, pues esto no debe ser problema (*al menos desde el punto de vista de la Ley*), al tratarse de una responsabilidad de carácter ilimitado, no cree el profesor, que se pueda pensar en otro tipo de medición, salvo que sea la propia

⁴⁶⁹ De Miguel Perales, «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», 7.

identificación del daño, esto es, que se trate de un daño no acotado plenamente.

Existe un factor muy importante que también sirve de parámetro para la determinación de la “*significatividad*”. No podemos olvidarnos del rol que desempeña la salud humana. Se enfatiza y se materializa la “*significatividad del daño*”, cuando la salud humana se vea afectada. Dicho de otro modo, el carácter alcanza ese nivel -*significativo*- de manera inmediata si se comprueba que el “*daño ambiental*” ha causado lesiones no sólo en el ambiente, sino que la salud humana se ha visto vulnerada, en cuyo caso se configura una presunción “*iuris et de iure*”, en virtud de la cual el daño será “*significativo*” por dicho motivo, sin necesidad de demostrar algún otro supuesto de hecho; opera de inmediato “*ope legis*”. Tanto la Directiva 2004/35/CE como La LRM erigen de manera expresa y textualmente idénticas, que “**Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos**” (*Anexo I de ambas normas*).

Este precedente podría colaborar a justificar la razón de la aseveración que se despliega en el texto del Anexo I de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, en virtud de la cual, como expresamente prescribe y categoriza con toda lógica como “*daños significativos*”, a aquellos daños con efectos demostrados en la salud humana. Sin embargo, no nos queda claro si esto es extensible a todos los recursos naturales o es de exclusiva aplicación para el suelo, cuando éste se haya visto contaminado, pues es el único que trata sobre los perjuicios a la salud humana. Lo único que tenemos claro, es que los “*daños ambientales*” no siempre presentan efectos idénticos. Por lo tanto, la “*mensurabilidad objetiva*”, mal podría ser acatada por un juez como una característica imprescindible de éstos, pues no todos los daños ambientales la presentan; se debe excluir la posibilidad de que los cambios objetivamente mensurables sean los únicos daños reparables. La normativa ambiental en cuestión, debió incorporar y describir cómo se van a medir todos los daños; operativamente debió incorporar el camino a seguir en caso de que se presenten perjuicios adversos a todos los recursos naturales, no sólo acudiendo a criterios mensurables que resultan aplicables sólo a las especies y habitats. Sin duda, la carencia de un criterio universal o la falta de unificación de criterios (*que algunos han propuesto*) repercute negativamente a la hora de medir un daño. En

caso de haberlo hecho o de hacerlo, colaborará a evitar por completo la subjetividad a la hora de apreciar el alcance y gravedad del cambio.

El RDPLRM,⁴⁷⁰ también interviene en el campo de la “*significatividad*” y opera estableciendo un método para llevar a cabo la evaluación del carácter “*significativo*” del “*daño*” (artículo 1).⁴⁷¹ En realidad, lo que pretende es determinar la cuantificación del daño. Sin embargo, no está diseñado para determinar si hay o no daño; más bien, está concebido para la fase no sólo de reparación sino también para la prevención. El artículo 6 (*que regula la “Recopilación de información”*), es el potenciador de esta medida, ya que en virtud de ella, los operadores deberán recopilar toda la información necesaria (*se referirá a los elementos definidos en este artículo*) para determinar la magnitud del daño, pero no sólo en el momento en el que se ocasionó el daño, sino en los supuestos en los que se haya constatado la existencia de una amenaza inminente de daño. En la misma norma, se determina que los operadores deberán recopilar la información necesaria (*apartado 1*), para la correcta definición de las medidas de prevención, la cual además, la pondrán en conocimiento de la autoridad competente (*obligación de comunicación del artículo 17.4 LRM*).

Para cumplir con su objetivo primordial, el RLRM ordena al “*Operador*” a realizar determinadas actuaciones (*que están reguladas en el artículo 7*), para poder apreciar que efectivamente un existe “*daño ambiental*”. El método de evaluación que el “*Operador*” debe utilizar es mediante la ejecución de tres operaciones:

- a) Identificar**
- b) Cuantificar**
- c) Evaluar**

⁴⁷⁰ Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2008).

⁴⁷¹ RLRM. Artículo 1. Objeto: “*Este Reglamento tiene por objeto desarrollar parcialmente la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en lo relativo a su capítulo IV, en particular al método para la evaluación de los escenarios de riesgos y de los costes de reparación asociados a cada uno de ellos a los que se refiere el artículo 24, y a sus anexos I, II y VI*”.

a) Identificar, al agente causante del daño y de los recursos naturales y servicios afectados. Deberá determinar si corresponde a alguno de los siguientes tipos:

i) Químico, asociado a la liberación de una sustancia en una concentración superior al umbral de toxicidad de dicha sustancia

ii) Físico, referido al exceso o defecto de una sustancia que no tiene asociado un nivel de toxicidad, como el agua, los residuos inertes, la tierra, la temperatura o los campos electromagnéticos.

ii) Biológico, como por ejemplo, los organismos modificados genéticamente, las especies exóticas invasoras y los microorganismos patógenos. (*artículo 8*)

b) Cuantificar el daño. La cuantificación consistirá en estimar el grado de exposición de los receptores afectados al agente causante del daño y en la medición de los efectos que éste produce sobre aquéllos. Los operadores para cuantificar el daño, deberán identificar, describir y evaluar la extensión, la intensidad y la escala temporal del daño (*artículo 11*).

El RLRM también regula cómo determinar la extensión y la intensidad del “*daño ambiental*”. La ***extensión*** del daño se determinará mediante la medición de la cantidad de recurso o de servicio afectado, tomando en cuenta las circunstancias establecidas en el artículo 12 (*las propiedades del agente causante del daño; las características del medio receptor; cualquier cambio que los medios de difusión y receptores pudieran experimentar por la acción del agente*) y según lo dispuesto en el epígrafe II del Anexo I.

En cuanto a la ***intensidad*** del daño, ésta se realizará conforme a lo dispuesto en el epígrafe III del Anexo I. Esto quiere decir, que se la estimará mediante el establecimiento del grado de severidad de los efectos ocasionados por el agente causante del daño a los recursos naturales o servicios afectados y para establecer los efectos sobre dichos bienes, el “*Operador*” tomará en consideración, entre otros, los criterios del Anexo I de la LRM, y cuando sea posible en función de la información disponible -*que como hemos dicho es difícil de obtenerla*-, los efectos que el agente causante del daño

genere sobre las especies clave de los recursos naturales afectados. La determinación de la intensidad del daño (*artículo 13 RLRM*).

c) Evaluar la significatividad del daño. El “Operador” realizará la evaluación de la “*significatividad*” del daño tomando en consideración los resultados de las dos actuaciones anteriores y con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 16 RLRM (*que establece la significatividad según el recurso natural dañado, como las especies silvestres y a los hábitat,⁴⁷² aguas,⁴⁷³ suelo⁴⁷⁴ y las riberas del mar y de las rías⁴⁷⁵*) y en el artículo 17 (*significatividad del daño por referencia al tipo de agente, por ejemplo si es de tipo químico⁴⁷⁶ o por un organismo modificado genéticamente⁴⁷⁷*).

Esta evaluación requerirá además, del análisis de la variación que haya experimentado, entre otros:

i) El “*estado de conservación*” del recurso afectado.

⁴⁷² La evaluación de la significatividad de estos daños se realizará conforme a los criterios establecidos en el Anexo I y se deberá considerar cualquier información disponible de carácter local, regional, nacional y comunitario de la especie o del hábitat afectado que resulte relevante (*artículo 16*).

⁴⁷³ En este caso se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y demás legislación aplicable.

⁴⁷⁴ La evaluación de la significatividad de los daños al suelo se hará de acuerdo al Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

⁴⁷⁵ Los daños a estos recursos serán “*significativos*”, en la medida en que lo sean los daños experimentados por las aguas, el suelo o las especies silvestres y los hábitat (*artículo 16*).

⁴⁷⁶ En caso de que el agente causante del daño sea de tipo químico, la significatividad del daño se determinará “*mediante el cálculo del cociente de riesgo entre la concentración que alcanza la sustancia en el receptor y el umbral de toxicidad para un nivel concreto de intensidad*”. El daño será significativo cuando el cociente de riesgo sea superior a uno. No obstante, la autoridad competente podrá establecer el nivel de significatividad para estos daños en un cociente de riesgo menor que 1 en el supuesto que el daño sea acumulable (*por la sensibilidad del medio receptor, por la existencia de dos o más focos de contaminación que puedan mermar a corto, medio y largo plazo la capacidad de recuperación del medio receptor*). Cf., artículo 17.

⁴⁷⁷ En este tipo de daño, la “*significatividad*” se determinará mediante un análisis, caso por caso, acreditado por un organismo oficialmente reconocido (*artículo 17*).

ii) El estado ecológico, químico y cuantitativo del recurso afectado.

ii) La integridad física del recurso afectado.

iii) El nivel de calidad del recurso afectado

iv) Los riesgos para la salud humana o para el ambiente asociados al recurso afectado, aunque estos daños tendrán siempre el carácter “*significativo*”, según lo determinado en el Anexo I.1 de la LRM (*artículo 15*).

No obstante, la utilidad de la ejecución de las tres operaciones planteadas, ha sido criticada en razón de que puede presentar algunas limitaciones. Pedraza,⁴⁷⁸ cree que ésta se ve limitada por las siguientes razones:

- Los daños considerados son parciales y no garantizan una evaluación precisa o aproximada del estado original del recurso dañado.

- Se hace un análisis detallado únicamente de la importancia de los daños que afectan a los hábitats y especies, excluyendo al resto de recursos naturales.

- Puede impedir una definición global de lo que debería considerarse como “*daño significativo*”, dependiendo del agente al que agrede, será o no considerado como tal. Su carácter perjudicial y su naturaleza inmaterial, no patrimonial o moral (*no se refiere en este caso a los daños a la salud que siempre serán significativos*).

Estos tres procedimientos, repercuten a nivel taxonómico⁴⁷⁹ y además, son los que reivindican la configuración de un “*daño ambiental*”, determinando que éste ha provocado cambios adversos,

⁴⁷⁸ Pedraza Laynez, *La Responsabilidad...*, 74-75.

⁴⁷⁹ Según el diccionario de la RAE, Taxonomía: “*Ciencia que trata de los principios, métodos y fines de la clasificación. Se aplica en particular, dentro de la biología, para la ordenación jerarquizada y sistemática, con sus nombres, de los grupos de animales y vegetales*”.

significativos y mensurables a los recursos naturales sobre los que ha recaído o respecto de su funcionalidad.

A pesar de todas las controversias e incertidumbres que ha suscitado esta exigencia, la de la “*significatividad*” que tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM han precisado, también el Anexo I (*de ambas*) esclarece que existen daños que no gozarán del carácter de “*significativos*”. En efecto, *-de manera similar, tanto en la Directiva como en la LRM-*, en éste se ha resuelto que no podrán ser considerados ni clasificados como “*daños ambientales significativos*”, por no gozar plenamente de ese carácter - “*significativo*”-, los siguientes daños:

- a) Las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate.⁴⁸⁰
- b) Las variaciones negativas que obedecen a causas normales o derivadas de la gestión de los espacios naturales protegidos o los lugares de la Red Natura 2000.⁴⁸¹
- c) Los daños a las “*especies*” o “*hábitats*” con demostrada capacidad de recuperación en breve plazo de tiempo y sin intervención, del estado básico o de un estado que, tan sólo

⁴⁸⁰ Ruda González, *El daño...*, 103; 366-371. El autor reluce otro criterio a seguir, que puede ser el hecho que la alteración del ambiente coincida con una fluctuación natural normal. El Anexo I se refiere a la posibilidad de que las variaciones negativas obedezcan a causas naturales, como un impedimento para que el daño sea considerado como significativo. Respecto a ello, siembra una duda que versa sobre “...*Si la responsabilidad desaparecería en este último caso por falta de nexo causal, debido a la existencia de una causa hipotética o de reserva*”.

⁴⁸¹ La Red Natura 2000, nació en el año 1992, con la aprobación de la Directiva de Hábitats. Está formada por dos clases de protección que van dirigidas a: **1) Los Lugares de Importancia Comunitaria (LIC)**, que son lugares que albergan tipos de hábitat naturales o especies de especial valor a escala de la Unión Europea. Estos espacios son designados en virtud de la Directiva Hábitats. Los LIC pasan a denominarse Zonas de Especial Conservación (ZEC) una vez que son declarados oficialmente por los Estados Miembros de la Unión Europea. **2) Las Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA)**, que son lugares que albergan especies de aves silvestres a conservar en el ámbito de la Unión Europea. Las ZEPA se designan en virtud de la Directiva de Aves.

con la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

De Miguel Perales,⁴⁸² considera que estos supuestos realmente son de importancia mínima, lo que redundaría en una mayor amplitud del concepto del “*daño significativo*”.

1.18 Lo ecocéntrico del daño. La puridad en esencia. ¿El “daño ambiental” es o no en esencia un “daño ecológico puro”? el supuesto “ideológico” del “daño ecológico puro”

Para socavar en el análisis de la “*puridad*” del “*daño ecológico puro*”, nos incrustamos con reiterado énfasis en el singular supuesto de daño sobre el cual nuestro análisis versa, el caso “*Chevron - Texaco*”. Por la peculiaridad que caracteriza a este hecho dañoso, éste se ha de enfrentar tanto a la concepción naturalística del daño⁴⁸³ como al concepto valorativo efectuado por el operador jurídico.

Dicho esto, por un lado, tenemos un “*daño ambiental*” en sentido amplio, en el que el ambiente es dañado sin determinaciones individuales de ningún tipo; se ve afectado como un todo, según la concepción amplia si se quiere; y, por otro lado, también está presente el enfoque restringido, en el que el daño, a pesar de que implique una afectación al ambiente, ha de sujetarse a la valoración que se haga del derecho de esa afectación. En otras palabras, se trata de un hecho en el que, por un lado, se denota un daño ambiental, porque se afecta al ambiente como tal, en su carácter universal, es decir, en su óptica macro, alterando algunos, por no decir “*todos*” sus ecosistemas (*hablamos de aproximadamente 2 millones de hectáreas de la Amazonía que se vieron afectadas*), pero también en su perspectiva micro, lesionando algunos de sus recursos naturales -

⁴⁸² De Miguel Perales, «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», 10-11.

⁴⁸³ El término “*naturalístico*” como tal, no está en el diccionario de la RAE. Noción adoptada en el sector doctrinario para aludir a la concepción de que el daño ambiental es aquel que recaerá sobre el ambiente en sí mismo considerado, pero como un todo. Lo volvemos a recalcar para brindar facilidad al lector y evitar confusiones dogmáticas al respecto.

flora, fauna, agua y suelo, reconocidos por la Directiva 2004/35/CE y la LRM-. De cualquier modo, desde cualquier punto de vista, se trata de un daño que ha generado “*cambios y perjuicios adversos y significativos*” sobre los recursos naturales como en la funcionalidad de los servicios que éstos prestan; requisitos que la normativa comunitaria y la LRM así lo exigen.

Los menoscabos que el daño en la Amazonía han traído consigo y han hecho que los ecosistemas los padezcan, se traducen, en la mayoría, en el deterioro de bosques sin titularidad privada, que afecta al ecosistema en general o la contaminación del recurso hídrico agua (*ríos, cascadas, etc.*). Todo ello perjudicó además, el espacio vital de la flora y fauna que vive en él. Existe un suelo contaminado por petróleo, que lo ha empobrecido, por un lado, ha contribuido a la pérdida de la riqueza de minerales que este recurso natural como tal los presentaba; alteración de las funciones ecológicas que desempeñaba; y, por otro lado, ha provocado además, que se atente gravemente contra la salud de la gente, la producción y las actividades cotidianas como la caza, la pesca (*mecanismos de supervivencia de los habitantes de la zona*), pérdida de valores culturales, llevados al extremo de que el desplazamiento haya sido un mecanismo de defensa y también de supervivencia, entre otros efectos detallados en la exposición de los hechos que mediante vía judicial *-aunque civil-* fueron probados.

Sin embargo, estos “*daños ambientales*” no son los únicos, puesto que se han exteriorizado al mundo real con la introducción de una variante. Van acompañados de un “*daño tradicional*” o varios, es decir, existe un menoscabo cierto; una afectación tan real, personal y directa, que ha recaído sobre varios individuos en su esfera individual, lesionando sus bienes y vulnerando derechos subjetivos de carácter civil (*daño moral, la salud, etc.*) y ambiental-constitucional (*que hasta llegaría a rebasar los límites del “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado”,*⁴⁸⁴ *consagrado en el artículo 45 de la Constitución española*). Los numerosos daños han afectado a un grupo de personas con unas características singulares; un colectivo investido de un acervo cultural, descendientes de las sociedades prehispánicas, que los hace únicos en el mundo global,

⁴⁸⁴ Respetamos la literalidad de la Constitución española, al referirse a “*medio ambiente*”.

quienes además, han asumido una identidad étnica con base en su cultura, sus instituciones y la propia historia los define como pueblos autóctonos del país, con una connotación especial en su modo de ver la vida como también en su modo de vivir (*los indígenas*).⁴⁸⁵

En principio, de todo lo que hemos estudiando, parecería fácil aproximar este tipo de daños *-nos referimos a los tradicionales-* a la estructura sólida del sistema clásico del Derecho Civil, calificándolos como “*daños ambientales personales*” si nos atenemos a la clasificación más usual del campo doctrinario ambiental. Tal como ya lo hemos expuesto, bajo el techo del sistema tradicional de responsabilidad civil, según la aceptación mayoritaria de los ordenamientos jurídicos y del campo doctrinario,

⁴⁸⁵ La República del Ecuador reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas al definirse en su Constitución Política vigente (*enfaticamos que esto desde el 20 de octubre de 2008*) como un estado intercultural y plurinacional (*artículo 1, primer párrafo*), que reconoce, respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas existentes en su territorio así como la identidad cultural de las nacionalidades que existen a su interior, entre ellas: Kichwa, Shuar, Achuar, Chachi, Epera, Huaorani, Siona, Secoya, Awa, Tsáchila y Cofán, y Zápara. Estos pueblos y nacionalidades indígenas juegan un rol protagónico en el Ecuador. De hecho, se ha logrado incorporar en la nueva Constitución Política de la República, los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas. La Ley Suprema en su artículo 2, segundo párrafo, reafirma lo dicho de la siguiente manera: “*El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso*”. Paralelamente, en el artículo 57, se establece expresamente que “*Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social*”. Finalmente se reconoce lo particular y rico que es el ecosistema de la Amazonía, así lo determina el artículo 250, al expresar que “*El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del sumak kawsay*”. Todo esto, demuestra que la riqueza que posee el Ecuador, la diversidad ecológica, multicultural y multiétnica, están interligadas de manera muy profunda.

versa y se caracteriza en cuanto a su ámbito de aplicación y regulación, sobre ese grupo de personas indígenas (*derechos subjetivos*) y las cosas (*bienes u objetos de propiedad*). Sin duda, saldrían a flote las teorías de las inmisiones y las relaciones de vecindad. De hecho la Directiva 2004/35/CE y la LRM excluyen de su ámbito de aplicación los daños a particulares, a la propiedad privada, cualquier clase de pérdida económica, ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños u otros daños patrimoniales, consecuencia incluso del mismo hecho dañoso de tipo ambiental que originaría responsabilidad también ambiental (*considerando 14 y artículo 3.3 Directiva y artículo 5.1 LRM*).

Cada daño que trajo consigo la extracción del petróleo en tierras ecuatorianas (*sobretudo en la zona Lago Agrio - Sucumbíos*), simboliza lo que habíamos manifestado en un inicio respecto de la técnica del “*fracking*”. Si bien el desarrollo de esta actividad comercial e industrializada, ha traído mucha prosperidad a muchos países a nivel mundial, destacándose aún más el Ecuador (*con su “boom petrolero” comprendido en dos periodos, el de 1972-1979 y el de 2007-2014*); la otra cara de la moneda, expone los efectos colaterales que ésta conlleva, más aún, cuando el “*mal obrar*” de un operador de este tipo de actividades ha predominado, violando uno de los principios fundamentales del Derecho Ambiental, el “*duty of care*” o deber de prevención (*reconocido en la legislación estadounidense en el Common Law pero no en CERCLA -responsabilidad objetiva-; la comunitaria europea -Directiva 2004/35/CE-; y, la española -LRM y artículo 45 Constitución-, así como en la mayoría de ordenamientos jurídicos a nivel mundial*), que por ser además, una actividad de alto riesgo, se entendería incorporado en su actuar. Es la “*negligencia*” contraria al “*cuidado debido*” (*que la compañía debió plasmar*), lo que predominó y ha provocado que surjan daños en detrimento de la “*paccha mama*” o “*madre naturaleza*”,⁴⁸⁶ afectando de modo directo, la salud y por ende, la propia vida de quienes habitan en la zona amazónica (*los indígenas*), el desarrollo de sus actividades cotidianas, sus bienes, sus hábitos y reglas que presentan diferentes connotaciones jurídicas, pero que además reflejan a plenitud, lo “*puro*” de un “*daño ecológico*”.

⁴⁸⁶ Reconocida así por la Constitución del Ecuador (2008).

En efecto, el “*daño por contaminación*” que la compañía “*Chevron - Texaco*”, entraña un supuesto fáctico dañoso, deja en suspenso los mecanismos más usuales del Derecho, tanto en el ámbito civil como en el ambiental, sobretodo, la clasificación mayormente aceptada por la doctrina, respecto de los daños ambientales (*los “ambientales personales” y los “ambientales ecológicos puros”*). Nos apoyamos para sentar esta afirmación, en que este daño comprende en sí mismo, la dualidad de las clases de daños ambientales o mejor dicho, la fusión directa y evidente entre los “*daños personales ambientales*” como lo hemos preferido tildar y los “*daños ambientales ecológicos puros*”; están y van juntos de la mano.

Lo que queremos explicar es que no se trata de los “*daños ambientales*” de los que la Directiva 2004/35/CE y la LRM regulan con el fin de prevenirlos y en caso de que ocurran, instaurar su mecanismo de responsabilidad. Es un supuesto que va más allá de sus ámbitos de aplicación. En cuanto a los daños a particulares, no importaría su exclusión. Sin duda, la mayoría de daños que recaen sobre el ambiente pueden intervenir negativamente dentro de la esfera individual de una persona singular o de un grupo determinado de personas o conllevar daños patrimoniales, pero éstos últimos pueden perfectamente enmarcarse dentro del prototipo del daño civil clásico, pretendiendo además, la indemnización pecuniaria -*método principal de reparación en el ámbito civil*-. El hecho dañoso “*Chevron - Texaco*” demuestra no sólo esto, es decir, no sólo presenta un deterioro grave sufrido por el ambiente en su visión macro y micro, lesiones causadas a bienes jurídicos protegidos como la vida, afcción de derechos subjetivos como la salud o daños a la “*propiedad*”, entre otros.

El problema que se presenta es que ciertamente, cuando hablamos de la propiedad privada, no se trata en “*strictu sensu*” de aquella que el orden civil se ocupa. Hablamos de un bien que es propiedad de todos y de nadie. La Naturaleza. No hay un título jurídico privativo de dominio. Lo que hay, es una relación directa e inversamente proporcional de los indígenas con ella. Ambos forman un “*todo*”. Por eso, si equipamos Ambiente a Naturaleza, ante la producción de un daño ambiental, éste trasciende, inmediatamente sobre ellos. No se daña de manera indirecta a los personas como sucedería con los “*daños personales ambientales*”.

En el Ecuador, las áreas más conservadas de la amazonía son las

que están demarcadas a favor de los pueblos indígenas, las cuales están aún más tuteladas que los propios parques nacionales o las áreas de protección ambiental. Esto es debido a la profunda relación de reciprocidad y cuidado con la que los pueblos indígenas se relacionan con la tierra, la *“Paccha Mamma”* (*“Madre Tierra”*). El omnípotente respeto, adoración y agradecimiento que estos seres humanos brindan, cada día, a ese *“ser” natural* que ha llegado a representar lo que para el común de los mortales puede significar una *“madre”*. Ellos se sienten y viven como *“hermanos”* con todos los seres con los que conviven. La Naturaleza es para los indígenas su *“Mamma”* o *“Madre”*, la que les amamanta y sustenta. En otras palabras, es la que les da de comer y les permite vivir y desarrollarse como lo que son, como verdaderos seres humanos, asentados además en un territorio que el Estado ha reconocido y respeta como su lugar para habitar, desarrollarse, fomentar su cultura, incluso garantizando el sometimiento a su propia justicia (*la justicia indígena*). Una justicia diferente, creada únicamente para resolver los conflictos que se suscitaren entre ellos. Por eso la cuidan, la protegen y la defienden.

Este grupo humano demuestra que vive y depende de la Naturaleza a diario. No obstante, en el caso de los indígenas aislados, que son los que se encuentran en las regiones más remotas e intactas de la Amazonía, esta relación recíproca de cuidado e interdependencia mutua es aún más fuerte y delicada. Su existencia y sustentación depende por completo de la *“Paccha Mamma”*. De una u otra forma, lo que hemos de resaltar en ambos casos, es que existe una conexión sistémica, que a pesar de no contar con un carácter *“jurídico”*, en virtud de un título que los haga *“dueños y señores propietarios”*, se conectan con ella mediante un lazo que rebasa lo jurídico y que todavía, sin contar con ese título de dominio, ejercen el deber de cuidado, para luego hacer uso, gozar y disfrutar de los recursos naturales (*si se quiere en los términos del artículo 45 de la Constitución Española*). En efecto, la *“Paccha Mamma”* es la que les garantiza su *“sumak kausay”* (*“buen vivir”*) que en la vida de los ciudadanos aislados de la Naturaleza en un sentido físico y de manera objetiva, más se traduce a un *“vivir bien”*, sin tener nada que agradecer *-ni obligatoria ni moralmente-* a la Naturaleza por lo que comen, visten, etc. La felicidad se define o es vivida de manera distinta dentro de la Amazonía y más aún, dentro de cada tribu (*ya sea kichwa, cofán, tsáchila, huaorani, shuar, achuar, chachi, epera,*

siona, secoya, awa, zápara). No son felices con bienes materiales, que cuentan con un valor asignado en el mercado, bienes que si son dañados fácilmente podrían ser reparados mediante las herramientas clásicas provistas por el Derecho Civil (*compensación dineraria*). Todo lo que no dista de la Naturaleza, por ser tan exógeno al tráfico económico, podrá ser valorado tan fácilmente, por la propia naturaleza “*no ad valorem*” que a ella le caracteriza. Un daño que sobre ella recaiga, dañará bienes que “*valen oro*”, en sentido metafórico, pero que son difíciles de cuantificar por la falta de asignación de precios en el mercado comercial.

Es aquí cuando la “*pureza*” que pretendíamos demostrar empieza ya a cobrar sentido y tiene cabida. El caso “*Chevron-Texaco*”, es el que nos ha permitido ejemplificar en esencia lo que un verdadero “*daño ecológico puro*” implica. Este objeto de estudio, simboliza un daño ambiental que une a la Amazonía/Naturaleza e indígenas/seres humanos como un TODO. Representan juntos al “*Ambiente*” propiamente dicho (*concepción naturalística del daño*).

Es por ello, que alrededor de este caso circunda aquella problemática ya más o menos recitada. No se sabe dentro de qué régimen jurídico este hecho dañoso tan grave, podría encajar. No se lo puede dividir de manera tan sencilla, o mejor dicho, afirmar a raja tabla, que respecto de los daños a los recursos naturales, cabría *-de manera ficticia-*, aplicar o instaurar el régimen público, para que bajo el “*paraguas*” de la tutela jurídica que la Directiva 2004/35/CE y la LRM brindan, se logre imputar responsabilidad ambiental, garantizando además, que el daño alcance en consecuencia, una reparación “*in natura*” e “*in integrum*”; y, para los “*daños personales ambientales*” que lo acompañan, ensamblar el escenario clásico del Derecho Civil para activar el mecanismo de responsabilidad civil tradicional (*responsabilidad aquiliana*). Se trata de un hecho fáctico (*el caso jurídico más grande del Ecuador, descartando el caso odebrecht, provocado también por la riqueza que conllevan los recursos naturales, pero aún está sin resolverse*), que nos coloca ante la incertidumbre de qué régimen jurídico ha de aplicarse y al cual pretendemos brindarle una respuesta jurídica si cabe, de conformidad con los regímenes jurídicos estudiados. Sin embargo, no se sabe a ciencia cierta, si se debería Estamos ante una indeterminación jurídica respecto del mecanismo técnico-jurídico

que permita tutelar el ambiente pero que al mismo tiempo pueda amparar y garantizar que se reparen intereses y derechos subjetivos vulnerados y que según lo determinado por cada orden jurídico *-ya sea el clásico o el público-* pone en duda, cuál de ellos sería el más idóneo y correspondería emplear para lograr con precisión y éxito dicho fin *-la compensación y reparación del daño-*.

La polémica que ha suscitado este daño recae y pone en duda varios ámbitos del Derecho (*no sólo el ambiental, el civil, tributario, mercantil, administrativo, laboral y penal*). A esto hay que sumarle la duda doctrinaria que el caso suscita. Nos coloca ante figuras que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no tiene incorporadas en sus normas materiales, siendo la Ley, la fuente de derecho por excelencia (*la costumbre y doctrina son las otras fuentes*). Se imputa “*punitive damages*” de una manera tan dócil, como si aquella institución que la encontramos en el ordenamiento jurídico estadounidense pudiese aplicarse directamente a la compañía “*Chevron-Texaco*”, porque la Corte de Sucumbíos se ha permitido considerarlos como creación “*doctrinaria*”. Alejándonos un poco de los factores de corrupción que sobre el caso versan, lo que queremos reflejar respecto de este daño, es que lo tiene todo, por cierto, todo lo “*adverso*” y “*significativo*”, si acatamos la terminología empleada por la Directiva 2004/35/CE y la LRM. Entonces, cumpliría en principio, con los requisitos que dicha normativa exige para categorizarse como un “*daño ambiental*” (*concepción valorativa*). El punto central de conflicto que aquí se presenta, es que esa adversidad y significatividad recae no sólo sobre el ambiente, sino también sobre las personas. La peculiaridad del caso, como ya hemos dado a conocer, es que no se trata de un colectivo como cualquier otro que habita dentro del mismo país. Son un grupo humano reconocido y protegido constitucionalmente por su acervo histórico y tradiciones culturales que lo caracterizan, que permite diferenciarlo además del resto a nivel interno como externo. Los indígenas, son ese colectivo, que tienen un “*lazo*” en común y que los hace totalmente dependientes de un bien supremo. “**LA NATURALEZA**”. Esa dependencia genera una mutua dependencia, que es lo curioso, lo novedoso y especial que caracteriza a este “*daño ambiental*” o mejor dicho “*daño ecológico puro*”, en plenitud.

A todo esto, le debemos sumar la dificultad que trae consigo la

“*mensurabilidad*” del daño ocasionado. Sin embargo, por todo lo antes expuesto, se puede colegir, que resultaría casi imposible reparar todos los daños generados, más aún de manera “*in natura*”.

Por lo tanto, no creemos que se trate de un “*daño ambiental personal*” que se lo pueda tratar aisladamente bajo el sistema tradicional (*extracontractual, como se procedió también en Ecuador a falta de normativa expresa*) o como un daño “*ecológico puro*” solamente en consideración a la lesión de los componentes naturales del ambiente. Consideramos que el caso, más bien, respresenta en esencia la verdadera pureza que un “*daño ambiental ecológico puro*” trae consigo. La pureza está representada en que el daño lo integra todo directamente, elementos naturales dañados, incluidas las afecciones sucintas sobre una colectividad, representada de manera sucinta por ese grupo humano peculiar (*los indígenas*) que viven de ella de una manera tan “*natural*” y permantezan en ella, también en un verdadero “*estado natural*”. Este caso es la verdadera prueba de pureza de un ambiente lesionado con afecciones individualizadas y que han repercutido en la vida misma de un grupo humano con características inherentes a su origen, jurídicamente reconocido y libre de vivir como “*dueños y señores*” (*en los términos jurídicos de orden constitucional*) de la “*Paccha Mamma*”, por darle gracias y por retribuirle lo que ésta le brinda: VIDA PURA; VIDA MISMA. El estado puro de vida, los hace actuar como “*dueños*”, a pesar que los recursos naturales (*incluyendo los no renovables, como el petróleo*) en su mayoría sean demaniales (*del Estado, de la colectividad*). El “*modus operandi*” de vida de este colectivo, supera cualquier otro modo instaurado por los demás seres humanos pertenecientes al propio país. Es así, como la propia Constitución del Ecuador, lo ha reconocido y lo ha garantizado. El Estado en uso de su soberanía, ha instaurado un sumo respeto a una de las áreas más ricas del país en cuanto a diversidad de recursos naturales y culturales.

En consecuencia, con base en todos los precedentes hasta aquí instaurados, lo que queremos demostrar, es que no bastaría establecer ni tendría cabida la clasificación más usual de los “*daños ambientales*” que doctrinariamente se ha desarrollado dentro de la corriente jurídico-ambiental, a la que ya hemos referido en todo este capítulo. Empero, si lo que buscamos es resolver a plenitud el inconveniente planteado, debemos despejar y aclarar otras

incógnitas que iremos exponiendo en el transcurso de este paraje y en el siguiente capítulo también. Está claro que aún no podemos dar una respuesta tan precisa, hasta determinar cuál de los dos sistemas debemos optar, el civil o el público (*ambiental*).

1.19 Los daños “*tradicionales*” en el marco de la Directiva 2004/35/CE y la LRM

A lo ancho de todo el contenido descriptivo, normativo y analítico desarrollado hasta el momento, se destacó que uno de los problemas latentes en materia ambiental, es aquel que marca una línea divisoria o pone en la cuerda floja lo civil y lo ambiental propiamente dicho (*como sucede con aquel “supuesto de daño ecológico puro” que el caso “Chevron - Texaco” representa, pues lo abarca todo de manera simultánea tal como ya lo hemos descrito*). Un poco más simple diremos, que el problema se suscita cuando además de un daño ambiental aparecen también daños tradicionales pero de manera concomitante, como en el caso que lo venimos tratando en el que la relación de dependencia entre la Naturaleza y los indígenas es directa y única. Este hecho es el a su vez, impide determinar a ciencia cierta si deben o no, quedar incluidos dentro del concepto de “*daño ambiental*”, que propugna el marco normativo de la Directiva 2004/35/CE y la LRM.

La Directiva ha dado un giro copernicano al dejar de lado los daños tradicionales al igual que la LRM. Lo que propugnó la Directiva 2004/35/CE, es que no todo daño va a ser susceptible de protección y el primer efecto directo que esto trajo consigo, fue que la LRM española al transponerla,⁴⁸⁷ también haya determinado que estará

⁴⁸⁷ Ley 26/2007, artículo 5 “*Daños a particulares*”: “1. Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación. Sin embargo, indirectamente en su inciso número 2 se protege a los particulares de la siguiente manera: “2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El

ausente su protección, cuando hayan daños no ambientales o lesiones causadas que sufran las personas naturales o surja cualquier tipo de pérdidas o vulneración derechos como los antes expuestos, por ser externos a su objetivo primordial: la prevención y reparación del daño ambiental, a pesar de que aquellos hayan proveniendo de un mismo hecho que darían lugar a responsabilidad ambiental. En principio, del contenido de los textos legales que sobre responsabilidad ambiental, han incorporado tanto la Directiva 2004/35/CE (*considerando 14*) como la LRM (*preámbulo II y artículo 5.1*), se denota que ambas han restringido aún más el concepto de “*daño ambiental*”, al concebirlo como a aquél en virtud del cual, cualquier tipo de afección a los particulares se encuentra excluido. Por lo tanto, no se puede elevar tal “*afección*” a la categoría de “*daño ambiental*”, por no tratarse de un daño ocasionado al “*ambiente en sí mismo considerado*” o no constituir como “*un perjuicio no económico ocasionado indirectamente a las personas*”.⁴⁸⁸ Dicho de otra manera, el sistema no es extensible a las lesiones causadas a las personas naturales, a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica, ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños.⁴⁸⁹ Sin embargo, del articulado de la Directiva 2004/35/CE, se puede colegir, en comparación con lo instaurado por la LRM en cuanto a este aspecto -*para tratar la exclusión de los daños a particulares*-, que son bastante similares, pero la LRM lo hace de un modo más completo o menos defectuoso que la primera (*que además aquella prevé únicamente en su considerando 14 esta exclusión*).

De esta manera, quedarían todos los casos de daños causados a las personas y que no sean de carácter ambiental, sometidos a su

responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda”. Finalmente, en este artículo, la LRM impone obligaciones al operador para hacer frente a reclamaciones que pueden provenir de particulares, estableciendo en su inciso 3, que “*En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello*”.

⁴⁸⁸ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 66.

⁴⁸⁹ Iñaki Lansagabaster Herrarte, Agustín García Ureta e Iñigo Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental (Parte General)*, segunda edición, (Bilbao: Lete, 2007), 420-421.

regulación autónoma, ya que el fin para el cual fue creada la norma, es garantizar la reparación de intereses no de naturaleza privada sino pública.⁴⁹⁰

Con esta disposición legal (*artículo 5*) a nuestro parecer se crea un efecto “*bumerán*”.

Ciertamente, una peculiaridad que comprende el “*daño ambiental*” para la instauración de la responsabilidad ambiental, es el doble enfoque o perspectiva que engloban algunos recursos naturales. Éstos pueden concebirse tanto como bienes de dominio público⁴⁹¹ y

⁴⁹⁰ Véase, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16^a), sentencia núm. 177/2009 de 31 de marzo (JUR/2009/378888, en la que se establece que: “... *Seguramente es por ello que la Ley 26/2007, sobre Responsabilidad Medioambiental (que transpone la Directiva 2004/35/CE) diseña una responsabilidad de carácter objetivo (no aquiliana) pero marcadamente administrativa hasta el punto de dejar claro en su art. 5 que tal ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones o daños causados a particulares, ni a ningún tipo de pérdida económica o cualquier otro daño patrimonial que tenga condición de daño medioambiental aunque fuera consecuencia de hechos que dan lugar a responsabilidad medioambiental. Esta Ley... sirve para poner en evidencia la improcedencia de la hipertrofia e hiperobjetivación que se pretende del art. 1902 del Código Civil que, no solo violenta cualquier interpretación razonable del mismo, sino que llegaría a hacer innecesarias Directivas o Leyes sobre cualquier materia concreta, incluida toda la normativa contractual del propio código*”.

⁴⁹¹ Blanca Lozano Cutanda, «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la directiva 2004/35/CE», *revista electrónica de derecho ambiental “medio ambiente & derecho* 12-13 (2005): 1. La autora hace referencia a los denominados “*daños públicos ambientales*” o “*daños ambientales autónomos*”, justamente para enfocarse que éstos “*se derivan del hecho de que el ambiente está fundamentalmente integrado por bienes públicos (ya sean bienes pertenecientes al dominio público, como el agua, las costas, los montes públicos, ya sean bienes que con independencia de su propiedad pública o privada están adscritos a su conservación y al uso público compatible con la misma, como es el caso de los espacios naturales protegidos, o se trate, por último, de bienes carentes de titularidad, como es el caso de la atmósfera, pero de utilización pública por todos los ciudadanos), por lo que existen multitud de atentados ambientales que no producen ningún perjuicio individual*”. Por otra parte, los daños a los “*bienes de dominio público*”, presentan problemas inherentes a la protección del ambiente, cuestiones relativas por ejemplo a la legitimación activa, el resarcimiento, la protección en definitiva de los intereses de la colectividad, no encuentran una respuesta fácil en los esquemas tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual ambiental que se analizará en el siguiente capítulo de este

a la vez, pueden ser considerados como bienes de propiedad o de titularidad privada.⁴⁹² Esta doble visión, hace que dentro del concepto genérico de daño se vean integrados dos campos del Derecho. Por un lado, el ambiental, por verse afectado el ambiente; y por otro lado, el civil, con lo cual, cobraría vida, nuevamente, el mecanismo de responsabilidad civil extracontractual, al tratarse de un bien privado. De otra manera, diremos que de haberse producido un daño sobre algún recurso natural, se derivan dos supuestos con consecuencias jurídicas distintas, efecto directo de la doble lesión consolidada. Por un lado, los derechos del titular del bien o del recurso se habrían vulnerado/lesionado; y, por otro lado, también está presente una lesión al ambiente propiamente dicho.⁴⁹³ Pero, el

trabajo, aunque hay que reconocer que la LRM ha dado respuesta, con mayor o menor acierto a todas estas situaciones.

⁴⁹² Iñaki Lasagabaster Herrarte, Agustín García Ureta e Iñigo Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental (Parte General)*, segunda edición (Bilbao: Lete, 2007), 442-443. Los autores consideran que: “*Al margen de que el propio ordenamiento civil aluda expresamente a supuestos de daños causados por fenómenos como los humos excesivos nocivos a las personas o propiedades, o a las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, etc., los bienes dañados, por cualquier causa, pueden tener carácter ambiental: el suelo o la cubierta vegetal, una plantación forestal o un acuífero subterráneo, por ejemplo. El ordenamiento permite que estos recursos naturales o bienes ambientales puedan ser de titularidad privada o pública*”.

⁴⁹³ José Esteve Pardo, *Derecho del Medio Ambiente*, tercera edición (Madrid: editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2014), 93-94. En torno a esta peculiaridad que presentan los daños ambientales, el autor explica que “*habitualmente son susceptibles de valoración desde una doble perspectiva. Una es la estrictamente medioambiental: la pérdida o deterioro de un recurso natural o un bien con significación ambiental destacada por las negativas consecuencias ecológicas que de ello se derivan*”. La otra es la perspectiva patrimonial: el bien dañado o destruido puede perfectamente estar bajo la titularidad de una persona, pública o privada, que sufre así una pérdida o detrimento patrimonial. No obstante, ilustra el autor, que también “*podría extenderse esta perspectiva a los daños a la salud, cuya recuperación requiere de unas intervenciones médicas y unos tratamientos que tienen también un coste económico*”, para lo cual propone el siguiente ejemplo: “*... un bosque de alto valor ecológico que está bajo la titularidad dominical de un particular, o de una municipio (los municipios... son los principales propietarios forestales)*. Ante ello, manifiesta que si ese bosque se destruye por un incendio se habrá producido un daño con una doble naturaleza o dos daños si así se lo quiere entender. Por un lado, un daño patrimonial: la propiedad ha perdido valor con la quema del suelo del bosque. Por otro lado, un daño ecológico: se ha destruido un bien no sólo con un destacado valor ecológico (no sólo un valor en sí mismo, autónomamente considerado), sino también un valor por su destacado protagonismo en los procesos ecológicos esenciales y su

problema no socava ahí. El bien afectado *-en sí mismo o en cuanto a sus funciones naturales-*, podría ser además, un bien de dominio público o podría estar bajo la titularidad (*incluso parcialmente*) de una persona privada (*natural o jurídica*). El recurso natural “suelo” claramente puede colaborar a ejemplificar esta duplicidad de daños a la que nos referimos, pudiendo sufrir el recurso un daño en tanto bien natural es, producto de cualquier contaminación o pudiendo además, representar una lesión a un derecho subjetivo, producto también de esa contaminación.

Lo que se quiere decir con todo esto, es que los daños ambientales (*un vertido contaminante, un escape a la atmósfera de sustancias tóxicas, la contaminación del suelo, etc.*), a pesar de que pueden producir dos tipos de lesiones de naturaleza jurídica muy diferente, a veces ambos tienen lugar simultáneamente. No obstante, cuando por un lado, se hayan ocasionado daños en los bienes o derechos privados de las personas o respecto de sus derechos; y, por otro, existan daños sobre el ambiente, sin que se haya producido ninguna lesión individualizada, estaríamos ante lo que doctrinariamente se han denominado “*daños ambientales autónomos*” o “*daños públicos ambientales*”.⁴⁹⁴ La justificación de su denominación radica en la inexistencia de derechos o intereses legítimos particularizados que hayan sido vulnerados a consecuencia del daño ambiental, que por ende, imposibilita exigir responsabilidad por la vía civil o la responsabilidad patrimonial de la Administración.⁴⁹⁵ Además, dado que, el ambiente está fundamentalmente integrado por bienes públicos, existen varios atentados de tipo ambiental que no conllevan perjuicios individuales.

En efecto, el “*daño ambiental*”, no es un daño que versa sobre derechos subjetivos *-derechos personales-*, o bienes patrimoniales incluso con carácter ambiental de un titular privado como podría ser *el suelo*. No se amparan esos derechos o bienes, porque son el núcleo principal del instituto clásico de responsabilidad civil. Tienen que recurrir a ese sistema para lograr su reparación.

significación para otros bienes como la pureza del aire, la pureza de las aguas, el refugio de fauna silvestre, etc.

⁴⁹⁴ Lozano Cutanda y Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, 80-84.

⁴⁹⁵ Lozano Cutanda, «La responsabilidad por daños ambientales», 1.

Ciertamente, para eso fue creado el Derecho Civil y a través de él se protege y se ha protegido siempre los derechos “*tradicionales*”, con acuso incluso de las teorías de las inmisiones y las relaciones de vecindad, que surgieron cuando los primeros daños con matiz ambiental se presentaron.

Lo más importante a la hora de categorizar el daño, es tomar en cuenta si un sujeto, que además es titular de unos derechos, se vio afectado no sólo porque sus bienes/derechos fueron lesionados por una acción u omisión de otro actor. El problema es determinar si ha sufrido esos daños a consecuencia de los daños ocasionados a los bienes ambientales. Está claro que no importa si el daño se produjo directa o directamente. A secas, hablamos de que existe un daño ambiental, que es de doble partida y se produce de manera simultánea.

En todo caso, uno y otro supuesto nos intrumete en dos conflictos, los cuales están estrechamente relacionados con la determinación de la responsabilidad jurídica y el de la legitimación jurídica-activa para exigirla. Sin embargo, ambas situaciones, la conducta humana como el hecho dañoso no dejan de ser antijurídicas. Por lo tanto, se puede exigir responsabilidad y cabría la exigencia de que el daño sea reparado en tanto éste es antijurídico.

1.20 La doble reclamación/indemnización ante la presencia del “*daño ecológico puro*”

Todo lo explicado anteriormente, en relación con la exclusión expresa del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/35/CE y la LRM de los daños tradicionales (*considerando 14 y artículo 5.1 LRM*), se complementa con una disposición legal que también está consagrada, tanto en la misma normativa. Se trata de una norma, que pretende evitar que un particular a pesar de haber sido afectado en su propiedad privada como consecuencia de algún “*daño ambiental*”, pudiese cobrir una indemnización a través de un método que se registra dos veces; en palabras más coloquiales, por “*partida doble*”. La norma a la que aludimos, se refiere a la prohibición de la “*doble recuperación de costes*” (*artículo 16.2 Directiva 2004/35/CE*) o “*doble reparación*” (*artículo 5.2 LRM*).

La LRM ha incorporado esta prohibición dentro del mismo artículo que refiere a los “*Daños a particulares*”. La incorporación de esta norma representa para algunos,⁴⁹⁶ un punto fortificado de la normativa de responsabilidad ambiental y que a otros les resulta lógico pensar, que si el particular sufre daños en sus bienes que pudiesen ser catalogados como ambientales, el particular no puede exigir al causante que tales daños sean reparados o indemnizados por la vía civil, si ya han sido éstos reparados en aplicación del sistema público de responsabilidad (*porque se lo ha exigido la Administración Pública*). No es menos cierto que dentro de la misma norma, al responsable del hecho dañoso que hubiese hecho frente a una doble reparación (*frente al particular y frente a la Administración*) por un concepto idéntico (*daños ambientales*), habrá de serle reconocido el derecho a reclamar del perjudicado, la devolución o compensación que procediera, pues ha pagado demás (*artículo 5.2*). Esta prohibición está contemplada dentro de la normativa comunitaria, enmarcándola como “*doble recuperación de costes*” (*considerando 29 Directiva 2004/35/CE*), en virtud de la cual, se ha dispuesto que puede ser totalmente prohibida por el legislador interno (*artículo 16.2 Directiva*) y es natural que así lo haya hecho el legislador español (*artículo 5.2 LRM*). Mientras tanto, otros,⁴⁹⁷ consideran que tal vez pudo haberse previsto que los afectados tuviesen que ceder sus pretensiones de responsabilidad civil a la autoridad pública para evitar esa duplicidad de indemnizaciones y reclamaciones. Para ello, recomiendan articular mecanismos para que un órgano judicial del campo civil, v.gr., no se intrometa con las medidas adoptadas por la autoridad pública de conformidad con la LRM.

En el contexto estadounidense, también existe una norma específica que prohíbe la “*doble recuperación*”, la cual parece haber influenciado sobre el legislador comunitario y español. Los estados que hayan erogado pagos del “*Fund*” para cubrir los “*response costs*” u otros costos autorizados, no pueden pagar ninguna otra demanda con el dinero proveniente del “*Fund*” por los mismos

⁴⁹⁶ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...* 421.

⁴⁹⁷ Ruda González, *El daño...*, 146.

costos (*CERCLA 112 (f)*).⁴⁹⁸ Como ya sabemos, CERCLA, trata únicamente los daños a los recursos naturales, por lo tanto, las pérdidas de las ganancias u otros “*daños*”, aunque estén reconocidos legalmente en el ordenamiento jurídico, no son recuperables bajo este estatuto. Son los estatutos estatales de materiales peligrosos, los que incluyen los daños por pérdidas económicas.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ Cf. *CERCLA (112 (f)) “Double recovery prohibited.- Where the President has paid out of the Fund for any response costs or any costs specified under section 111(c)(1) or (2), no other claim may be paid out of the Fund for the same costs”*.

⁴⁹⁹ Ferrey, *Environmental Law*..., 449.

CAPÍTULO II. “EL FRACKING”

Ese componente químico complejo, compuesto mayormente de hidrógeno y carbón con cantidades mínimas de sulfuro, nitrógeno y oxígeno, es el tan famoso y controvertido “Petróleo”. Es el que domina la mayoría de las cuentas de la historia de la energía del siglo XX. Se presenta en estado líquido, gaseoso e incluso en formaciones sólidas en rocas sedimentarias, las cuales incluyen restos superpuestos de animales y plantas depositados en mares poco profundos, que luego han sido secados y sometidos a una gran presión durante decenas de millones de años. Por lo tanto, los combustibles fósiles (*carbón, gas natural, gas licuado de petróleo y el petróleo*) son de origen orgánico, aunque no son renovables, según lo demuestra la historia humana investigada y registrada (*como sucede con la madera, el cuero, el papel*). Todos los elementos referidos, se producen en bolsas de la corteza terrestre, a veces cerca de la superficie. En el caso del petróleo, a decenas de miles de pies debajo de la superficie. El petróleo y el gas se extraen mediante la perforación de pozos en dichos “bolsillos”. Los productos refinados (*como la gasolina, el combustible de aviación, el combustible para calefacción, el combustible para camiones diesel, etc.*) y el gas natural son productos derivados de petróleo. En el pasado, se usaba el petróleo en Egipto, en la conservación de las momias, y en la época de los romanos, se lo transformaba en combustible para el alumbrado. El primer pozo petrolífero que se realizó en los Estados Unidos fue en el año 1859, en Titusville, Pennsylvania.⁵⁰⁰

La rápida expansión de la industria en los EE.UU., entre 1990 y 2010, determinó que las operaciones del “*fracking*”, se duplicasen en una cifra de más de 500.000 pozos y aún continúen expandiéndose rápidamente. Estados, como Dakota del Norte y Pensilvania, han visto aumentos dramáticos en la escala de operaciones del “*fracking*”. California, también está sentada en una gran reserva de “*shale oil reserve*”. Según algunas opiniones, el “*fracking*” ha comenzado o pronto comenzará a ejecutarse en los Estados que anteriormente no lo hacían, como Illinois.⁵⁰¹ Niall

⁵⁰⁰ Vid., *Ibid.*, 573-574.

⁵⁰¹ Michael Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», *Michigan State Law Review* (2013): 1499-1500.

Ferguson -historiador y comentarista conservador de Harvard-, en noviembre de 2012, advirtió que la técnica de producción de petróleo y gas conocida como “*hydraulic fracturing*” (*fracturación hidráulica*), o más coloquialmente tratada sólo como “*Fracking*”, inaugurará una nueva era económica, la “*Golden Age*” para los EE.UU.⁵⁰² (véase ilustración núm. 8), la cual trae consigo un “*renacimiento en la manufactura*”, debido al surgimiento de empleos dentro del sector energético, acompañado de un dólar fuerte.⁵⁰³

Las naciones industrializadas han desarrollado sus economías tras la dependencia del uso del petróleo y sus derivados, así como de la electricidad. Los EE.UU. (*es uno de los mayores productores a nivel mundial de petróleo*). Las operaciones de “*fracking*” en múltiples estados, suelen dibujar simultáneamente “*juegos*” transfronterizos, como las formaciones Marcellus, Bakken, Antrim, New Albany y Niobrara.⁵⁰⁴ En otras partes del mundo, el papel del petróleo también sigue siendo aún profundo. Ecuador por ejemplo. El “*fracking*” es “*all the rage*”.⁵⁰⁵

Ilustración núm. 8⁵⁰⁶ **La producción de líquidos de plantas de petróleo crudo y gas natural de EE.UU.**

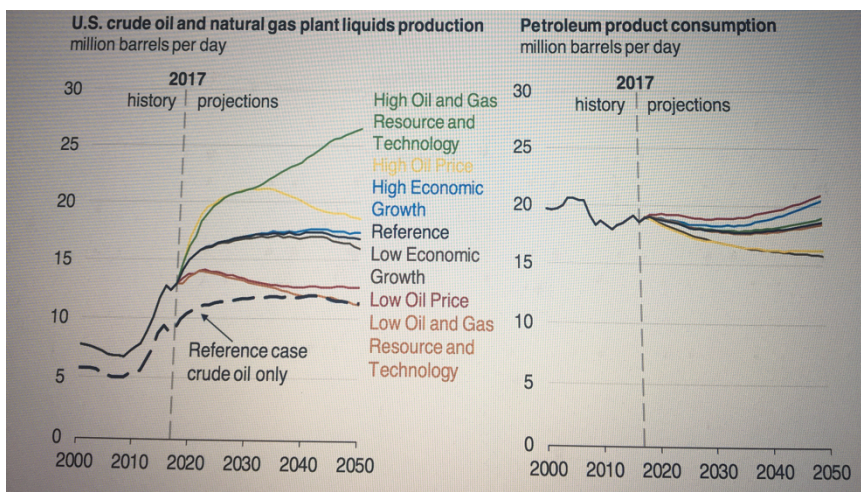
⁵⁰² *Ibid.*, 1484. Vid., «Annual energy outlook 2018 with projections to 2050», U.S. Energy Information Administration, 42 y ss., acceso el 1 de marzo de 2018, en <https://www.eia.gov/outlooks/aeo/pdf/AEO2018.pdf>.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1499-1500.

⁵⁰⁵ En el año 2010, los EE.UU. consumieron aproximadamente el veinte y cuatro por ciento del petróleo del mundo, y solamente del ocho al nueve por ciento del petróleo fue producido en dicho país, lo cual requirió que importasen casi dos tercios de su petróleo. Alrededor del 40 por ciento del uso de energía de EE.UU. se deriva del petróleo, mientras que el 25 por ciento se deriva del gas natural. Vid., Ferrey, *Environmental Law...*, 573-574.

⁵⁰⁶ Ilustración obtenida de «Annual energy outlook 2018 with projections to 2050», Energy Information Administration, 43, acceso el 1 de marzo de 2018, en <https://www.eia.gov/outlooks/aeo/pdf/AEO2018.pdf>.



- “En el caso de referencia, se proyecta que la producción de petróleo crudo de Estados Unidos en 2018 superará el récord de 9,6 millones barriles por día (b / d) establecidos en 1970 y continuarán creciendo a medida que los productores aguas arriba aumenten la producción debido a los efectos combinados del aumento de los precios y la reducción de los costos de producción.
- Con el desarrollo continuo de los recursos de petróleo y gas de esquisto, producción de líquidos de plantas de gas natural alcanza los 5,0 millones de b / d en 2023, casi un 35% por encima del nivel de 2017.
- La producción total de líquidos varía ampliamente bajo diferentes suposiciones sobre recursos, tecnología y petróleo precios. La producción es menos variable en los casos de crecimiento económico debido a que los precios internos de la boca de pozo son menos sensible a los supuestos de crecimiento macroeconómico.
- Con niveles más altos de actividad económica y precios relativamente bajos del petróleo, el consumo de productos derivados del petróleo aumenta en los casos de alto crecimiento económico y bajo precio del petróleo, y se mantiene relativamente plano o disminuye en los otros casos hasta el 2050”.⁵⁰⁷

No obstante, existe un debate sobre el “fracking”, nada disfrazado, que ha dominado el discurso de muchos gobiernos, sobretodo el de los EE.UU. Por un lado, unos creen que esta operación ha contribuido a la revitalización del imperio americano. Por otro lado,

⁵⁰⁷ Ibid., (lo descrito arriba corresponde a traducción nuestra).

otros ponderan el deterioro de los valores americanos.⁵⁰⁸ *¿Cuál sería entonces, la posición más acertada o la que se debería crear?*

No se puede objetar el impacto extraordinario que la industria ha tenido en la economía a nivel local, estatal y nacional, principalmente en los EE.UU.,⁵⁰⁹ pero, tampoco es menos cierto, que el consumo del petróleo es una de las principales causas de la contaminación mundial⁵¹⁰ y de causar daños ambientales catastróficos.

Los usos principales derivados del consumo de petróleo y gas natural, constituyen la forma dominante de la energía de la calefacción utilizada por los hogares y las industrias. Los combustibles fósiles también son combustibles usados para hervir el agua para producir la energía eléctrica. Sin embargo, el mayor valor del petróleo y del gas natural hoy en día, puede encontrarse en sus usos como “*feed-stocks*” (*reservas de alimento*) para la producción de materiales sintéticos, esenciales en la era moderna (*como el caucho sintético, plásticos, petroquímicos, nylon, revestimientos sintéticos y otros materiales*). Los desarrollos en la tecnología utilizada para extraer petróleo y gas de las formaciones rocosas de esquisto, particularmente el mejoramiento en la “*hydraulic fracturing*” o fracturación hidráulica, comúnmente conocido como “*fracking*” o “*hidrofracking*”,⁵¹¹ han hecho que sea económicamente factible alcanzar depósitos minerales previamente inaccesibles. Como resultado, sobretudo en los EE.UU., la industria energética ha incrementado la producción de gas en la formación de esquisto en Marcellus, que se extiende a partes de Ohio, West Virginia, Pensilvania y el sur y centro de Nueva York. El petróleo además, ha impulsado al motor de combustión interna que espolea la mayoría de los vehículos a nivel mundial. Esa movilidad, especialmente desde la Segunda Guerra Mundial, ha instaurado patrones de migración *-de vida y trabajo dispersos-*, expansión suburbana y diseño de entornos urbanos y suburbanos en varias

⁵⁰⁸ Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1484 -1485.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ Ferrey, *Environmental Law...*, 574.

⁵¹¹ La fracturación hidráulica es un proceso mediante el cual el fluido se bombea bajo tierra a alta presión para extraer petróleo o gas. Vid., Ellen Burford, «The Need for Federal Regulation of Hydraulic Fracturing», *The Urban Lawyer* 3, vol. 44 (2012): 577-588.

naciones, los cuales a pesar de haber contribuido al viaje diario, con sus interrupciones de transporte concomitantes, pérdida de tiempo, han hecho que el petróleo se erija como una necesidad moderna, a pesar de la contaminación que no se puede negar que éste entraña.

La controversia del “*fracking*”, es atribuible a diversos factores que están interrelacionados: el contenido químico no revelado de los llamados “*fracking fluids*” (*fluidos de fracking*), las mezclas inyectadas en los pozos perforados en la tierra para estimular o mejorar la producción; los riesgos inciertos de la contaminación del agua subterránea y el miedo que inspira el riesgo,⁵¹² la inadecuada regulación de las “*wastewaters*” (*aguas residuales*) a la superficie y todos los daños ambientales y comunitarios altamente visibles.⁵¹³ El derrame de petróleo del tanque petrolero “*Exxon Valdez*” fue uno de los daños ambientales extremadamente visibles. No obstante, el petróleo y los productos refinados de petróleo están exentos de la cobertura de CERCLA. La mayoría de las Cortes no requieren una obligación implícita para restaurar las instalaciones del sitio de producción, sino que permiten el uso razonable de la propiedad.⁵¹⁴ Cerca de veinte años de litigios siguieron al derrame de “*Exxon Valdez*”, y no hubo sólo un caso, sino muchos. La explosión del “*Deepwater Horizon*”, debido a la detonación del pozo que se perforaba en Macondo (*el sitio de exploración*) es otro catastrófico ejemplo que se ha registrado en la historia. Para algunos críticos de la industria, la cantidad exuberante descubierta de combustibles fósiles, proporciona al país una desviación desde el aumento en la producción de energía renovable y, eventualmente una economía libre de carbono necesaria para combatir el cambio climático y asegurar la sostenibilidad económica y ambiental en un “*post-peak oil world*” (*mundo del petróleo post-vistazo*).⁵¹⁵

Para otros, la contaminación ambiental llegó para quedarse para siempre. La forma de vida moderna ha permitido que la amenaza de la contaminación ambiental sea cada vez más evidente y parte de nuestra rutina diaria. La consecuencia legal de la contaminación ambiental, es el surgimiento de un régimen de responsabilidad

⁵¹² Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1486.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ Véase, *Warren Petroleum Corp. v. Monzingo*, 157 Tex. 479 (Tex. 1957); *Tenneco Oil Co. v. Allen*, 515 P. 2d 1391 (Okla 1973).

⁵¹⁵ Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1486.

ambiental. La globalización del riesgo ambiental plantea un desafío creciente para los responsables de la formulación de políticas, a pesar de que las reglas de responsabilidad por daños ambientales siguen estando subdesarrolladas. A pesar de la negociación e implementación de numerosos acuerdos ambientales internacionales, no existen disposiciones detalladas que instauren responsabilidad a los actores estatales y no estatales por el daño ambiental, lo cual se relaciona con los medios para estimar la responsabilidad a través de las fronteras nacionales. La mayoría de los tratados ambientales multilaterales establecen que las partes signatarias deben actuar de acuerdo con el principio de la responsabilidad del Estado por un daño ambiental, sin embargo, la naturaleza de las disposiciones de responsabilidad y compensación no están prescritas.⁵¹⁶ Este movimiento hacia un régimen de compensación por un daño ambiental, impulsado por actores privados, ha convertido a los tratados de responsabilidad civil en el móvil preferido para el desarrollo de normas en este campo. El primer régimen fue el de responsabilidad civil por contaminación del petróleo marino.⁵¹⁷ En este instrumento, se ampliaron las obligaciones de indemnización más allá de los daños personales y daños materiales causados por el daño ambiental y ha servido como modelo para el desarrollo de las reglas de responsabilidad para el transporte de mercancías peligrosas, el transporte marítimo, transporte de sustancias peligrosas y nocivas y revisiones de las disposiciones de responsabilidad civil por daños nucleares. El tipo de responsabilidad instituido por este régimen, fue el de responsabilidad objetiva, es decir, sin la necesidad de probar la negligencia. Sistema que se ha convertido en norma expresa en los diferentes ordenamientos jurídicos del globo terráqueo, a la hora de imputar responsabilidad por “*daños por contaminación*”. Se ha racionalizado además, como un medio eficaz y equitativo para incorporar el principio “*quien contamina paga*” en el campo de la responsabilidad ambiental.⁵¹⁸

No obstante, la controversia se ha exacerbado aún más, debido a que el “*fracking*” está exento de regulación en CERCLA y en distintos “*environmental federal statutes*” (*estatutos ambientales*

⁵¹⁶ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 98.

⁵¹⁷ *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution* -CLC, 1992

⁵¹⁸ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 98-99.

federales), como la “*Safe Drinking Water Act (SDWA)*”, la “*Clean Water Act*” (CWA), el “*Resource Conservation and Recovery Act (RCRA)*”, y el “*Emergency Planning and Community Right to Know Act (EPCRA)*”.

2.1 Aproximación al proceso técnico del “*fracking*”

El “*fracking*”, será considerado en el marco de nuestro análisis como aquel que se refiere no sólo al momento en que un operador “*fractura*” literalmente una “*unconventional formation*” (*formación no convencional*), sino también al proceso de exploración y producción del cual forma parte. Desagregando paso a paso lo que el desarrollo del proceso implica, existen algunas fases imprescindibles y necesarias de describir.⁵¹⁹

- a) **Primera fase del proceso:** Se realizan las pruebas necesarias para determinar que el petróleo y el gas estén presentes en un sitio determinado.
- b) **Segunda fase:** Una vez se confirme afirmativamente ese resultado, posteriormente se procede a la obtención de los derechos y permisos necesarios para taladrar.
- c) **Tercera fase:** el “*Operador*” construye el “*well site*” (*sitio del pozo*) y si es necesario el camino de acceso a él. Es él quien lleva entonces, el agua, la arena, los productos químicos, el equipo y las “*facilities*” requeridos; mezcla los productos químicos y la arena con el agua para crear su “*fracking fluid*”.
- d) **Cuarta fase:** Aquí el operador ya puede comenzar a perforar. En las “*unconventional formations*” donde se lleva a cabo el “*fracking*”, el “*Operador*” perforará miles de pies -a menudo muy por debajo de las reservas más convencionales de petróleo y gas; y probablemente, de la mayoría o de todos los suministros subterráneos de agua potable-, aplicando varios lodos y fluidos de perforación a la

⁵¹⁹ Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1492-1493.

roca (“*drilling muds and fluids to the rock*”). La perforación y la producción que continúa resulta en agua natural de la formación llamada “*produced water*”, la cual sube a través del pozo a la superficie. El “*Operador*” almacenará el “*produced water*” -*que puede contener altos niveles de sales y salmueras,*⁵²⁰ *así como material radiactivo de origen natural-* en un pozo o tanque cerrado (“*pit or enclosed tank*”) en el sitio. Eliminará, entonces, el “*produced water*”, ya sea a través de inyección subterránea en un “*disposal well*” (*pozo de eliminación*) separado (*para lo cual necesitará un permiso expedido bajo la “SDWA”*), por medio de una descarga a una planta de tratamiento de aguas residuales (*para lo cual necesitará un permiso expedido bajo la “CWA”*) o a través de la aplicación al suelo o “*land application*” (*para lo cual puede requerir un permiso bajo la “state law”*). Luego, el “*Operador*” fractura hidráulicamente la “*formation*”, inyectando millones de galones de agua altamente presurizada (*es decir, comprimida y a presión*) mezclada con productos químicos y “*proppants*” (*apuntalantes*) bajo el pozo. La presión provoca perforaciones en el pozo, a través del cual los químicos y los “*proppants*” fluyen hacia la roca. Parte del agua y de los productos químicos retornan a través del pozo a la superficie -*el llamado “flowback water” (agua de reflujos)-* y se almacenan en un “*pit*” o “*tank*” antes de su “*disposal*” (*eliminación*) o de su reutilización.

- e) **Quinta fase o fase final:** Corresponde propiamente a la extracción. Finalmente, después de haber extraído el petróleo o el gas, el “*Operador*” completa el pozo, es decir, lo tapona y lo abandona.

En términos más generales, el proceso de perforación de pozos petroleros se desarrolla en varias etapas de exploración y desarrollo, denominadas por la industria petrolera como “*upstream*”, siendo la extracción una actividad de la última etapa del “*upstream*”, llamada producción. Estas técnicas, como vemos, requieren la aplicación de diversos tipos de tecnologías para realizar los estudios geofísicos (*aeromagnéticos, gravimétricos y sísmicos*) y la perforación de

⁵²⁰ En Inglés “*brines*”: Agua saturada de sal.

sondeos exploratorios que faciliten localizar yacimientos de hidrocarburos, incluyendo la extracción mediante bombas, la inyección de agua *-incluyendo productos químicos, combustibles diésel y/o agentes propulsores-* o la inyección de gas, geles y otras sustancias, en la formación geológica objetivo bajo presión extrema, causando una red de fisuras en las formaciones rocosas que proporcionan al petróleo o gas natural atrapado una vía para viajar al pozo extracción.⁵²¹

El problema que trae consigo la ejecución de esta actividad industrial, es que a lo largo del proceso o incluso luego de la etapa final, existen grandes posibilidades para que se desencadene la contaminación al aire o al agua, derrames de “*hazardous wastes*” y “*releases*” o liberación de productos químicos tóxicos en el ambiente. El transporte, almacenamiento, manipulación y eliminación de “*hazardous wastes*” y productos químicos tóxicos, incluyen la posibilidad de contaminar también, los suministros subterráneos de agua potable a través de una serie de potenciales vías superficiales y subterráneas.

2.2 Repercusión del “*fracking*” en el ambiente

La combustión de hidrocarburos crea una variedad de contaminantes, incluyendo compuestos orgánicos y óxidos de nitrógeno, los cuales son principalmente contaminantes del aire. Esta quema también crea dióxido de carbono o CO₂, el cual no es un “*contaminante criterio*”.⁵²² Por ejemplo, al llenar un galón de gasolina en el tanque de un automóvil y luego conducir, hará que ese galón se transforme en aproximadamente cinco libras y media de CO₂. El dióxido de carbono emana intratablemente de cada opción de quemar combustibles fósiles *-es inherente a la base de*

⁵²¹ Para ver un esquema del proceso de “*fracking*”, veáse Roberts Graham, Mika Gröndahl y Bill Marsh, «Extracting Natural Gas from Rock», *New York Times*, 26 de febrero de 2011, acceso el 2 de marzo de 2015, <http://www.nytimes.com/interactive/2011/02/27/us/fracking.html>; Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1483.

⁵²² Actualmente el término “*contaminantes criterio*” y “*contaminantes no criterio*” ha sido adoptado en muchos países. Se denominaron así porque fueron objeto de evaluaciones publicadas en documentos de calidad del aire en los EE.UU., con el objetivo de establecer niveles permisibles que protegieran la salud, el ambiente y el bienestar de los seres humanos.

combustibles fósiles de la sociedad industrial-. En cuanto al “fracking”, ésta es una práctica que aún se ha mantenido en contra de los desafíos legales. Es irrefutable que esta fiebre de actividad haya dado como resultado un mayor riesgo general de contaminación ambiental y un aumento universal del número de eventos de contaminación,⁵²³ derivados de la perforación, extracción, procesamiento y transporte de petróleo y gas natural (*procesos que en inglés se conocen como “drilling, extraction, processing, and transportation”*),⁵²⁴ tal como lo podremos ir apreciando.

Cuanto más pozos se hagan, más probabilidad hay de que existan más incidentes de contaminación ambiental. Los impactos del “fracking” se traducen en: emisiones al aire (*de metano y de compuestos orgánicos volátiles*); contaminación potencial del agua potable y subterránea a causa de la inyección subterránea (*ya sea por el “remote risk” (riesgo remoto) de que la inyección de fluidos del “fracking” contaminará las aguas subterráneas o el “higher risk” (riesgo más alto) de que una tubería del pozo inadecuada o la construcción de pozos lo haga*); “*surface spills*” o derrames superficiales; contaminación del agua superficial por el manejo y “*disposal*” de las “*hazardous wastewaters*” (*aguas residuales peligrosas*) o “*hazardous wastewater spills*” (*derrames de aguas residuales peligrosas*); “*stormwater runoff*” o escorrentía de aguas pluviales;⁵²⁵ derrames de “*chemicals spills*” (*derrames de químicos*), “*methane leaks*” o fugas de metano; y, así sucesivamente.⁵²⁶

Los sitios de los pozos más concentrados en ciertos lugares, pueden resultar en casos de contaminación que interactúan entre sí para causar un daño mayor y no sólo uno. La acumulación de “*water withdrawals*” (*extracciones de agua*) desde un limitado “*water supply*” (*suministro de agua*), la agregación de derrames en un “*water body*” (*cuerpo de agua*) y la combinación de múltiples inyecciones subterráneas en formaciones rocosas potencialmente sísmicamente e inestables (“*potentially seismically unstable rock*”

⁵²³ Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1500.

⁵²⁴ Ferrey, *Environmental Law...*, 574.

⁵²⁵ Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1495 y 1500.

⁵²⁶ *Ibid.*, 1500.

formations”), tienen la capacidad de aumentar la magnitud de los impactos adversos. La preocupación por este tipo de efecto sinérgico o acumulativo, se ha elevado a los entes reguladores, para que presten mayor atención a la combinación de los impactos de las múltiples actividades de perforación, actividades de producción y de la entrega, y que fortalezcan la planificación de los impactos del desarrollo del “*shale*” o esquisto en una escala regional.⁵²⁷

Hannah Wiseman,⁵²⁸ señala que mientras “*la probabilidad de un incidente problemático que ocurre con cualquier gas de esquisto o emplazamiento petrolífero no ha aumentado en muchos casos sustancialmente... Cuando uno multiplica este riesgo por casi 2.000, como en Pennsylvania, o 16.000 en el caso del centro norte de Texas, esto es sustancialmente diferente*”. La expansión de la industria del “*fracking*” aumenta la probabilidad de que los pozos se ubiquen en áreas fronterizas donde los derrames interestatales podrían ocurrir más fácilmente. Además, ha tenido impactos extensos en las comunidades rurales (*cuya preocupación generalizada es el incremento en la escala de las operaciones y el aumento del riesgo de contaminación y de los impactos comunitarios*), llegando a afectar incluso cuestiones de interés moral nacional. Los habitantes de las pequeñas ciudades se preocupan por las perturbaciones que genera el “*fracking*” a las cualidades históricas de sus ciudades natales, por lo que muchos gobiernos locales, han tratado de prohibir o imponer un “*moratorium*” (*moratoria*) sobre esta actividad. Algunas de ellas, como Colorado, Nuevo México y otras, han impuesto prohibiciones locales. Asimismo, en Nueva York, “*docenas de condados y ciudades... han impuesto moratorias o prohibiciones al fracking*”, llegando a convertirse en un problema de orden constitucional, como en Pensilvania, donde la Corte Suprema, declaró inconstitucional el intento estatal de anular las prohibiciones locales.⁵²⁹

⁵²⁷ Ibid., 1501.

⁵²⁸ Ibid.

⁵²⁹ Hannah Wiseman, citada por Burger, «*the (re)federalization of fracking regulation*», 1501-1503.

2.3 “The Petroleum”

El petróleo puede ser el “waste” más penetrante en los sitios “Superfund”. Naturalmente contiene “hazardous substances” de los que establece la lista de la RCRA, ya que como habíamos visto en el capítulo I, la definición de “hazardous substances” de CERCLA (42 U.S.C. 9601 (14), excluye al petróleo, incluyendo al “crude oil” o cualquier fracción de éste (o sea, los productos refinados)).⁵³⁰ En 1980, el Congreso estuvo cerca de aprobar las “comprehensive oil spill provisions” como parte de CERCLA, pero en virtud de la exclusión consagrada, se dejó en claro que los “oil spills” (derrames de petróleo) debían regirse por un esquema legal diferente. Aquí se produce una paradoja, pues las disposiciones legales de responsabilidad en CERCLA (§107), están basadas en la disposición de responsabilidad por derrames de petróleo que la CWA consagra (§ 311). Esto ha complicado los problemas sobre responsabilidad en relación con las limpiezas del “Superfund”. Ninguna “House” (la Cámara o el Senado) pudo aprobar un “comprehensive oil spill bill” (proyecto integral sobre derrames de petróleo); en 1986, su resultado no fue la excepción, los proyectos se quedaron “muertos” en la conferencia del comité, porque los conferencistas no podían resolver las diferencias políticas y filosóficas sobre la “preemption” de la “state law” y los “federal standars” y la relación entre los “federal standars” y las “international conventions”.⁵³¹

Entonces, ¿Qué es el petróleo? ¿Cómo lo podemos definir en términos jurídicos? La delimitación y la formulación conceptual más adecuadas que determinen jurídicamente el alcance del “petroleum” or “oil” o simplemente petróleo, no resulta nada fácil de exponer. Entre algunos de los intentos, se ha marcado dos distinciones claves:⁵³²

⁵³⁰ Ferrey, *Environmental Law...*, 447.

⁵³¹ *Oil pollution deskbook...*, 3.

⁵³² Véase, *Mid Valley Bank v. N. Valley Bank*, 764 F. Sup. 1377 (E.D. Cal. 1991), la Corte sostuvo que el “waste oil” contenido en las “hazardous substances” que prevé CERCLA no cae dentro de la “petroleum exclusion”. La Corte notó que si una “hazardous substance”, como el plomo, está presente naturalmente en el petróleo virgen como resultado del proceso de refinación, el petróleo con la contaminación del plomo quedaría excluido de la responsabilidad de CERCLA bajo la “petroleum exclusion”. Sin embargo, si la contaminación de plomo

- a) “*waste petroleum*” y “*reusable petroleum product*”.
- b) Los componentes químicos de las “*hazardous substances*” pueden ser distinguidos.

Por lo tanto, cada producto de petróleo manufacturado dentro de la tolerancia normal, está exento de la responsabilidad que CERCLA consagra, a pesar de que contenga “*hazardous substances*”. Esta exclusión solamente pertenece a CERCLA, porque el “*waste oil*” de conformidad con la RCRA, aún es considerado como un “*solid waste*”.

Una Corte estatal en Indiana,⁵³³ sostuvo que las principales compañías de petróleo era responsables como “*operators*” bajo la ley estatal de Indiana, por cauterizar las fugas y eliminar la contaminación del tanque de almacenamiento subterráneo (*UST*) en las estaciones de gasolina operadas por contratistas independientes que llevasen la marca o logotipo de la compañía petrolera principal. Los demandantes eran propietarios individuales, cuyos pozos de agua potable estaban contaminados por la fuga de petróleo de estas estaciones de gasolina. La responsabilidad fue impuesta a pesar de que las principales compañías petroleras autorizaron el uso de su marcas, pues no ejercieron control alguno sobre la operación de dichos tanques. No importó que Indiana contase con un “*fund*” separado de “*UST*” creado para cubrir tales derrames. La imposición de la responsabilidad se fundamentó en:⁵³⁴

- 1.- El conocimiento de que los USTs de acero son objeto de corrosión y filtración.
- 2.- Que la filtración lenta de los tanques de gasolina es difícil de detectar sin una tecnología sofisticada.
- 3.- Que la contaminación con gasolina del agua potable es cancerígena.

resultó del uso del aceite en el motor de un vehículo, o está en niveles anormalmente elevados en el estado virgen, éste no sería excluido. Sobre esta distinción, depende la responsabilidad del “*generator*” en casi todos los sitios “*Superfund*.”

⁵³³ Ver “*Shell Oil Co. v. Meyer, 684 N.E.2d 504 (Ind. App. 1997)*”.

⁵³⁴ Ferrey, *Environmental Law...*, 448.

4.- Que las principales compañías petroleras hayan tomado medidas para evitar tales fugas y detección de fugas en las estaciones de gasolina que poseían directamente.

5.- Que las principales compañías transfirieron *-en los años setenta y ochenta-* sus tanques a operadores de estaciones de propiedad independiente, obligándoles incluso a comprar algunos de ellos, para evitar la responsabilidad directa. Los *“attorneys fees”* son recuperables según este estatuto.

2.4 Marco legal del *“fracking”* en los Estados Unidos

Dos *“oil spills”* son las catástrofes que *-aunque separadas por dos décadas-*, han marcado la dinamización de las leyes nacionales en los EE.UU. que regulan los derrames de petróleo:

- a) El primer evento catastrófico fue el de Santa Bárbara, en California, en 1969, que llevó al gobierno federal *-a través del Departamento del Interior de los Estados Unidos-*, a desarrollar un plan nacional de contingencia para responder ante los derrames de petróleo. Este plan se incorporó a la *“Federal Water Pollution Control Act”*,⁵³⁵ ahora *“Clean Water Act”* o *“CWA”*, paralelamente a la figura de responsabilidad y otras disposiciones encaminadas a prevenir este tipo de derrames y a limpiarlos cuando acontezcan.
- b) La segunda catástrofe, fue el derrame de petróleo de *“Exxon Valdez”*, en Alaska, en marzo de 1989, el que condujo a la aprobación de la *“Oil Pollution Act”* u *“OPA”*, de 1990,⁵³⁶ en cuyo texto normativo se incorporó y se ampliaron las disposiciones de la Ley anterior (la *“Spill Act”* de 1976).⁵³⁷

⁵³⁵ 33 U.S.C. §§ 1251-1387, ELR STAT. FWPCA §§ 101-607.

⁵³⁶ Llegó a ser ley el 18 de Agosto de 1990. §§ 2701-2761, ELR STAT. OPA §§ 1001-7001.

⁵³⁷ Pendergrass, «Legal Background», 10.

a) La Clean Water Act

La “CWA” tiene como objetivo principal el control de descargas de sustancias contaminantes en las aguas de los EE.UU. No obstante, también prohíbe la descarga de petróleo o de sustancias peligrosas en ellas, por medio de un sistema de permisos y regulaciones que consagra. Esta normativa requiere que los “owners” u “operators” de “vessels” o “facilities” que descarguen petróleo o sustancias peligrosas en cantidades que puedan ser dañinas, limpien el derrame e informen al gobierno federal. Si el “owner” u “operator” no limpia el derrame, el gobierno puede recuperar de aquél, los “clean up costs”. El tipo de responsabilidad que la “CWA” contempla es la “**no-fault strict liability standard**” (norma de responsabilidad objetiva sin culpa), en virtud de la cual el “owner” u “operator” continúa siendo responsable del “clean up cost” hasta los límites monetarios establecidos en la “Act”.⁵³⁸ Sin embargo, hay cuatro “limited defenses”, que exoneran a los propietarios u operadores de responsabilidad (§ 311):⁵³⁹

- a) “Act of God”
 - b) “Act of war”
 - c) “Act or omission of a third party other than an employee or agent of the defendant, or than one whose act or omission occurs in connection with a contractual relationship, existing directly or indirectly, with the defendant”.
 - d) “Any combination of the foregoing paragraphs”
- Son las mismas “defense” que prevé CERCLA en 42 U.S.C. § 9607.b.

b) La “Spill Act” de 1976 (Ley de derrames)

El Estado de New Jersey fue uno de los 50 estados de los EE.UU. pioneros en la promulgación de la “Spill Act” en el año 1976, para regular los derrames de hidrocarburos. La “Spill Act” imponía “strict liability” para llevar a cabo la limpieza de una propiedad

⁵³⁸ Pendergrass, «Legal Background», 11.

⁵³⁹ Por el objeto centrar del trabajo que venimos desarrollando las analizaremos con más profundidad cuando tratemos las “defenses” que la OPA prevé, pues éstas se parecen y se han construido sobre la base de las previstas por CERCLA y la CWA.

contaminada por *“hazardous substances”*. Su propósito aunque similar era más amplio que el de la *“Ley Federal de Superfund”* o *“CERCLA”*. El objetivo principal de la *“Spill Act”* era entonces, controlar la transferencia y el almacenamiento del petróleo así como de las sustancias peligrosas, requiriendo su pronta contención y eliminación de los derrames de dichos contaminantes, pero también buscando responsabilizar a quienes hayan causado daños por las descargas de dichas sustancias. En su ámbito de aplicación se abarcaban supuestos relacionados con el petróleo, que en la actualidad, están cubiertos por la OPA.⁵⁴⁰

En cuanto al *“Fund”* creado por la *“Spill Act”*, New Jersey autorizó que se lo utilice para compensar también a las personas afectadas por las descargas de petróleo o sustancias peligrosas. Tras la aprobación de la *“Spill Act”*, otros estados no promulgaron una norma similar, sino hasta después de la aprobación de CERCLA (*que excluye al petróleo*). A partir de aquí, los Estados comenzaron a desarrollar sus propios programas de limpieza (*que finales de 1980, la mayoría de ellos ya contaban con sus propios “State Superfund Programs*), en razón de que el programa de limpieza federal no era suficiente para limpiar todos los sitios contaminados (*modelados generalmente en el “Superfund” o “CERCLA”, el cual a su vez, se basó en el estatuto de New Jersey*). Sin embargo, sólo algunos Estados siguieron el ejemplo de New Jersey, autorizando que sus fondos de limpieza fuesen usados para compensar a las víctimas de los daños por contaminación, cuando la víctima no haya sido la responsable.⁵⁴¹ Posteriormente a la aprobación de CERCLA, el Congreso pretendió establecer un sistema para responder ante las emergencias y situaciones donde hubiese una amenaza de daño inminente (*enfocándose en el papel federal para responder a tales situaciones, más que en un sistema para regular la conducta*).

c) La *“Oil Pollution Act”* u *“OPA”* (Ley de contaminación por hidrocarburos)

El grotesco desastre ambiental *“Valdez”*, fue el *“Pearl Harbor”* o *“puerto de perla”* del movimiento ambientalista. Galvanizó al público para apoyar a una legislación para que los futuros derrames

⁵⁴⁰ Pendergrass, «Legal Background», 11-12.

⁵⁴¹ Ibid., 14.

de hidrocarburos sean minimizados, que se den respuestas efectivas a los que ocurren y que los responsables paguen los daños y estén sujetos a sanciones severas. Es imposible entender la OPA, sin referirse con frecuencia al “*Valdez spill*” y otros accidentes petroleros ocurridos durante los años 1989 y 1990.

Sin embargo, sería un grave error considerar a la OPA como la única respuesta brindada a este tipo de incidentes. El Congreso, buscó consolidar un mecanismo racionalizado para dar respuesta a los derrames de petróleo mediante varias leyes federales, entre las cuales están también: la “*Federal Water Pollution Control Act*” o “*FWPCA*”, hoy “*Clean Water Act*” o “*CWA*” (§ 311) de 1977, la “*Deepwater Port Act*”, de 1974, la “*Trans-Alaska Pipeline Authorization Act*” o “*TAPAA*” de 1973, la “*Outer Continental Shelf Lands Act Amendments*” u “*OCSLA*”, de 1978, armonizando estos mecanismos con las leyes estatales, especialmente con la famosa “*CERCLA*” o “*Superfund*”.⁵⁴²

Objetivo principal.- El objetivo principal de la “*OPA*” es compensar a los demandantes por los daños provocados por algún derrame de petróleo en las aguas navegables de los EE.UU. La responsabilidad que la “*OPA*” instaaura es una responsabilidad objetiva y solidaria hasta los límites normativos fijados, contra la “*responsible party*” o “*RP*” por un “*vessel*” o “*facility*” desde el cual, el petróleo ha sido descargado o que represente una amenaza sustancial de descarga o derrame en tales aguas navegables.⁵⁴³ Con la “*OPA*”, se logró aumentar los límites de la responsabilidad, extendiendo su ámbito de aplicación a los daños sobre los recursos naturales, la propiedad real o personal, el “*subsistence use*” de los recursos naturales, ingresos tributarios, ganancias o capacidad de ganancia y servicios públicos. Al igual que CERCLA, la “*OPA*” prevé las mismas “*defenses*” (que se detallarán más adelante), sin permitir que la negligencia del gobierno sea una de ellas ni tampoco la falta de comunicación del derrame por parte del responsable tal como se le había requerido. Su no cooperación o falta de ayuda según lo solicitado al “*RP*” para retirar la sustancia derramada o su negación a cumplir (*sin causa suficiente*) una orden para limpiar el

⁵⁴² *Oil pollution deskbook...*, 3.

⁵⁴³ Foley, «Big oil, big consequences», 520.

derrame, no constituye una “*defense*”.⁵⁴⁴ Tal como la LRM española ha contemplado en cuanto a las obligaciones del operador.

2.5 Esquema integral de la “*OPA*” para regular la “*oil pollution*”

Por el significado y función que desempeña la “*OPA*”, aprobada por unanimidad por ambas “*Houses*”, con el fin de entender el nuevo lenguaje normativo y en gran parte, la nueva legislación sobre derrames de petróleo, se debe examinar el inequívoco propósito que tuvo el Congreso para prevenir futuros desastres a lo “*Valdez-style*”. Su esquema legal federal para la contaminación por hidrocarburos se edifica sobre dos normas. CERCLA y la CWA. Un compendio de lo que la OPA viene a ser y lo que regula, se sintetiza en lo siguiente:⁵⁴⁵

- 1.- Es un esquema integral de responsabilidad federal, que aborda todas las descargas o derrames de petróleo a las aguas navegables, la zona económica exclusiva y las costas.
- 2.- Consagra un fondo federal único, el “*Oil Spill Liability Trust Fund*”, para pagar la limpieza y otros costos incluidos en la “*federal oil spill response authorized*” por el derrame de hidrocarburos, autorizada en 1 billón, mucho más que lo que prevé cualesquier otro fondo previamente autorizado.
- 3.- Es un mandato federal más fuerte para ordenar la “*removal action*”.
- 4.- Aborda un plan de requisitos revisados drásticamente de contramedidas y control de prevención de derrames, para las “*onshore facilities*”, las “*offshores facilities*” y los “*vessels*”.
- 5.- Incluye sanciones penales más duras.
- 6.- Contempla mayores sanciones civiles por los “*spills of oil*” y por los derrames de “*hazardous substances*”.
- 7.- Configura un conjunto de normas más estrictas respecto de la licencia del personal de los tanques (“*licensing tank vessel personnel*”), del equipamiento y las operaciones de los “*tank vessels*”, incluidos los requisitos de doble casco (“*double hulls*”).

⁵⁴⁴ Vid., Pendergrass, «Legal Background», 12.

⁵⁴⁵ *Oil pollution deskbook...*, 3.

8.- Advierte no “*preemption*” de los “*state laws*” y aprobación de la participación de los EE.UU. en un esquema internacional de responsabilidad por derrames de hidrocarburos y *compensación* (*Al igual que la LRM en cuanto a los convenios internacionales que quedan excluidos de su ámbito de aplicación*).

9.- Incorpora varias disposiciones pertinentes para “*Prince William Sound*”, para Alaska y para otras partes de los EE.UU.

Los títulos que la OPA compendia son nueve y se resumen de la siguiente manera:⁵⁴⁶

Título I, “*Oil Pollution Liability and Compensation*”:

- Contiene las definiciones utilizadas en la Act
- Establece el “*liability scheme for oil spills*” (*esquema de responsabilidad por derrames de petróleo*).
- Proporciona los mecanismos para la recuperación desde el “*Oil Spill liability Trust Fund*” y de las responsables
- Eestablece los requisitos para imponer responsabilidad financiera.

Título II, “*Conforming Amendments*”:

- Incorpora enmiendas en armonía con la “*Intervention on the High Seas Act*”, la “*Clean Water Act*” (*CWA*), “*Deepwater Port Act*” (*DPA*) y la “*Outer Continental Shelf Lands Act*” (*OCSLA*).

Título III, “*International Oil Pollution Prevention and Removal*”:

- Aquí se expresa la intención respecto de la participación futura en los regímenes internacionales de prevención y “*removal*” de los derrames de petróleo.
- Se encarga al Secretario de Estado revisar los acuerdos internacionales y los tratados o

⁵⁴⁶ Cf. “*Oil Pollution Act of 1990*” (33 U.S.C. 2701), amended (P.L. 115-91, Enacted december 12, 2017). Vid., <https://legcounsel.house.gov/Comps/Oil%20Pollution%20Act%20of%201990.pdf>.

acuerdos de negociación con Canadá referentes a los derrames de petróleo ocurridos en los Great Lakes, Lake Champlain, y Puget Sound.

Título IV “*Prevention and Removal*”: Este título tiene tres subtítulos:

- **Subtítulo A, (*Prevention*)**, proporciona la revisión de la información contenida en el “*National Driver Register*” (*Registro Nacional de Conductores*) para la emisión de licencias, certificados de registro y documentos de los mercantes marineros; establece la suspensión y revocación de esos documentos por incidentes de abuso de drogas y alcohol y establece medidas de prevención, las cuales incluyen normas de tripulación para los “*tank vessels*” extranjeros y nacionales, exigiendo un estudio sobre las normas de seguridad para el “*tanker*” de navegación y de los requisitos de uso de “*double hull*” para los “*tank vessels*”.

- **Subtítulo B (*Removal*)**, trata sobre la autorización federal para la “*removal*” y los requisitos establecidos por el sistema nacional de planificación y respuesta.

- **Subtítulo C (*Penalties and Miscellaneous*)**, refuerza las sanciones civiles y penales disponibles por el gobierno.

Título V (*Prince William Sound Provisions*):

- Contiene varias disposiciones diseñadas específicamente para evitar futuros derrames en “*Prince William Sound*”.

Título VI (*Miscellaneous*):

- Contiene disposiciones misceláneas, relacionadas principalmente con aspectos financieros como el ahorro, créditos anuales, protección de los bancos externos y desarrollo cooperativo de áreas comunes que contienen hidrocarburos.

Título VII (*Oil pollution research and development program*):

- Facilita un programa de investigación y desarrollo sobre contaminación por petróleo.

Título VIII (*Trans-Alaska Pipeline System*):

- Contiene provisiones relacionadas con “*Trans-Alaska Pipeline System*” (*Sistema de Oleoductos en Trans-Alaska*) y sobre derrames de petróleo en el océano Ártico.

Título IX (*Amendments to oil spill liability trust fund*):

- Que regula la transferencia de los fondos de varios fondos federales preexistentes para derrames de petróleo al fondo único instituido por esta Act.

2.6 “*Liability provisions*” o normas de responsabilidad de la “*OPA*”

Las normas sobre responsabilidad de la “*OPA*” (*detalladas en su Título I*) están modeladas estrechamente sobre aquellas establecidas en “*CERCLA*” (*demuestran la influencia de casi una década de litigación bajo CERCLA*) y la “*CWA*” (§ 311). Sin embargo, en comparación con la “*CWA*” (§ 311), la “*OPA*” colabora a que sea más fácil para el gobierno establecer responsabilidad en contra de quien causó o contribuyó a que un derrame petrolífero surja o a la amenaza sustancial de dicha descarga petrolífera.⁵⁴⁷ En esta línea, la *OPA* (§ 1002 (a)),⁵⁴⁸ establece que sin perjuicio de otra norma, cada responsable de un “*vessel*” o una “*facility*” desde la cual se derrame petróleo o que represente una amenaza sustancial para ello, hacia o sobre las aguas navegables o costas contiguas o la zona

⁵⁴⁷ *Oil pollution deskbook*..., 4. También, véase «Oil Pollution Act overview», EPA’s archive, acceso el 9 de marzo 2015, <https://archive.epa.gov/emergencies/content/lawsregs/web/html/opaover.html>

⁵⁴⁸ *OPA* § 1002. “*Elements of Liability*”: “(a) *IN GENERAL.-Notwithstanding any other provision or rule of law, and subject to the provisions of this Act, each responsible party for a vessel or a facility from which oil is discharged, or which poses the substantial threat of a discharge of oil, into or upon the navigable waters or adjoining shorelines or the exclusive economic zone is liable for the removal costs and damages specified in subsection (b) that result from such incident*”.

económica exclusiva, debe responder por los “*removal costs*” y los daños.

El esquema de la responsabilidad por derrames de petróleo y de compensación que la “*OPA*” consagra se esquematiza en cuatro partes.⁵⁴⁹

a) “**Los responsables -RPS-**”.- Para definir al “*responsable*” y “*liability*” (§ 1001 (17)) se adoptó la propuesta presentada por el Senado,⁵⁵⁰ que recomendaba que estas figuras sean interpretadas de igual manera que la norma de responsabilidad consagrada en la CWA (§ 311). Las Cortes han determinado reiteradamente que esta norma proporciona una responsabilidad objetiva y *solidaria* (*strict, joint, and several liability*), tal como en “*CERCLA*”. Para asegurar que la “*OPA*” esté conectada con CERCLA, se modificó la definición amplia de “*oil*” que contempla la “*CWA*” para excluir las fracciones de petróleo que no son designadas específicamente como “*hazardous substances*” según “*CERCLA*” (§ 101 (14)). De esta manera, se incorporaron los contaminantes prioritarios, tóxicos, peligrosos, residuos/desechos o sustancias, de conformidad con las demás normas ambientales.⁵⁵¹

- “*Hazardous air pollutants*”, según la “*CAA*” (§ 112).
- “*Toxic or priority pollutants*” (*contaminantes tóxicos o prioritarios*), según la “*CWA*” (§ 307) o “*hazardous substances*” según la misma norma (§ 311).
- “*Imminently hazardous chemical substances*” (*sustancias químicas inminentemente peligrosas*) según la “*Toxic Substance Control Act*” (*Ley de Control de Sustancias Tóxicas*) o “*TSCA*” (§ 7).

⁵⁴⁹ Foley, «Big oil, big consequences», 521-522.

⁵⁵⁰ En la versión del proyecto de la Cámara se eliminó la disposición que hacía que el “*dueño de la carga*” fuera responsable secundariamente por los “*removal costs*” incurridos a causa del derrame. Esta responsabilidad era limitada al 50 por ciento de estos costos, y los otros responsables tendrían que pagar sus acciones o participaciones antes de que esta responsabilidad secundaria se hiciera efectiva. Si se hubiera adoptado esta disposición, se habría creado una nueva clase de responsables en la “*OPA*”, similar a la responsabilidad del “*generator*” que “*CERCLA*” contempla. Su eliminación demuestra que el Congreso no quería que la “*OPA*” siguiera ese aspecto controvertido de “*CERCLA*”. Vid., *Oil pollution deskbook...*, 4.

⁵⁵¹ Ibid., 4-5.

- “*Hazardous wastes*” (*residuos peligrosos*) según la “*Resource Conservation and Recovery Act*” o “*RCRA*”.
- “*Hazardous substance*” designada por “*CERCLA*” (§ 102).

Este lenguaje puede llegar a ser ambiguo, ya que el “*crude oil*” contiene naturalmente sustancias como el benceno que están incluidas en la lista de “*hazardous substances*”. Esta superposición ha creado problemas de interpretación en relación con el lenguaje comparable con “*CERCLA*”, a pesar que como habíamos dicho, la mezcla del petróleo con alguna sustancia peligrosa determinada por CERCLA sí estaría bajo su ámbito de regulación. No obstante, cuando se ha procedido de conformidad con “*CERCLA*”, la exclusión del petróleo no ha sido una “*defense*” exitosa, salvo en los casos en que el material haya sido “*crude oil*” o una fracción recién refinada, como la gasolina. El Congreso parece haber eliminado la responsabilidad secundaria para los propietarios de la carga para asegurar que bien “*CERCLA*” o bien la “*OPA*” -*pero no ambas*-, sean aplicadas a los derrames. Lo que verdaderamente pretendió, es que los derrames de petróleo -*incluyendo el petróleo crudo y sus productos refinados*- sea abordados por la “*OPA*” y las “*hazardous substance releases*”, por “*CERCLA*” (*pero para los derrames de petróleos contaminados, como los aceites usados, se pueda elegir*). Debido a que los procedimientos y mecanismos de financiación establecidos por “*CERCLA*” y la “*OPA*” gozan de diferencias importantes, la división es razonable. Lo que no está claro, es si las Cortes extenderán esta distinción a los “*private party cases*”, los cuales están sometidos a ambos estatutos.⁵⁵²

Sobre esta base, la “*OPA*” determina quiénes son considerados como presuntos “*responsables*”:

- Para los “*vessels*” (*buques*), los responsables son los propietarios, quienes lo operan o lo dejan de fletear. Básicamente, esta “*responsabilidad del Operador*” puede ser impuesta a cualquier persona o corporación que ejerza la administración diaria o control sobre el buque.
- Para las instalaciones “*onshore facilities*”, son los propietarios y operadores.

⁵⁵² Ibid., 5.

- Para las “*offshore facilities*”, a pesar de que resulta complicado establecerlas, por las exigencias que la “*OCSLA*” determina en la “*State Law*” para el “*offshore leasing*”, se incluyen al las personas bajo el título de “*lessee*” o “*permittee*” (*arrendatario o permisionario*) del área en la que se encuentra la “*facility*”, el “*permittee*” del área en la que la instalación está ubicada, o el “*holder of a right*” para el uso o servidumbre (*titular de un derecho de uso y servidumbre*), otorgadas bajo la ley estatal aplicable o “*The Outer Continental Shelf Lands Act*” (*Ley de Tierras Exteriores de la Plataforma Continental*), para el área en la cual la “*facility*” está localizada.
- Los licenciatarios de los puertos de aguas profundas y quienes posean u operen una “*pipeline*” (*tubería/oleoducto*) también son responsables. (§ 1001 (32)).

Las definiciones de “*vessel*”, “*onshores y offshore facilities*” siguen muy de cerca las definiciones brindadas por CERCLA (§101) y la CWA (§ 311). En pocas palabras, una “*facility*”, se define como cualquier cosa que se mantenga firme o que tenga sentido práctico; cualquier lugar desde el cual, el petróleo es descargado y desde el cual puede alcanzar las aguas superficiales en los EE. UU. o la zona económica exclusiva que también está incluida.

a.1 El caso “BP Y TRANSOCEAN”.- El incidente catastrófico ocurrido en los Estados Unidos, el 20 de abril de 2010, contribuye a explicar cómo determinar quiénes son los responsables. El “*Deepwater Horizon*” una plataforma móvil de perforación semisumergible costa afuera (“*Mobile Offshore Drilling Unit*” o “*MODU*”), perteneciente y operada por Transocean Ltd., se incendió y se hundió en una zona del Golfo de México, en el Mississippi Canyon Bloque 252, frente a las costas de Louisiana.⁵⁵³ La plataforma estaba perforando un pozo conocido como “*Macondo*” (*otorgado a “BP”*), a unas 50 millas de la costa de Louisiana, a 5,000 pies de profundidad. Identificando a las partes, Transocean Ltd., era el propietario del “*Deepwater*

⁵⁵³ Foley, «Big oil, big consequences», 517.

Horizon” o “*MODU*”, que estaba registrado bajo la bandera de las Islas Marshall. Mientras tanto, “*BP Exploration and Productions Inc.*” o “*BP*”, junto con sus socios Anadarko Petroleum Corp. y Mitsui Oil Exploration Co. fueron quienes, en el 2008, habían arrendado la plataforma petrolera -el “*MODU*”- a Transocean Ltd. para ejecutar la operación de perforación. El pozo había sido perforado a 18,000 pies cuando ocurrió un estallido. Lamentablemente, once de los ciento veinte y seis hombres de la tripulación murieron a consecuencia del accidente y la plataforma se hundió luego en el Golfo de México. Un día y medio después, la plataforma se desplomó en el mar y se hundió, y el petróleo comenzó a extenderse por la superficie del agua, llegando finalmente al noreste. Luego de ochenta y seis días aproximadamente, se produjo una liberación incontrolada de petróleo crudo y gas natural desde la cabeza del pozo. Antes de la explosión del 20 de abril de 2010, Halliburton Co. había participado en operaciones de cementación en el pozo y estas operaciones se asociaron previamente con otros accidentes de pozos petrolíferos. La explosión y el fuego ocurrieron a pesar de la existencia de un equipo especializado de prevención de derrames de hidrocarburos, denominado “*preventor of blowouts*” (*BOP*), es decir, una protección a prueba de fallas contra un derrame de petróleo en curso, fabricado por Cameron International Corp,⁵⁵⁴ especialmente diseñado para evitar este tipo de desastres. Los informes iniciales datan que fueron liberados de 1.000 a 5.000 barriles de hidrocarburos (*cantidad de petróleo y gas que escapaba del pozo subterráneo*) por día y aumentaron de 12.000 a 19.000 barriles diarios, alcanzando el rango de 35,000 hasta 60,000 barriles de petróleo por día. Las estimaciones del total de petróleo liberado de la boca del pozo varían de 1,8 a 5,1 millones de barriles, superando con creces el tamaño de este derrame a cualquier otro producido en aguas navegables en la historia de los EE.UU,⁵⁵⁵ convirtiéndose este incidente, en el derrame de petróleo más grande en la historia de este país.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 99.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, vid., Foley, «Big oil, big consequences», 515, 517-518.

⁵⁵⁶ *Ibid.* vid., «Macondo: Assessing the Implications, Oil and Energy Trends», *Focus Magazine* (2010), 3-6.

El 15 de julio de 2010 (87 días después de ocurrido el incidente), se había instalado un tapón temporal en la cabeza del pozo para controlar el flujo de petróleo hacia el Golfo de México, se selló aún más a principios de agosto de 2010, habiendo alcanzado la cantidad de 4,1 millones de barriles de petróleo y finalmente se logró contar con un pozo de socorro permanente (a partir del 19 de septiembre). El “BP”, era la principal parte interesada en el petróleo de Macondo. “Anadarko Petroleum Corp.” y “Mitsui Oil Exploration Co.”, tenían participaciones del 25% y 10% en el pozo, y podrían compartir el “response cost” por el derrame del petróleo. Sin embargo, la finalización del derrame de petróleo no necesariamente implica un final simultáneo en cuanto a los aspectos legales de la misma. La imposición de multas, la adjudicación de demandas colectivas por parte de las miles de víctimas, las operaciones de limpieza y rehabilitación ambiental son sólo algunas de las consecuencias del derrame de petróleo. Hubieron muchas pérdidas significativas debido a daños a la propiedad y pérdidas económicas. Los municipios también pudieron experimentar una disminución en los ingresos tributarios debido al cierre de negocios. En resumen, se estima que el impacto económico combinado de las pérdidas relacionadas con los derrames de petróleo, para las empresas y las comunidades es de miles de millones. Es muy posible, que para cumplir con las demandas anteriores y otras demandas, el “BP” haya tenido que seguir vendiendo activos, además de los ya planificados, los cuales se estimaban en un valor de 30 mil millones de dólares. El impacto financiero de la explosión y el hundimiento del “Deepwater Horizon” está estimado a eclipsar el impacto del derrame de petróleo “Exxon Valdez” de 1989. Los problemas de causalidad en el caso “Exxon Valdez” fueron mucho más simples que en el presente derrame. En el “Prince William Sound” en 1989, la causa del derrame fue el choque de un tanquero contra un arrecife; involucró a un solo Estado (*Alaska*) y al gobierno federal (y corporaciones nativas de *Alaska*). En sentido opuesto, el “Deepwater Horizon”, abarca una cadena de eventos, cada uno de los cuales pudo haber contribuido a la explosión y a los daños, además de estar varios Estados involucrados (*Louisiana, Mississippi y Alabama*), lo que plantea cuestiones jurisdiccionales y posibles demandas contradictorias entre los demandantes gubernamentales.⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 98-99, 101-102.

Varios tipos de seguro se podrían haber contratado para pagar las pérdidas derivadas de dicho derrame, incluyendo las pólizas de seguro “*first-party property*” (primer dueño), “*business interruption*” (interrupción del negocio) y pérdida del seguro de ingresos de producción, seguro “*D&O*”, seguro de cancelación de eventos, seguro de interrupción del comercio, de responsabilidad ambiental, seguro marítimo, seguro integral de responsabilidad civil, seguro para gastos adicionales del operador (*incurridos para el control del pozo*), seguro contra daños físicos, compensación laboral o seguro de responsabilidad patronal.⁵⁵⁸ A pesar de que el derrame de petróleo “*Deepwater Horizon*” se pudo contener, la responsabilidad ambiental y otros temas legales del desastre continúan siendo amplios.⁵⁵⁹

a.2 Determinación de los “RPS”.- “*Transocean*” probablemente sería considerada el “*RP*” respecto del “*MODU*” ya que poseía y operaba la unidad. Además, tenía la participación mayoritaria en el contrato de arrendamiento operativo para el sitio de exploración en el que operaba el “*MODU*” y como tal, probablemente era el arrendatario de la instalación “*offshore*”. Ante la notificación de un derrame, la Guardia Costera debe designar un “*RP*” considerando la “*source of the release of discharge*” (*fuelle de la liberación de la descarga*). Tanto “*BP*” como “*Transocean*” fueron designados “*RPs*” por el petróleo descargado. A “*Transocean*” se le atribuyó el origen de algunos tipos de petróleo liberado (*por ejemplo, diesel o fuel oil*), y a “*BP*” la procedencia del petróleo descargado del pozo “*Macondo*” en el lecho marino. Ante, los desastres de las plataformas “*offshores*” “*Montara*” y “*Macondo*” otorgado a “*BP*”, el “*U.S. District Court Judge Barbier*” de Lousiana, la declaró responsable por negligencia en el accidente, llegando a imputársele una responsabilidad que alcanza cantidades millonarias por no decir billonarias.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ *Ibid.*, 105.

⁵⁵⁹ *Ibid.* 98- 99.

⁵⁶⁰ *Oil pollution deskbook...*, 5; Kyriaki, «The BP Oil Spill», 101-102; Foley, «Big oil, big consequences», 521-522; Pablo Constenla Acuña, «la regulación de los tesoros energéticos marinos», en *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial*, dirigida por Antonio Serrano Acitores y coordinada por Pilar López de la Osa Escribano, Pablo Toral Oropesa y Guillermo José Velasco Fabra (Barcelona: Wolkers Kluwer S.A., 2015), 979.

Ahora bien, hay que tener presente que la “OPA” excluye de sus normas de responsabilidad tres tipos de descargas:

- a) Las descargas consentidas por medio de un permiso emitido bajo la “*federal*”, “*state*” o “*local law*”.
- b) Las descargas realizadas desde un “*vessel*” público.
- c) Las descargas desde una “*onshore facility*” que está sujeta a “*TAPAA*”.

La exclusión para las descargas autorizadas por permisos federales, estatales o locales, es similar a la definición de “*federally permitted release*” encontrada en “*CERCLA*” (§101 (10) B) C) y a la definición de “*discharge*” de la “*CWA*” (§ 311 (a) 2). En 1978, esta exclusión fue añadida por la “*CWA*” (§ 311) para resolver litigios, desafiando las definiciones de “*hazardous substance release*” de los informes de la EPA. La norma de la “*CWA*” excluye no sólo las descargas en cumplimiento de un permiso, sino también a las que podrían caracterizarse como desvíos o perturbaciones o que podrían ser consideradas como violaciones de las condiciones del permiso. La norma expresamente determina que las: “*Discharges resulting from circumstances unidentified and reviewed and made a part of the public record with respect to a permit issued or modified under section 402 (The National Pollutant Discharge Elimination System “NPDES” permit provision), and subject to a condition in such permit, and continuous or anticipated inermittent discharges from a point source, identified in a permit application under section 402 of this Act, which are caused by events occurring within the scope of relevant operating or treatment systems*”. Estas exclusiones de “*CERCLA*” y la “*CWA*”, dejaron la regulación de las descargas provenientes de “*point sources*” al “*NPDES*” para que se haga según los permisos que éste emita y a las autoridades federales o estatales que los expiden. De esta manera, cualquier violación del “*NPDES*” que resultase en una descarga de contaminantes regulados, como el petróleo y la grasa, deben informarse respetando las disposiciones vigentes sobre los permisos, pero no según los requisitos de notificación que prevé la “*CWA*” (§311 “*reporting requirements*”). Además, las disposiciones de “*clean up*” y “*remedial*” de la “*CWA*” (§ 311) y de “*CERCLA*” no podrían ser

invocadas en contra de las personas privadas por abordar tales descargas, aunque podían tomarse medidas, como la “*enforcement action*”, según lo prevé la “*CWA*” (§ 309) para la descarga que incumpliese con los requisitos del “*NPDES*”.⁵⁶¹

El alcance de la “*exclusion*” de la “*OPA*” es diferente, pues no incluye estas provisiones para las circunstancias de “*bypasses o upsets*”, o violación de las disposiciones abordadas en las condiciones de un permiso. Simplemente excluye las descargas “*permitidas por medio de un permiso expedido en virtud de la Ley Federal, Estatal o local*”. Por lo tanto, si una “*point source*” del NPDES sufre un “*bypass, upset, or violation*”, que resulta en una descarga de petróleo que exceda las condiciones permitidas, el “*discharger*” será responsable de los “*removal costs*”. El lenguaje legal de la OPA, resulta ser más amplio que las exoneraciones previstas por la “*CWA*” (§ 311) y por “*CERCLA*”, especialmente en un aspecto, ya que menciona los “*local permits*”. Desde que no se puede descargar a las aguas navegables desde una “*point source*”, sin un permiso emitido por el “*NPDES*”, las únicas descargas potenciales direccionadas por los permisos locales parecerían ser descargas para realizar “*publicly owned treatment works*” (*obras de tratamiento de propiedad pública*), pero en cumplimiento de un “*pretreatment permit*” (*permiso de pretratamiento*). Al igual que la “*CWA*” (§ 311), la “*OPA*” no regula las descargas desde los “*public vessels*”, excepto cuando el “*vessel*” está comprometido al comercio.⁵⁶²

b) El esquema de compensación de la “*OPA*”: El “*Oil spill liability trust fund*” y el proceso de reclamaciones

El proceso que la “*OPA*” prevé para los reclamantes, con el fin de lograr una compensación, incluye dos fases:⁵⁶³

- 1.- El reclamante puede solicitar una indemnización directamente al “*RP*” objetivamente o a su garante.

⁵⁶¹ Vid., *Oil pollution deskbook...*, 5.

⁵⁶² Ibid., 5-6.

⁵⁶³ Foley, «Big oil, big consequences», 521-522.

2.- Si el “RP” no resuelve la reclamación dentro de los noventa días, el reclamante puede solicitar compensación a través de litigios contra las personas responsables (*incluido el “RP”*), o someter la reclamación al “NPFC” para el pago del Fondo Fiduciario. Una vez realizado el pago, el Fondo Fiduciario será subrogado a los derechos del reclamante contra el RP. El Fondo Fiduciario tiene la “*fiduciary duty*” de garantizar que los pagos se efectúen sobre la base de la documentación de soporte adecuada. Los reclamantes que soliciten una indemnización por pérdida de ganancias o capacidad de ganancia, deben establecer los bienes o recursos naturales que resultaron lesionados o perdidos, justificando que dicha pérdida de ingresos fue resultado del derrame de petróleo. En el caso de que un “RP” no sea identificado de inmediato, el propio “NPFC” inicia el proceso de reclamos para los posibles reclamantes y también está disponible para reclamos de los “RP” cuando los pagos efectuados por ellos hayan excedido los límites legales que determina la “OPA”.

La “OPA” creó el “*Oil Spill Liability Trust Fund*” o “*Trust Fund*” (*Fondo fiduciario de responsabilidad por derrames de petróleo o Fondo Fiduciario*) para indemnizar a los lesionados por los “*removal costs*” y por los daños resultantes de un derrame de petróleo. Es administrado por el “*National Pollution Funds Center*” (“NPFC”),⁵⁶⁴ el cual actúa además como organismo de ejecución de la “OPA”. Este Fondo se obtiene, principalmente, de un impuesto (*cinco céntimos por barril aproximadamente*), sobre el petróleo producido o importado a los EE.UU. pero además, proviene de los ingresos por transferencias de otros fondos de contaminación, multas, sanciones, intereses devengados y recuperación de costos de algún “RP”. El “NPFC”, ante una notificación de un derrame de petróleo, designará uno o más “RPs” por el derrame, para lo cual pone en conocimiento de los potenciales reclamantes respecto del proceso, para facilitar y acelerar los pagos a quienes resulten ser las víctimas. Para los casos que no sobrepasen los límites federales de responsabilidad impuestos por la “OPA” en la mayoría de los incidentes de

⁵⁶⁴ Agencia administrativa de la Guardia Costera de los EE.UU.

derrames de petróleo, los fondos suficientes para compensar a los reclamantes lesionados provienen del RP. Excepcionalmente, en los casos en que la responsabilidad establecida exceda los límites fijados por la “OPA”, el “NPFC” puede efectuar pagos del Fondo Fiduciario, los cuales están subrogados en los derechos de los reclamantes para recuperarse de los daños causados por el “RP” o terceros.⁵⁶⁵

c) Las pruebas de responsabilidad financiera. Los límites de la “OPA”

La “OPA” requiere que los “vessels” y las “offshore facilities” establezcan y conserven pruebas que versen sobre la responsabilidad financiera, es decir, que certifique que pueden cumplir con la cantidad máxima o los límites impuestos por ella, respecto de la responsabilidad potencial resultante por una descarga de petróleo. La “OSFR” se puede establecer por uno o cualquier combinación de los siguientes métodos:

- 1) Seguro.
- 2) Fianza.
- 3) Garantía.⁵⁶⁶
- 4) Carta de crédito; y/o
- 5) Cualificación como autoasegurador,⁵⁶⁷ aunque el método más común es a través de un certificado de seguro.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ Foley, «Big oil, big consequences», 521-522.

⁵⁶⁶ Vid., Kyriaki, «The BP Oil Spill», 132.

⁵⁶⁷ Para los garantes, la OPA requiere una declaración indicando que el acuerdo está sujeto a demandas de acción directa del gobierno o de los reclamantes lesionados a quienes el RP les ha negado el pago. Un “vessel” normalmente cumple con el requisito de responsabilidad financiera presentando ante la Guardia Costera de EE.UU. un “financial responsibility certificate” (“COFR”), que identifica a un garante aprobado como responsable hasta el límite OPA del buque. En el caso de una “offshore facility”, la “Bureau of Ocean Energy Management, Regulation, and Enforcement” (“BOEMRE”-), anteriormente conocida como “The Mineral Management Service” (“MMS”), ha emitido normas de responsabilidad financiera por derrames de petróleo que extiende los requisitos de responsabilidad financiera de la OPA a ciertas “Covered Offshore Facilities” (“COF”). Vid., Foley, «Big oil, big consequences», 523.

⁵⁶⁸ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 102-103.

d) “Recoveral removal costs” y “damages”

La “OPA” respecto de la contaminación por hidrocarburos (33 U.S.C. § 2702), establece los “*elements of Liability*” que deben ser cubiertos por los responsables, los cuales se enmarcan en dos categorías principales:

1.- Los “*removal costs*”, que incluyen “*los costos para prevenir, minimizar o mitigar la contaminación por hidrocarburos*”.

2.- Los “*economic damages*” (*daños económicos*), los cuales comprenden las siguientes categorías:

- i. Daño a los recursos naturales;
- ii. Daño a los bienes muebles o inmuebles (*incluidas las pérdidas económicas resultantes de dicho daño y la pérdida del uso de los recursos naturales de subsistencia*);
- iii. Pérdida de ingresos por el uso de recursos naturales o propiedad real o personal;
- iv. Pérdida de beneficios o deterioro de la capacidad de ganancia resultante de dicha contaminación y los costos de proporcionar servicios públicos adicionales durante o después de las actividades de remoción. (§2002 (b))

No obstante, debemos hacer una precisión respecto de los términos “*Remove*” and “*removal*”. La “OPA” los define (§ 1001 (30)) tal como lo hace la “CWA” (§ 311 (a) (8)), pero de modo diferente a cómo lo hace “CERCLA”. Este cambio fue introducido para incluir el contenido del petróleo, las sustancias peligrosas y la limpieza actual. Los “*removal costs*”, están definidos de forma separada en la “OPA”, con la finalidad de especificar que los costos incurridos para enfrentar las amenazas sustanciales de contaminación petrolífera que deja una descarga son también recuperables, tales como los costos para prevenir, minimizar o mitigar dicha contaminación. Curiosamente las definiciones de “*remove*” y “*removal*” incluyen a las “*hazardous substances*” (“*removal of hazardous substances*”), pero los “*removal costs*”, abordan solamente las descargas de petróleo. Esto explica que el Congreso quiso abordar solamente las descargas de petróleo en las disposiciones de responsabilidad, dejando a “CERCLA” la

recuperación de los costos para los casos de “*hazardous substances*”.⁵⁶⁹

En cuanto a los “*recoverable removal costs*”, para los gobiernos (*federal y estatal*) y para las tribus Indias, son los que contempla la “*CWA*” (§ 311 (d) o (L)), la “*Intervention on the High Seas Act*” o la “*State Law*”. De esta manera, el gobierno federal está autorizado para adoptar las “*removal actions*”, como una acción legal en casos de descargas de petróleo o de sustancias peligrosas o ante el peligro de que éstas se produzcan en aguas navegables o costas litorales (o “*shorelines*”), con el fin de brindar respuesta y poder abatir los desastres marinos, pues representan una amenaza sustancial de contaminación. Los “*recoverable removal costs*”, son cualquier “*removal cost*” planteado por cualquier persona (*presumiblemente individuos, otras entidades gubernamentales como las municipalidades, corporaciones, etc.*), por los actos adoptados por la persona quien ha actuado coherente con el “*National Contingency Plan*”. Este lenguaje sigue el lenguaje empleado por “*CERCLA*” (§ 107 (a) (4) (B)), el que ha sido construido para dar paso a las “*private-party actions*”, llenando el vacío del de la “*CWA*” (§ 311, que prevé un derecho de recuperación no equivalente), permitiendo a los demandantes privados de los “*removal costs*”, ejercer sus derechos bajo el “*Common Law*” y “*Admiralty Law*”.⁵⁷⁰ Mientras tanto, las disposiciones de “*damages*”, explican que tales acciones privadas están destinadas a ser incluidas como si fueran acciones del gobierno estatal y local.

Los “*recoverable damages*” están agrupados en seis categorías, varias de las cuales parecen superponerse:⁵⁷¹

- Natural resources damages.
- Damages to real and personal property, including loss of use of such property.
- Loss of subsistence use of natural resources.

⁵⁶⁹ *Oil pollution deskbook...*, 6.

⁵⁷⁰ “*Admiralty law or maritime law*”, is a distinct body of law that governs maritime questions and offenses (*en palabras nuestras, es un cuerpo legal distinto que rige las cuestiones y delitos marítimos*).

⁵⁷¹ *Oil pollution deskbook...*, 6.

- Loss of tax and other revenues.
- Loss of profits or earning capacity.
- Increase costs of public services.

Tres de estos tipos de “*recoverable damages*”, como lo son los “*natural resources damages, loss of tax revenue, increase of costs of public services*”, son recuperables solamente por las entidades gubernamentales. En el caso de los “*Natural resource damages*”, éstos son recuperables por cuatro clases de “*natural resource trustee*”: “*Federal*”, “*State*”, “*Foreing government*”, “*Indian tribes*”. La “*loss of tax*”) y otras formas de ingresos gubernamentales son recuperables por los EE.UU., los Estados y las subdivisiones de los estados. El “*increase of costs of public services*”, ocasionado por una descarga de petróleo, incluyendo artículos tales como los que sirven para la protección contra incendios, son recuperable por los propios demandantes. Las subdivisiones políticas están exluidas de las demandas para recuperar los “*natural resource damages*”. Estas estas demandas están limitadas a los “*trustees*” debidamente designados.⁵⁷²

Las otras tres clases de “*recoverable damages*” por descargas de petróleo, se superponen y son recuperables por demandantes privados y también por los gobiernos. El “*owner*” o “*lessor*” de una propiedad personal o real puede recuperar los daños por encontrar alguna lesión a su propiedad o por la pérdida económica ocasionada a partir de su destrucción. Cualquier demandante puede demandar por la “*loss of subsistence use of natural resources*”, independientemente de la propiedad o administración de tales recursos. Asimismo, cualquier demandante puede demandar por los daños igual a la pérdida de ganancias o del menoscabo de la capacidad de ganancia causada por la lesión, pérdida o destrucción de la propiedad real o personal o de los recursos naturales. Los “*natural resources damages*”, “*damages to real and personal property, including loss of use of such property, loss of subsistence use of natural resources, loss of profits or earning capacity*”, se deben sujetar a las reglas del “*Common Law*” y de la “*Admiralty Law*” para su recuperación. Mientras, las demandas por daños, al contrario que los “*removal costs*”, están sujetas probablemente a un “*jury trial*”. Los EE.UU. sostienen (y

⁵⁷² Ibid., 6.

predomina este argumento) que las demandas por “*response costs*” bajo “*CERCLA*” son de naturaleza equitativa y, por lo tanto, no están sujetos a una demanda mediante un “*jury trial*” bajo la “*Seventh Amendment*”. Presumiblemente, los EE.UU. adoptarán la misma posición con respecto a los “*removal costs*” y es probable que las Cortes sigan esto.⁵⁷³

Sin embargo, con respecto a las demandas por daños, existe una “*divided case authority*” bajo “*CERCLA*”, que sostiene que las demandas por “*natural resource damages*” son objeto de un “*jury trial*”. Debido a que las demandas por pérdidas monetarias, pérdida de ingresos y otros elementos de daño son muy similares a las demandas tradicionales de “*Common Law*”, los argumentos de la “*Seventh Amendment*” para una “*jury trial*” son fuertes. En la “*OPA*” (§ 1005) impera el interés -*en términos económicos*- sobre las demandas, ya que busca proporcionar un fuerte incentivo para el pronto pago. Los responsables (*o sus garantes*) deberán responder ante los demandantes, por los intereses desde el día 30, después de la presentación de la demanda hasta el día en que éstos sean pagados. La “*rate*” está vinculada a la publicada por la “*Federal Reserve*”.⁵⁷⁴

2.6 El “*right of recovery*”

La “*OPA*”, es la expresión normativa más completa y explícita de las sanciones y la responsabilidad por daños de todos los estatutos que habíamos referido anteriormente. Consagra el “*right of recovery*” o “*derecho de recuperación*” respecto de los daños ocasionados por lesionar los “*public trust resources*” y un “*right of recovery*” para los “*purely private-party damages*” ocasionados por los derrames de petróleo.⁵⁷⁵ Los reglamentos de aplicación detallan el concepto y cómo medir los daños ambientales/daños a los recursos naturales.⁵⁷⁶ Debido a que la finalidad central de la “*OPA*” es la restauración de los recursos dañados o la adquisición

⁵⁷³ *Ibid.*, 6-7.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, 7-9.

⁵⁷⁵ Ataire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11036.

⁵⁷⁶ “*Natural Resource Damage Assessments*”, 15 C.F.R. § 990 (1996) (promulgado por “*the National Oceanic and Atmospheric Administration*” -NOAA-).

de unos equivalentes, el rol de los “*trustees*” es cuantificar los daños causados en todos los servicios ecosistémicos y determinar el tipo y la cantidad de los “*compensatory restoration projects*” que todo el público deberá realizar.⁵⁷⁷ Aquí, cobran vital importancia los “*Ecosystem services covered*”, que incluyen a las personas que disfrutaban directamente de los alimentos, combustible, madera, recreación, entre otros; y, los “*Regulating and habitat services*”, que son aquellos que tienen más vínculos indirectos con las personas, pero que son cruciales (*por ejemplo, el ciclo de nutrientes y la formación de suelos*). La demanda por un daño de este tipo, llega a convertirse en el costo de los “*restoration projects*” más los costos del “*damage assesement*”. Existen varios enfoques metodológicos para implementar la “*resource compensation measure of damages*” (*medida de compensación de daños de los recursos*), mientras que la “*technical information on methods*” (*información técnica sobre los métodos*) se desarrolla sobre la base de una serie de documentos de orientación.⁵⁷⁸

2.7 Las “*penalties*” como consecuencia de la actividad hidrocarburífera ilícita

Tal como habíamos dicho, la “*OPA*” se sustenta sobre dos normas - *CWA* y *CERCLA*. Sin embargo, para determinar las sanciones con las que cuenta el gobierno federal de los EE.UU. para sancionar las descargas de petróleo y las sustancias peligrosas no autorizadas, la *OPA* se ha basado principalmente en la “*CWA*” (§ 311). Las “*penalties*” que la *OPA* incluyó, dados los daños ambientales causados por el “*Valdez spill*”, fueron vistas como muy débiles, al compararlas con otras disposiciones de la “*CWA*” y de las demás leyes ambientales.⁵⁷⁹

La “*CWA*” prevé sanciones tanto civiles como penales sobre las que se ha basado la “*OPA*”, obligatorias y discrecionales contra el propietario, operador o persona a cargo de un buque que descargue

⁵⁷⁷ Vid., Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11037.

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ *Oil pollution deskbook...*, 14.

una cantidad prohibida de petróleo o sustancias peligrosas en las aguas navegables. Éstas se determinan de la siguiente manera.⁵⁸⁰

- Las “*criminal penalties*” están compuestas por las “*finer*” y “*sentencing guidelines*” (*multas y las directrices de la sentencia*);

- Las sanciones civiles se determinan con una multa por día o por barril sin limitación. Las sanciones civiles y administrativas establecidas por la “*CWA*” pueden ser evaluadas por la “*U.S. Coast Guard*” (*Guardia Costera de EE.UU.*) o la “*Environmental Protection Agency*” (*Agencia de Protección Ambiental*), más comunmente conocida como EPA.

“*Criminal penalties*”.- Para imponer un castigo, existen algunas sanciones penales severas disponibles (§ 309; § 311 (b) 3) “*CWA*”) a las descargas que impliquen:⁵⁸¹

- “***Negligent violations***” (*infracciones por negligencia*), las sanciones se traducen en una multa de USD. 25.000 y un año de prisión.
- “***Knowing violations***” (*infracciones con dolo*), la multa es de USD. 50.000 y la prisión no puede exceder de tres años.
- “***Knowing endangerment***” (*poner en peligro con dolo*), es una infracción que pone a otra persona en peligro inminente de muerte o de sufrir una lesión corporal seria. La multa es de USD. 250.000 para un individuo, USD. 1 millón para una organización y prisión por no más de 15 años.

Cada día de descarga es un delito separado y las penas se duplican para los delitos repetidos.

Estas sanciones penales pueden generar problemas a los fiscales, en virtud de las disposiciones de “*self-incrimination*” que prevé la “*Fifth Amendment*”. Según el artículo 311 (b) (5), el “*self-reporting*” de las “*releases*” es obligatorio, pero ésta no puede ser utilizada en ninguna “*prosecution*” contra la persona que informó

⁵⁸⁰ Foley, «Big oil, big consequences», 518.

⁵⁸¹ *Oil pollution deskbook...*, 14-15.

el derrame, excepto si se trata de una acusación por falso testimonio o perjurio. La enmienda tenía como fin aplicarse únicamente a las personas físicas. Las empresas, no tienen el derecho de la “*Fifth Amendment*” contra la “*self-incrimination*”. Hasta las enmiendas de 1990, la única “*criminal charge*” que podría formularse por las descargas en aguas navegables, fue por hacerlo sin ningún permiso legal. Además, la perspectiva de las acusaciones penales por descargas negligentes de petróleo impondrá una prima o recargo para la capacitación y operaciones diligentes en la industria petrolera.⁵⁸²

Ahora bien, para imponer sanciones de carácter penal al responsable de una descarga de petróleo o sustancias peligrosas no autorizadas, la “*CWA*” no es el único medio legal que lo posibilita, sino que existen otros estatutos federales que son utilizados por los “*prosecutors*” para perseguirlas, como por ejemplo: “*The Act to Prevent Pollution from Ships (“APPS”)*”,⁵⁸³ “*The Refuse Act*”,⁵⁸⁴ y “*The Migratory Bird Treaty*”,⁵⁸⁵ entre otras.⁵⁸⁶

“Civil penalties”.- La “*CWA*” (§ 311 (b) (7)) incluyó una nueva sanción civil que hace que cualquier dueño, operador o persona “*in charge*” de una “*facility*”, desde la cual el petróleo o la sustancia peligrosa sea descargada, por haberla infringido, quede sujeta a ésta, la cual es equivalente a los siguientes montos.⁵⁸⁷

⁵⁸² Ibid.

⁵⁸³ 33 U.S.C. § 1901-1912 (2006).

⁵⁸⁴ 33 U.S.C. § 407, 411-413 (2006).

⁵⁸⁵ 16 U.S.C. § 703-711 (2006).

⁵⁸⁶ Conforme a la enmienda realizada por la OPA, la CWA impone una responsabilidad objetiva con una pena civil obligatoria al propietario, operador o persona a cargo de cualquier buque o instalación de donde se descarga el petróleo, por un monto de hasta \$ 37.500 por día de violación, o una cantidad de hasta \$ 1100 por barril de petróleo descargado. Cuando la infracción sea resultado de negligencia grave o conducta dolosa, el propietario, operador o persona a cargo está sujeta a una sanción civil de no menos de \$ 140,000 y no más de \$ 4300 por barril de petróleo descargado. En efecto, la sanción por negligencia grave podría dar lugar a daños agudos por las multas y sanciones incurridas por la parte responsable. Asumiendo la estimación de 5,1 millones de barriles liberados, las multas máximas de CWA para el derrame de petróleo de Deepwater Horizon oscilan entre \$ 5,6 mil millones por negligencia ordinaria, con un potencial de hasta \$ 21,9 mil millones si se descubre negligencia grave o mala conducta dolosa. Cf. Foley, «Big oil, big consequences», 519.

⁵⁸⁷ *Oil pollution deskbook...*, 14.

- 1) USD. 25.000 por día de cada descarga; o,
- 2) USD. 1.000 por barril de petróleo descargado o por unidad de la cantidad reportable de la sustancia peligrosa descargada. A partir de esta formulación, si se derraman 1.000 barriles de petróleo, podría ser impuesta una multa de hasta USD. 1.000. Del mismo modo, para una sustancia peligrosa cuya cantidad reportable es de 100 libras, en caso de un derrame de 10.000 libras, el “*spiller*” quedaría sujeto a una “*civil penalty*” de hasta USD. 100.000. Este ranking volumétrico de sanciones aumenta drásticamente la exhibición potencial de aquellos derrames causados o que se están sufriendo. El aumento de esta exposición, hace que el “*proper handling*” (*manejo adecuado*) del petróleo y de las sustancias peligrosas sean una prioridad. No obstante, esto también conduce a problemas de cálculo similares a los que las Cortes enfrentan al dictar sentencias en contra de los “*drug offenders*”, pues el peso de la sustancia controlada e involucrada a menudo, es muy controvertido.
- 3) Cuando ocurre una descarga debido a una “*gross negligence*” o “*willfull misconduct*”, la cantidad de la multa se incrementa a USD. 3.000 por barril de petróleo o unidad de cantidad reportable derramada. Si bien existe un límite inferior de USD. 100.000 en este tipo de sanciones, el límite superior es “*open-ended*”, o sea, indefinido, ya que se basa sobre USD. 3.000 veces el número de barriles o unidades de cantidad reportable. La exposición de una persona en este caso podría pasar al “*million-dollar range*”, por un derrame de menos de 350 barriles de petróleo o a una cantidad menor de muchas sustancias peligrosas. Ante una conducta inapropiada, que conduzca a una “*removal action*” prevista por la “*OPA*” o la “*CWA*”, y en caso de incumplimiento de dichas normas, del “*Spill Prevention, Control, and Countermeasure Regulation*” (*SPCC*) y otras reglamentaciones, según la “*CWA*” (§ 311 (j)), la Corte puede imponer una “*civil penalty*” de hasta USD. 25,000 por día. Alternativamente, los daños triplicados pueden ser acopiados. Todas estas sanciones civiles son las previstas por la “*CWA*” (§ 311), mientras que otras sanciones civiles y administrativas, están disponibles en el artículo 309.
- 4) Una multa civil de hasta USD. 25.000 por día también está provista para las infracciones de las regulaciones sobre responsabilidad financiera que establece la “*OPA*”. El gobierno está autorizado a solicitar una “*injunction*” para dar por terminadas las operaciones del infractor. Estas sanciones pueden

ser impuestas por la agencia administrativa y a diferencia de las otras sanciones administrativas, no tienen un límite superior.

“Administrative penalties”.- Las sanciones administrativas pueden ser impuestas al dueño, el operador o la persona *“in charge”* (a cargo) de cualquier *“facility”* o *“vessel”* desde el cual el petróleo o la sustancia peligrosa fue descargado. Las sanciones administrativas pueden ser impuestas también por infracciones de las regulaciones del SPCC. El nuevo mecanismo administrativo consagrado por la CWA en el § 311 (b) (6), es casi idéntico al del § 309 (g). Por medio de éste, se permite a que la EPA solicite sanciones administrativas por más de USD. 10.000 por cada infracción. Existen dos tipos de sanciones.⁵⁸⁸

- **Class I Penalties:** La máxima sanción es de USD. 25.000 y los procedimientos son informales.
- **Class II Penalties:** El supuesto infractor o autor tiene el derecho a una audiencia ante un juez en la vía administrativa y la sanción máxima es de USD. 125.000. El público puede participar en el procedimiento dentro de esta clase de sanciones (§ 390 (g)).

Para saber cuándo es aplicable cada tipo de sanción, existen algunos criterios aplicables que colaboran además a determinar el monto de las sanciones civiles y administrativas. Antes de su imposición, se deberá evaluar y tomar en consideración los siguientes factores (§ 1321 (b.8).:

- 1) La gravedad de la violación.
- 2) El beneficio económico para el infractor, resultante de la violación.
- 3) El grado de culpabilidad del involucrado.
- 4) Cualquier otra sanción por el mismo incidente.
- 5) Cualquier historial de violaciones anteriores.
- 6) La naturaleza, extensión y grado de éxito de cualquier esfuerzo del infractor para minimizar o mitigar los efectos de la descarga.
- 7) El impacto económico de la sanción sobre el infractor.

⁵⁸⁸ Ibid.

8) Cualquier otro asunto que la justicia pueda requerir.

2.8 Límites de la responsabilidad. Non-OPA claims limitations: “*Limitation act*” (1851)

A partir del suceso catastrófico del “*Deepwater Horizon*”, el marco de responsabilidad por contaminación de hidrocarburos y compensación a las víctimas en los EE.UU., ha experimentando cambios significativos. En estos casos, uno de los mayores reclamos que puede presentar el gobierno es el atinente a los daños a los recursos naturales, pero para hacerlo debe establecer una “*baseline*” de las condiciones previas al derrame. En el caso referido, hacerlo en algunos puertos y áreas comerciales -a lo largo de la costa del Golfo- que ya han sido impactados por hidrocarburos, resulta más difícil a diferencia de las aguas relativamente prístinas del “*Príncipe William Sound de Alaska*”.⁵⁸⁹

Ante un siniestro marítimo o derrames de petróleo, el propietario u operador de un “*vessel*”, queda supeditado a la responsabilidad que el esquema federal establece en virtud de la “*OPA*”⁵⁹⁰ y otros estatutos ambientales federales y estatales. La “*OPA*” impone a un “*RP*” responsabilidad objetiva por los “*removal costs*” y por los daños causados hasta los límites por ella establecidos, sin perjuicio de cualquier otra norma legal.⁵⁹¹ Así por ejemplo, la “*Shipowners’ Limitation Act*” (*Ley de Limitación de Responsabilidad del Armador*), de 1851, aunque más conocida como “*Limitation Act*”, limita la responsabilidad del propietario al valor “*post-incident*” del “*vessel*” más la carga pendiente y ha creado un fondo separado para las reclamaciones por lesiones personales. El propietario del “*vessel*” puede invocar la “*Limitation Act*”, para limitar las demandas no relacionadas con la “*OPA*”, así como los daños a la propiedad o lesiones personales causadas por el incidente. Sin embargo, no aplica para limitar los “*removal costs*” de la “*OPA*” ni las demandas por daños. Es por ello, que se han impulsado propuestas legislativas para derogar los límites de responsabilidad establecidos por la “*OPA*” y otros estatutos, incluida la “*Limitation Act*”, ya que esta limitación a la responsabilidad resultó miope y no

⁵⁸⁹ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 101-102.

⁵⁹⁰ Foley, «Big oil, big consequences», 515.

⁵⁹¹ *Ibid.*, 525.

servió para acrecentar los fondos disponibles y poder indemnizar a los reclamantes lesionados de manera rápida.⁵⁹²

Después de la explosión de mayo del 2010, mientras el “*Macondo well*” continuó con una liberación incontrolada de hidrocarburos, “*Transocean*” presentó al amparo de la “*Limitation Act de 1851*”, una petición de limitación no sólo de los daños materiales y lesiones personales, sino también de los daños por contaminación por hidrocarburos. A medida que el “*MODU*” se iba hundiendo hasta el fondo del Golfo de México, el valor del post-accident del “*Deepwater Horizon*” fue nulo o cero. “*Transocean*” presentó (*en Houston*) una petición de limitación de responsabilidad, para limitar su responsabilidad por las posibles demandas a 26,7 millones de dólares, con lo cual supuestamente reflejaría el flete pendiente (*es decir, los pagos de fletamiento o arrendamiento*) adeudado por un afiliado de “*BP*” a *Transocean* en virtud del contrato de arrendamiento. Sin embargo, la “*OPA*” ha sido interpretada en el sentido de inhabilitar la aplicación de la “*Limitation Act*” ante los daños causados por la contaminación por hidrocarburos, pues ésta sólo puede ser invocada por el propietario del buque para limitar las demandas no relacionadas con la “*OPA*”, como los daños a la propiedad o lesiones personales causadas por el incidente y no para las demandas resultantes por un derrame de petróleo. El intento de afirmar una limitación ante la enorme responsabilidad por los daños derivados tras magno incidente, el Congreso se vio obligado a derogar dicha “*Act*”, para que se pueda abordar la responsabilidad legal derivada por los derrames hidrocarburíferos. De esta manera, ha introducido una nueva legislación (*en algunos casos retroactiva al 19 de abril de 2010*), para derogar completamente los límites de responsabilidad establecidos por la “*OPA*” y la “*Shipowner's Limitation of Liability Act*” (1851), pretendiendo fortalecer la seguridad y las regulaciones de supervisión para las operaciones de perforación “*offshore*”. Foley,⁵⁹³ critica que tales medidas drásticas

⁵⁹² *Ibíd.*

⁵⁹³ Foley, «Big oil, big consequences», 529. El autor considera que en lugar de una derogación total de la “*Limitation Act*” de 1851, el Congreso de los EE.UU. podría considerar unirse a la moderna “*Convention of Limitation of Liability for Maritime Claims*” o “*Convention*” de 1976 (*Convenio de Limitación de Responsabilidad por Reclamos Marítimos*), adoptada por la mayoría de las naciones marítimas internacionales junto con las enmiendas del Protocolo de 1996, cuya adopción generaría una mayor uniformidad y un mejor fondo de

no abordan el problema que causó el derrame de petróleo, principalmente la regulación laxa e ineficaz de la industria del petróleo y del gas en alta mar. Arguye, que el control efectivo de un pozo en las operaciones de perforación en aguas profundas y las medidas de emergencia para detener una liberación incontrolada, están contenidas, efectivamente, en la legislación “*post-Deepwater Horizon*” y sus reformas legales. Con esto, se reduciría el riesgo de futuros derrames incontrolados y dejaría intacto el sistema -*efectivo y confiable*- de compensación creado por la “*OPA*”, que regula tanto las industrias de “*shipping y offshore drilling*”, sin los efectos innecesarios e impredecibles que conlleva una derogación de los límites de responsabilidad de la “*OPA*”.

En el incidente de “*Deepwater Horizon*”, los EE.UU., el mecanismo explícito de responsabilidad por derrames de petróleo era la “*OPA*” (1990)”. Si bien su objetivo era fortalecer la seguridad y las prácticas ambientales y de seguridad en el negocio de exploración y producción de energía “*offshore*”, buscó también, crear “*Financial responsibility laws*” (*leyes de responsabilidad financiera*), e imponer limitaciones a la responsabilidad. La regla de la “*offshore facility*”, se aplica a las “*facilities*” “*in, over and under*” de las aguas navegables. Los límites de la responsabilidad de las instalaciones “*offshore*” están basados en los cálculos del “*worst case*” de descarga de derrame de petróleo. En atención a la “*OPA*”, el BP, como arrendatario del área de perforación, es responsable de la eliminación y los “*response costs*” del gobierno, los daños a la propiedad, de los recursos naturales, y las pérdidas

limitación de las bajas marítimas en los EE.UU. El Convenio prevé la limitación de la responsabilidad del propietario de un buque, pero se basa en la creación de un fondo garantizado para reclamaciones establecidas por el propietario en una cantidad basada en el tonelaje bruto previo a la muerte (mucho mayor de lo sería en virtud de “*Limitation Act*”) y, por lo tanto, crea un fondo basado en el valor posterior al siniestro del buque, más el flete pendiente. En virtud de la Convención, la financiación por parte del propietario del límite máximo de responsabilidad es una condición para conceder la limitación. Dado que la Convención ha sido adoptada por la mayoría de las naciones navieras del mundo, ya ha demostrado su valor para la industria como económicamente viable. Habida cuenta de la cuestión de la competitividad de los intereses marítimos de los Estados Unidos, la adopción de la Convención reduciría la incertidumbre en la aplicación de la limitación de responsabilidad, aumentaría los fondos de limitación garantizados en beneficio de los reclamantes que merecían y promovería la aplicación uniforme de la ley.

económicas resultantes del derrame de petróleo. Sin embargo, aunque es responsable de todos los “*removal costs*”, la ley actual limita la responsabilidad de una instalación “*offshore*” por daños económicos y de los recursos naturales al valor de US. 75 millones por cada incidente. Los daños que excedan el tope podrían ser pagados por el “*Oil Spill Liability Trust Fund*”, que se financia principalmente a través de un impuesto sobre el petróleo crudo nacional e importado. Los titulares de arrendamientos de una “*Covered Offshore facility*” (COF) deben demostrar una cantidad mínima de “*Oil Spill Financial Responsibility*” (OSFR) de 35 millones de dólares USA por cada 35.000 barriles por “*la peor descarga de derrame de hidrocarburos*” hasta un máximo de USD. 150 millones de dólares por COF ubicada en la “*Outer Continental Shelf*” (OCS) y USD. 10 millones en aguas estatales. En el caso referido, el límite de responsabilidad del BP está sujeto a una excepción por “*gross negligence*” o “*wilfull misconduct*”. Por otro lado, la “*OPA*” no limita la responsabilidad de “*Transocean Ltd.*”, “*Halliburton Co.*” o “*Cameron International Corp*” ni limita la “*contribution action*”. Con base en ello, los propietarios de negocios costeros también tienen una mejor perspectiva de recuperar esas pérdidas económicas del BP, a través de la “*OPA*”.⁵⁹⁴

Las medidas legislativas, buscan elevar el límite de responsabilidad ambiental a los responsables de un derrame de petróleo de los actuales USD. 75 millones, en algunos casos eliminando el límite por completo. A pesar de los esfuerzos anteriores, la moratoria sobre la perforación de petróleo y gas en aguas profundas, impuesta en julio de 2010, en respuesta al derrame del “*Deepwater*” se levantó el 12 de octubre de 2010 (*seis semanas antes de lo previsto*). El gobierno de EE.UU. consideró apropiado reanudar la perforación de petróleo y gas en aguas profundas, siempre que los operadores certifiquen el cumplimiento de todas las normas y requisitos existentes y demuestren la disponibilidad de un adecuado “*blow-out containment resources*” (*recursos de contención de explosión*).⁵⁹⁵ Las recientes normas de seguridad incluyen la “*Drilling Safety Rule*”, emitida el 30 de septiembre de 2010, que refuerza los requisitos para los equipos de seguridad, sistemas de

⁵⁹⁴ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 103.

⁵⁹⁵ Ibid.

control de pozos y prácticas de prevención de explosiones en operaciones “*offshore*” de petróleo y gas. Tras el levantamiento de la moratoria, el 21 de octubre de 2010, “*Chevron Ltd.*”, uno de los principales “*leaseholders*” en el Golfo de México, aprobó el desarrollo del prospecto “*Jack/St. Malo*”, programado para operar en el “*Lower Tertiary in the deepwater of the USA part of Golfo de México*”. Los campos “*Jack/St. Malo*” están estimados para contener depósitos de hidrocarburos capaces de producir recursos totales combinados y recuperables superiores a 500 millones de barriles de petróleo.⁵⁹⁶

Uno de los requisitos del esquema de responsabilidad, es que los participantes en la industria presenten pruebas de responsabilidad financiera suficiente,⁵⁹⁷ para pagar las demandas hasta los límites establecidos por la “*OPA*”. Foley,⁵⁹⁸ considera que la legislación que derogue esos límites, desmantelaría el sistema robusto previsto por la “*OPA*”, invocado por los “*vessels*” y las industrias “*offshore*” durante los últimos años. Además, podría colocar en clara desventaja a las industrias estadounidenses de transporte marítimo y “*offshore*” en una economía global gobernada por regímenes internacionales que imponen límites inferiores y ofrecen menor compensación que el régimen instaurado por la “*OPA*”. Un aumento dramático de los límites de responsabilidad impuestos por la “*OPA*” también trastornaría gravemente el sistema vigente -*de compensación y responsabilidad para los derrames de petróleo*-. Podría poner en peligro la capacidad de la mayoría de las empresas para demostrar su responsabilidad financiera tal como la norma exige, colocando además a la industria marítima estadounidense en una posición de desventaja competitiva en el mercado mundial. Se debe analizar “*con pinzas*” los efectos de las modificaciones de los límites de responsabilidad de la “*OPA*”, incluida la comparación con otras jurisdicciones prominentes en todo el mundo, que

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Este requisito generalmente se cumple mediante la presentación de un certificado de una compañía de seguros calificada que acepte actuar como un garante del límite de responsabilidad establecido por la OPA para un buque o una instalación. El requisito de responsabilidad financiera asegura que los fondos de compensación estén inmediatamente disponibles por la parte responsable para pagar reclamaciones por daños y costos de remoción. Vid., Foley, «Big oil, big consequences», 515.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, 515-516.

equilibrarían los intereses de los participantes de la industria con la protección del ambiente y la indemnización adecuada de las víctimas por consecuencia de un derrame de petróleo. Kyriaki,⁵⁹⁹ por un lado, sostiene que es comprensible la agonía de la industria petrolera para obtener permisos y reanudar las operaciones de perforación, por otro lado, considera importante garantizar que se sigan las salvaguardas establecidas y que conducirán a operaciones responsables. La rápida reanudación de las operaciones en el área justifica el escepticismo que existe; mientras el gobierno estadounidense continúa construyendo sobre las reformas ya implementadas.

Para calcular el límite de responsabilidad de un “MODU” de conformidad con la OPA, existen algunas reglas, especialmente cuando si se trata de un “vessel”, el cual recibe un tratamiento diferente:

- Cuando el “MODU” está “*in-transit*” de un lugar de perforación a otro, está dentro de la definición amplia de un “vessel” (*buque*). El límite de responsabilidad de la OPA para un “vessel” se calcula sobre la base de su tonelaje bruto.
- Sin embargo, cuando un “MODU” está perforando en un pozo ubicado en aguas navegables, como era el “*Deepwater Horizon*” en el momento del incidente, la unidad se considera una instalación “*offshore*” para determinar sus límites de responsabilidad. En el caso de un “MODU”, la unidad se trata primero como un “*tank vessel*” y su límite de responsabilidad se calcula multiplicando su tonelaje bruto por \$ 2000. Para la responsabilidad excesiva sobre ese límite, el arrendatario o el licenciataria de la instalación “*offshore*” es responsable hasta el límite general de los \$ 75 millones ante descritos, además de todos los “*removal costs*”. Aunque la responsabilidad por los “*removal costs*” de una instalación extraterritorial es ilimitada, el límite de responsabilidad de \$ 75 millones por daños y perjuicios para una instalación “*offshore*” no se ha ajustado desde que la

⁵⁹⁹ Kyriaki, «The BP Oil Spill», 103.

promulgación de la OPA (1990).⁶⁰⁰

2.9 “Defenses to liability” según la “OPA”

Las “defenses” y “exclusions” de responsabilidad que la “OPA” establece, son más limitadas que las establecidas por la “CWA” (§311) y por “CERCLA” (§107, b)). Según la “OPA”, un “RP” (*owners or operators*) tiene “defenses” muy limitadas y quedaría exenta de la responsabilidad impuesta en el § 1002, si prueba mediante pruebas reales o “*preponderance of the evidence*”, que el incidente resultó única y exclusivamente por una de las circunstancias previstas en el § 1003 a). Estas causas, únicamente prosperan, si el “RP” logra establecer que el derrame de petróleo ha sido causado por.⁶⁰¹

- a) “*Act of God*” o “*acto de Dios*”. La definición de “*Act of God*” es idéntica a la que “CERCLA” establece, es decir, “*un desastre natural grave no anticipado u otro fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irreversible de los efectos de los cuales no podrían haber sido previstos o evitados por el ejercicio del deber de cuidado “due care” y la previsión*”.⁶⁰² Así, las inclemencias meteorológicas o coloquialmente referidas como mal clima, por ejemplo: huracanes, temblores en áreas donde éstos son comunes, probablemente no constituirán una “*defense*” de tipo “*Act of God*”.
- b) Un “*Act o War*” o “*acto de guerra*”. Sin embargo, su definición no consta ni en la “OPA” ni en “CERCLA” ni tampoco en la “CWA”. El Congreso probablemente pensaba en el hundimiento de un “*vessel*” por un poder externo hostil.
- c) Ahora bien, la OPA hace una omisión relevante respecto de una “*defense*” importante que sí está prevista en la “CWA” (§ 311 (f) (1)). La negligencia del gobierno, que sería una “*defense*” completa si la descarga se debió únicamente a esa

⁶⁰⁰ Foley, «Big oil, big consequences», 520-521.

⁶⁰¹ Vid., *Oil pollution deskbook...*, 5; Pendergrass, «Legal Background», 11.

⁶⁰² La traducción pertenece a la autora de esta obra.

causa. Esa “*defense*” tenía una importancia considerable cuando la “*US Coast Guard*” era responsable de mantener las profundidades de los canales y de pronosticar el clima.

d) Un “*Act of a third-party*” o “*acto u omisión de un tercero*” (§ 1321(f)(1)), que no sea un empleado, un agente o una parte de una relación contractual con el responsable -es decir, parte contratante del RP-. En este caso, el lenguaje empleado por la “*OPA*” es prácticamente el mismo que el utilizado tanto por “*CERCLA*” como por la “*CWA*”. No obstante, el responsable debe establecer mediante “*preponderance of the evidence*” que:⁶⁰³

- Ejerció “*due care*” diligencia respecto al petróleo en cuestión, teniendo en cuenta las características del petróleo y todos los hechos y circunstancias pertinentes.

- Tomó las precauciones contra los actos u omisiones previsibles de cualquier tercero (*third party*) y las consecuencias previsibles de dichos actos u omisiones.

Ahora bien, si la descarga fue causada únicamente por este “*acto u omisión del tercero*”, será él quien -en lugar del “*owner*” u “*operator*” de la “*facility*” o del “*vessel*”-, deba responder por el costo de la limpieza. Sin embargo, si el “*owner*” u “*operator*” ha sido negligente al permitir que se desarrollara una situación en la que un tercero podría haber causado una descarga, el tercero no sería considerado como la única causa de la descarga.⁶⁰⁴

El derecho a las “*defenses*” expuestas, puede ser perdido. En primer lugar, un “*RP*” las pierde si no informa del incidente o no brinda toda la cooperación razonable respecto al derrame. En segundo lugar, si incumple con una orden gubernamental sin causa justificada de su incumplimiento. De manera más explicativa, un RP puede perder sus “*defeses of liability*” predeterminados por la “*OPA*”, bajo las siguientes circunstancias:⁶⁰⁵

⁶⁰³ *Oil pollution deskbook...*, 5.

⁶⁰⁴ Pendergrass, «Legal Background», 11.

⁶⁰⁵ Foley, «Big oil, big consequences», 516.

- a) Por negligencia grave o mala conducta intencional, como en el primer caso señalado.
- b) Por violación de las regulaciones federales de seguridad, construcción u operación aplicables por el “RP”, su agente o empleado, o una persona que actúe en virtud de una relación contractual con el “RP”. Este caso, es una excepción a las protecciones de limitación de la “OPA”, para exponer al “RP” a una responsabilidad ilimitada por violación de una regulación federal aplicable. La “OPA”, cuenta además, con disposiciones que exigen responsabilidad ilimitada si el responsable ha actuado con negligencia grave, mala conducta dolosa o ha incumplido una regulación federal aplicable de seguridad, construcción u operación. Esto se convierte en una estrecha similitud con la LRM, si nos remitimos a las obligaciones de los operadores en relación con la autoridad competente. Después de un derrame de petróleo, si no informa del derrame de petróleo, no proporciona toda la cooperación razonable solicitada por un funcionario responsable o no cumple con una orden emitida por una autoridad gubernamental (*orden gubernamental*), sin causa suficiente, se considera que un “RP” ha renunciado a sus protecciones de limitación que confiere la “OPA”.⁶⁰⁶

Además, la “OPA”, en virtud de la facultad que expresamente brinda a los Estados (*o a su subdivisión política*) para legislar e introducir alguna responsabilidad suplementaria ante la presencia de daños por contaminación por hidrocarburos, más allá de los límites federales establecidos en ella. Esta facultad legislativa es la razón para que los límites de responsabilidad no se eliminen, pues sería un incentivo adicional para los potenciales responsables, aunque, probablemente lo que haría imposible es que se cumplan los requisitos de responsabilidad financiera. Establece que la “State Law” puede imponer una responsabilidad ilimitada adicional o requisitos adicionales con respecto a las actividades de descarga de petróleo. En

⁶⁰⁶ Ibid.

efecto, existen varios “*local spill statutes*” o “*state oil spill laws*” (*estatutos de derrames locales o leyes estatales de derrames de petróleo*), en algunos estados, que contienen normas de responsabilidad para los derrames de petróleo, incluso varias de éstas instauran responsabilidad objetiva ilimitada respecto de los costos de “*clean up*” y “*removal*” (*Alaska, California, y Maine*).⁶⁰⁷ Otros Estados, cuentan con leyes que imponen responsabilidad objetiva y solidaria, sujetas a las limitaciones aplicables (*Texas, Louisiana y Florida; estados afectados por el desastre de la Costa del Golfo*).⁶⁰⁸ Sin embargo, existen Estados que, al contrario, no imponen limitaciones de responsabilidad ni cuentan tampoco con leyes que regulen la contaminación por hidrocarburos e impongan responsabilidad objetiva (*Mississippi y Alabama son el ejemplo de ello*).⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Ibid., 524-525.

⁶⁰⁸ Ibid., 525.

⁶⁰⁹ Ibí., 526.

3. CAPÍTULO III. LOS OTROS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

3.1 Identificación del sujeto/s responsable/s:

¡“*Quien contamina paga*”! El principio rector con contenido ambiental que impera en el Derecho Ambiental y gobierna hoy en día, muchos ordenamientos jurídicos en un contexto global. La Directiva 2004/35/CE y la LRM, son fruto de ello y se han inspirado en él para construir su armazón jurídico de responsabilidad ambiental ante la ocasión de un daño que menoscabe adversamente los recursos naturales que ellas han consagrado o perjudique la funcionalidad de éstos. Esta regla, induce a pensar en primer lugar, que existe un autor respecto de un daño ambiental o amenaza de que éste se produzca, quien debe ser identificado. En segundo lugar, conduce a determinar la obligación que recaerá sobre esa persona, quien deberá responder si se prueba que ha sido quien ha causado dicho daño o ha supuesto una amenaza en el ambiente.

La identificación del posible sujeto responsable, es un requisito *-de conformidad con el modelo de responsabilidad ambiental de la Directiva 2004/35/CE y la LRM-*, que además, tiene el carácter de imprescindible.⁶¹⁰ No opera la responsabilidad por un daño

⁶¹⁰ Véase, Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Caso Fipa Group y otros*), Sala Tercera, Sentencia de 4 de marzo de 2015 (TJCE/2015/96). Sobre el concepto de Operador, el Tribunal manifiesta que “...*De dicha directiva, se desprende que uno de los requisitos esenciales de la aplicación del régimen de responsabilidad establecido... es la identificación de un operador que pueda ser calificado de responsable.* Enlaza el órgano de justicia referido con los requisitos de la responsabilidad ambiental y al respecto establece que “...*El régimen de responsabilidad medioambiental requiere, para que sea eficaz, que la autoridad competente establezca un nexo causal entre la actividad de alguno de los operadores que puedan identificarse y los daños medioambientales concretos y cuantificables a los efectos de imponer medidas reparadoras a esos operadores, sea cual fuere el tipo de contaminación de que se trate...*”. Además, es menester señalar que de la sentencia se desprende que “...*La Directiva 2004/35/CE... debe interpretarse en el sentido en que no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, cuando es imposible identificar al responsable de la contaminación de un terreno u obtener de éste las medias reparadoras, no permite a la autoridad competente imponer la ejecución de las medidas preventivas y reparadoras al propietario de dicho terreno, no*

ambiental, si no se puede determinar quien lo causó. Es la consecuencia directa de la norma que exige la determinación de la causalidad. En efecto, la Directiva 2004/35/CE y la LRA delimitan su ámbito de aplicación en concordancia con los daños, pero los producidos por las actividades económicas o profesionales,⁶¹¹ que son la causa tanto de la amenaza como del daño propiamente dicho (*artículo 3.1 y 3.2 de ambas normas*). En los daños ambientales difusos, la determinación del “Operador” responsable de la contaminación de carácter difuso o del deterioro ambiental producido si es el caso, también resultará procedente cuando fuera viable identificar el nexo causal entre la conducta y actividad causante del daño y el resultado dañoso propiamente dicho, tal como la LRM establece expresamente. Si bien en el caso de las actividades del Anexo III *-para las que existe un régimen de presunción de causalidad por su peligrosidad-*, podría interpretarse que no resultaría necesaria probar la existencia del nexo causal, como habíamos ya manifestado al analizar el “nexo causal”; no obstante, ello quedaría condicionado a que la actividad en cuestión fuera propicia, es decir, que sea la “*actividad apropiada*”, para generar daño o riesgo ambiental.⁶¹²

responsable de la contaminación, al que se exige únicamente reembolsar los gastos relativos a las actuaciones realizadas por la autoridad competente por un importe no superior al valor de mercado del paraje, determinado una vez ejecutadas esas actuaciones”.

⁶¹¹ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1745. El docto profesor advierte que esto permite considerar que pocas o muy pocas actividades, de las socialmente relevantes, escapan al concepto de actividad. Considera coherente con ello, que el deber de reparación, que constituye la base de la responsabilidad, tenga un ámbito subjetivo singularmente amplio. Afirma que no hay actividad ambientalmente relevante que escape al concepto expuesto y su responsable (*operador*) tendrá que soportar el deber y las consecuencias de su incumplimiento. Ahora bien, hace hincapié en que las actividades económicas no sólo cualifican al responsable; deben ser además, las causantes de la amenaza y del daño. En consecuencia, el artículo 3 de la LRM, se aplicará a la contaminación con carácter difuso sólo cuando sea posible establecer el vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. (*En igual sentido, Pedraza Laynez, La responsabilidad...*, 32.)

⁶¹² Véase artículo 3.3 LRM: “*Esta Ley sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos*”.

Las normas aludidas refieren a una persona denominada “Operador”, quien deberá cumplir con una condición legal para que puede ser considerado como presunto o posible responsable, la cual que implica estar vinculado con la ejecución de una actividad -*económica o profesional*-.⁶¹³ En otras palabras, la actividad que realiza el operador deberá ser la causa del daño ambiental o la que habrá supuesto un riesgo inminente para que éste se produzca.

La estructura institucional de la legislación de responsabilidad ambiental, permite identificar, conforme a aquellos fines, los siguientes elementos:⁶¹⁴

- i)** El agente causante del daño.
- ii)** La acción dañosa-la causa.
- iii)** El daño ambiental.
- iv)** La reparación de tal daño.

Las dos primeras, se refieren pues, por un lado, al sujeto que deberá responder por las consecuencias perjudiciales que su conducta (*acción u omisión*) ha provocado sobre los recursos naturales afectados; y, por otro lado, a la causa material del daño, que es la acción dañosa del agente, la cual debe ser al mismo tiempo, la causa jurídica de la responsabilidad para lo cual deberá estar atada a cierto estatus jurídico del agente. Una vez esto se hay determinado en vía judicial, será imputado como causante y por ende, se le atribuirá responsabilidad por el daño ambiental causado. Las otros dos elementos ya no los volvemos a tratar por ser materia de otros acápite.⁶¹⁵

A pesar que no suene inverosímil la identificación del posible “operador” responsable. Sin embargo, en materia ambiental o para ser más específicos, en la producción de daños ambientales, surgen muchos casos en los que su determinación se torna bastante espinosa, por no decir imposible. Se destacan los casos de los daños difusos, así como la problemática de singularizar la responsabilidad cuando han participado varios sujetos o establecer responsabilidad

⁶¹³ Las que refieren la Directiva 2004/35/CE y la LRM, en su ámbito de aplicación (*artículo 3 de ambas*).

⁶¹⁴ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1739.

⁶¹⁵ Véase Capítulo I y V.

solidaria. Incluso pueden haber intervenido en la producción de los daños ambientales empresas participadas por distintas sociedades o aquellos en los que se produce la desaparición o extinción de la persona física o jurídica responsable, u otros casos que incluso hasta llegan a ser de índole penal. Si a esto sumamos la tardía manifestación que podrían presentar ciertos daños ambientales (*como ocurre con los daños históricos*), la determinación del causante se ve aún más compleja.

Existen dos sistemas de concreción de las responsabilidades:⁶¹⁶

1.- El sistema de “*Canalización estricta*”, el cual se centra en una persona que, por regla general, desde un primer momento permite identificar claramente a un responsable, tendrá el control absoluto sobre la actividad de riesgo, la cual será su beneficio principal, pues es quien tendrá el control absoluto.

2.- El sistema de “*Canalización múltiple*”, que sitúa en un mismo plano a una serie de personas potencialmente responsables, de manera que la víctima o el poder público puede dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellas. De esta manera, es un modelo que garantiza, que siempre existirá algún responsable a quien reclamar la oportuna responsabilidad.

3.2 Elementos para ser “Operador” jurídico

La definición que la LRM (*artículo 2.10*) brinda respecto del futuro responsable jurídico, el “Operador”, viene motivada sin duda, por lo que ha dispuesto al respecto la propia Directiva 2004/35/CE (*artículo 2.6*). Acatamos las definiciones sembradas tanto en la normativa europea -*Directiva 2004/35/CE*-⁶¹⁷ así como la normativa

⁶¹⁶ Lucía Gomis Catalá, *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, (Navarra: Aranzadi, 1998), 147-160.

⁶¹⁷ Directiva 2004/35/CE, artículo 2.6: “*Cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad,*

estatal española -LRM-,⁶¹⁸ por la semejanza que las envuelve, para instaurar el concepto de “Operador”. En términos generales, diremos que se denominará “Operador” a cualquier persona i) física o jurídica, ii) privada o pública, iii) que desempeñe o controle una actividad profesional o, iv) que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o quien registre o notifique tal actividad, para cuya determinación v) se atenderá a la legislación sectorial, estatal o autonómica para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración (*esto sólo lo determina la LRM*).

De conformidad con la Directiva 2004/35/CE y la LRM, son dos las exigencias o elementos específicos las que confieren a una persona física o jurídica la calidad de “Operador” y delimitan su concepto a efectos de instaurar el régimen de responsabilidad ambiental:⁶¹⁹

- 1) Ejercer una actividad, que para la Directiva 2004/35/CE ha de ser profesional (*artículo 2.10*) y para la LRM, ha de ser económica o profesional (*artículo 2.11*).
- 2) Ser una persona que ejerza un “control operativo y ejecutivo” determinante sobre la actividad económica o profesional. Por lo tanto, debe gozar de plenas atribuciones para dirigir y tomar decisiones respecto del funcionamiento de la actividad (*el modus operandi*) y de la dirección del personal que la llevará a cabo, así como del lugar en el cual ejecutarán las actividades, horarios, tiempos o frecuencias, etc.

incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad”.

⁶¹⁸ LRM, artículo 2.10, primer párrafo: “Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración”

⁶¹⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 32-33.

Existe una duda que podría surgir sobre el alcance del “Operador”. La normativa ambiental citada a lo largo de estas líneas atañe a las personas físicas o jurídicas que desempeñan una actividad “económica o profesional” en términos generales, pero ¿*Qué sucede con los particulares?* Para determinar la presencia de un daño ambiental, lo que verdaderamente importa a la normativa tanto a nivel comunitario como a nivel estatal en el caso de España, es la potencialidad de riesgo que las actividades económicas o profesionales puedan traer consigo, aquellas que las desempeña sólo el empresario, agente potencialmente, creador y controlador de esos riesgos (*de los que lucra*).⁶²⁰ Es por ello, que la LRM al transponer la Directiva 2004/35/CE, excluyó de su ámbito de aplicación, los daños que los particulares pudiesen generar (*artículo 3*). El objetivo de esto, es no limitar las actividades incluidas en su definición a aquellas que según el ordenamiento español, correspondan al ejercicio de actividades profesionales libres. Sería utópico pensar que ellos puedan desarrollar las obligaciones que la Ley exhorta. Es lógico este análisis, pues las acciones individuales de particulares, especialmente aquellas relacionadas con el ocio, como puede ocurrir por ejemplo, con la navegación de recreo, la caza, la pesca o el vertido de residuos a título particular, si bien podrían llegar a causar daños ambientales, son actividades que se someterán a la regulación que cada techo legislativo en atención a la materia ha previsto y bajo el cual cada actividad ha de llevarse a cabo.⁶²¹

La definición de la LRM, sólo se diferencia de la Directiva 2004/35/CE, por exigir que desempeñe una actividad que puede ser no sólo “profesional” sino “económica”. Si bien de la definición proporcionada por la LRM, se colige que la actividad se podrá llevar a cabo a través de una empresa, la LRM necesita de un auxilio normativo para determinar qué se entiende por empresa o negocio, siendo preciso en este punto acudir a la normativa mercantil.⁶²² Sin embargo, para algunos, el requisito de la profesionalidad, es una incongruencia, pues la intención con la que

⁶²⁰ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 411.

⁶²¹ García Amez, *Responsabilidad...*, 171-172.

⁶²² *Ibíd.* El autor, expone que “... *Es aquí donde la LRA necesita el auxilio de la legislación mercantil reguladora de las Sociedades, fundamentalmente la relativa a las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada...*, aunque aquí ha de evitarse que sus integrantes en especial los trabajadores sean los que en última instancia asuman la responsabilidad”.

se castigan estos hechos son la reparación y la prevención del daño ambiental, no quien los provoca. Admitir, la exigencia de este requisito sería como admitir un derecho penal de autor, entonces ¿por qué admitir esa disparidad en la responsabilidad por daños ambientales? La exigencia de que el operador esté ejerciendo una actividad profesional, invita a considerar que su intervención ha de tener fines de lucro, pero la exigencia que tal actividad sea de “*indole económica*”, cuestionará la responsabilidad de los daños producidos por organizaciones no gubernamentales. En cambio, sí se rechaza de forma unánime que cualquier tipo de actividad privada pueda estar dentro del ámbito de aplicación de esta norma, como la práctica de los deportes cinegéticos (*es decir, de caza o relacionados con ella*). No obstante, para otros,⁶²³ esto no quiere decir que los daños ecológicos que ocasionen queden indemnes, pues serán objeto de una multa y, en algunos casos, quedarán sujetos a la obligación de reparar el daño. En definitiva, las actividades no profesionales quedan relegadas a la responsabilidad que deriven en atención a los criterios tradicionales de reparación e indemnización de daños. Dicho de otro modo, este perfil de personas quedaría fuera del marco de acción legal que la normativa ambiental referida ha instado para atribuir responsabilidad ambiental a ese sujeto material, autor del daño ambiental que se lo conoce como “*Operador*”, siempre y cuando se ajuste su actuar a alguno de los supuestos que sus propios ámbitos de aplicación han configurado para imputarle responsabilidad (*atinentes a la responsabilidad objetiva y subjetiva, artículo 3 de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM*), ya analizados anteriormente.

La realización por parte del sujeto de una “*actividad económica o profesional*” no requerirá de ningún título habilitante que le capacite o no para ser considerado como tal. Para efectos de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, es irrelevante si la persona física o jurídica, en definitiva, el “*Operador*”, que lleva a cabo dicha actividad, despliega el carácter de público o privado.⁶²⁴ Circunscribiéndonos a la misma normativa, también le es indiferente, la naturaleza jurídica de la actividad económica o profesional que el “*operador*” desarrolle. Lo único que se requiere es que se desarrolle la actividad empresarial o profesional,

⁶²³ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 32-33.

⁶²⁴ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1745.

independientemente de que con ella se pretenda o no la obtención de ganancias. En todo caso, vemos que ambas normas ambientales, en términos similares, entienden por actividad económica o actividad profesional, como cualesquiera desarrollada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, independientemente de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos (*Directiva 2004/35/CE, artículo 2.7 habla de “actividad profesional”; LRM artículo 2.11 habla de “actividad económica o profesional”*⁶²⁵).

Cuando hablamos que una persona jurídica es la causante del daño ambiental o de la amenaza de que se pueda producir este daño, nacen algunos cuestionamientos de no tan fácil solución pero que habría que enfrentarlos *¿Qué condiciones o requisitos debe cumplir la persona jurídica para que pueda ser imputada como responsable legalmente?; ¿Cómo se va imputar a una Sociedad un daño cuando las conductas son provenientes de personas naturales?; ¿Quiénes realmente han causado el daño ambiental, sus directivos o sus empleados o todos simultáneamente?*

La LRM, tal como hemos denotamos, amplió el concepto de “operador”, estableciendo que cualquier persona física o jurídica, natural o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional, que controle dicha actividad o que ostente un poder sobre ella, tendrá dicha categoría jurídica *-la de “Operador”-*. Considerando este precedente, es necesario precisar que es “controlar...” o “tener un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico...”, para una correcta aplicación de la norma, aunque en este segundo caso, se permitiría incluir a todos los que realicen cualquier tipo de actividad contratada y subcontratada. Estas nociones no se encuentran descritas ni en la Directiva 2004/35/CE ni en la LRM a lo largo de sus textos articulados, lo cual posiblemente, puede generar alguna confusión. Bien se podría interpretar que un “operador” puede ser cualquier persona que no desarrolle en forma directa la actividad económica o profesional. Sin embargo, esta situación parecería ser la materialización de la facultad que la propia Directiva (*artículo 2.6*),

⁶²⁵ Aunque en la práctica, actividad económica y actividad profesional signifiquen lo mismo, más aún si recurrimos al Anexo III de la LRM en el cual éstas están enumeradas. Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 171.

ha concedido al legislador nacional, para considerar o no a estas personas como “operadores”, quienes en caso de causar algún daño, pudiesen ser por ende, los posibles responsables. En realidad, la definición busca incluir como responsables a quienes contribuyan en la actividad, pero únicamente, desde un punto de vista económico y que son conocedoras del destino de la inversión así como, regular el desvío de la responsabilidad a entidades infracapitalizadas. La LRM amplió sus efectos con la intención de que los cargos directivos decisorios de la realización de la actividad contaminante no queden impunes, es decir, se pretendió que la responsabilidad derivada de una acción ilícita recayese sobre su verdadero actor; sobre la persona que despempeñe o ejerza su control. Sin embargo, en múltiples ocasiones al no ser directamente realizada por quien lleva el control la actividad, dicha intervención se torna complicada.⁶²⁶

La LRM se decanta por establecer un sistema de control administrativo y no mercantil, permitiendo su determinación a través de “*lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración*”. Para ello, no habrá que estudiar su organización empresarial, sino las licencias, autorización concedidas, así como, las comunicaciones u otros elementos o registros administrativos, considerando que las personas que pueden verse involucrados en el cometimiento de un “*daño ambiental*” son los responsables y directores de la empresa o los gestores y administradores. En el caso de estos últimos, para determinar su responsabilidad de los daños producidos, únicamente se exigirá que su actuación sea “*determinante*”, cuando pueda establecerse la relación de causalidad entre la conducta de ellos y la responsabilidad de la persona jurídica.⁶²⁷ Tampoco han explicado qué se debe entender

⁶²⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 37-38.

⁶²⁷ La determinación del responsable en el caso de sociedades ha sido tratada en la TS de la sentencia de 22 de marzo de 2004 (*Sala de lo Civil, Sección I.a*), en la cual, afirma que: “*La figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiéndose por tales además los que refiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y, y los factores generales o singulares (artículo 286 del Código de Comercio) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con*

por “*determinante*”, además de ser un concepto muy amplio que podría llevar a que se choque con otros sujetos responsables contemplados por la propia LRM como las sociedades matrices.

Mullerat,⁶²⁸ respecto de la exigencia del “*poder económico determinante*”, arguye que ésta ocasionará que las personas que tengan encomendada la gestión ambiental de la empresa contaminante queden indemnes de cualquier responsabilidad. Así por ejemplo, se excluiría de responsabilidad quienes hayan realizado únicamente el registro de sus productos, como el caso de una empresa farmacéutica.

Hava García,⁶²⁹ considera que el acento que tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM han puesto sobre el carácter empresarial del operador debe ser aplaudido, ya que evita las dificultades encontradas en el ámbito penal, en el cual, gran parte de los delitos ecológicos son realizados por personas físicas ocultas bajo una configuración empresarial. Encambio, Yanguas Montero,⁶³⁰ perfila que la redacción de la Directiva 2004/35/CE no deja establece en qué circunstancias las entidades bancarias, financiadoras de una determinada actividad susceptible de causar daños ambientales, podría considerarse como operadoras, por lo que aclama por una definición más precisa del concepto de operador. Además le parece difícil no cavilar dentro de una actividad profesional o cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos, este tipo de actividad (*la bancaria*), sobretudo por la consideración de profesional (*por*

la condición de administrador de hecho, que aparece más clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas (Sentencia de 24-9-2001 (R) 2001, 7489)”.

⁶²⁸ Bernat Mullerat, «Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 7 (2005): 242-243, ISSN: 1695-2588. En igual sentido, De Miguel Perales, «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», 13-19 .

⁶²⁹ Hava García, citado por Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 31.

⁶³⁰ Guillermina Yanguas Montero, «Luces y sombras de la Directiva 2002/35/CE sobre responsabilidad medioambiental», *revista ICADE* 67 (2006): 8, ISSN: 02 12-7377.

ser a su criterio un concepto muy amplio el de “actividad profesional” brindado por la Directiva).

Sin embargo, en sentido contrario, Pedraza,⁶³¹ considera que la LRM, busca que sea responsable quien decide sobre las actuaciones a seguir, más no pretende que personas jurídicas tan externas al negocio como puede resultar una entidad bancaria o crediticia, puedan incurrir en alguna responsabilidad simplemente por el hecho de surtir de recursos económicos al verdadero “Operador”. Además, esta extrema ampliación de la responsabilidad implicaría la reducción de las facilidades financieras, aspecto necesario para el funcionamiento empresarial de España.

De conformidad con el ordenamiento jurídico español, para la determinación de la actividad profesional se debe tener en cuenta no sólo lo que la legislación nacional disponga, sino también “...se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial,⁶³² estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración”.⁶³³ Pedraza,⁶³⁴ entiende que la modificación efectuada por la redacción nacional no puede ser entendida con la finalidad de pretender limitar el concepto, pues el

⁶³¹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 35.

⁶³² García Amez, *Responsabilidad...*, 175. Para el autor, la remisión a la normativa sectorial sobre títulos habilitantes “...sirve únicamente para aquellos casos en los cuales se quiere descubrir la persona que ejerce un control de la actividad que ha causado el daño, puesto que para... la persona que ejerce un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de la misma, encuentra serias dificultades, ya que los datos que ofrecen las autorizaciones, licencias o las comunicaciones previas, la labor de conocer la persona que ejerce tal poder económico sobre la actividad es realmente difícil, puesto que en muchos casos la normativa no exige que el sujeto proporcione datos económicos a la Administración, para que ésta permita o no el ejercicio de la actividad”. En igual sentido, vid., Pilar Dopazo Fraguío «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas», *Revista estudios jurídicos UNESP* 20, vol. 14 (2010): 116. ISSN-e: 1414-3097. Corolario de lo expuesto, la profesora agrega que para la determinación del concepto de “titular”, se deberá tener presente los criterios fijados en la legislación sectorial y en materia de contratación administrativa, pero si hubiera gestión indirecta se considera operador al contratista.

⁶³³ Carlos De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, tercera edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2009), 420.

⁶³⁴ Cf. Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 34.

titular del permiso sobre la actividad profesional es una ejemplificación de que aquél tiene un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico.⁶³⁵ Para la identificación del “Operador” será muy relevante saber quién se presente frente a la Administración como la persona que desempeña una actividad, a través del correspondiente permiso, autorización, inscripción registral o comunicación. En este contexto, resulta imprescindible acudir a la normativa administrativa que regula aquella acción propulsora del daño. De esta manera, se logrará determinar quién es el sujeto responsable, es decir, quién deberá asumir los costes de la reparación ambiental así como de la prevención de nuevos daños.⁶³⁶

Todas estas consideraciones, permiten sintetizar el concepto de “Operador”, a pesar de que las definiciones brindadas, a través de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, representan en cierta medida, conceptos muy abstractos y carentes de una base sólida que colaboren a ilustrar su alcance de mejor manera. Para una correcta determinación de este concepto y categoría jurídica tan importante que recae sobre el posible sujeto responsable del daño ambiental, habrá de estar a lo que la legislación nacional sectorial determine al respecto. En caso de que ésta no lo haga (*como hasta hoy*), se ha de buscar una adecuada precisión atendiendo al principio de que “quien contamina, paga”, siempre que realice una actividad de “control” o “poder económico determinante” que deberá ser concretada por los Tribunales. La solución se alcanzará cuando se acepte de forma unánime que “operador”, es quien siendo promotor o titular de una actividad, está facultado para dar instrucciones técnicas al ejecutor, lo que conlleva a que ostente un “*ius variandi*” o derecho de modificar las condiciones de ejecución.⁶³⁷

Este concepto está articulado, consecuentemente, con quienes también buscan por un lado, obtener algún tipo de lucro con su actividad (*por ejemplo las Sociedades*) y por otro, con aquellos que actúan sin ánimo de lucro (*por ejemplo la Administración Pública con la prestación del servicio público del tratamiento de residuos o*

⁶³⁵ Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medioambiental...*, 62.

⁶³⁶ De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, 420.

⁶³⁷ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 31.

de sanamiento y depuración de aguas).⁶³⁸ Esto nos conduce a ratificar que el origen del daño puede provenir del desempeño de una actividad económica o profesional, independientemente de su naturaleza jurídica, pública o privada. Ciertamente, le es indiferente a la institución de responsabilidad ambiental, la presencia o no del ánimo de lucro en ambos casos. Por consiguiente, el “Operador”, es aquel sujeto que tiene un poder sobre cualquier actividad económica, pública (*no lucrativa*) o privada (*lucrativa*), quedando sujeto al régimen de responsabilidad ambiental en caso de determinarse el nexo causal que lo vincule con el daño ambiental producido.

En otras palabras, los operadores que pudiesen realizar una conducta dañosa en contra del ambiente sujetos al ámbito de responsabilidad ambiental de la Directiva 2004/35/CE y la LRM, vendrían a ser:

- a) Los entes privados, es decir, las personas jurídicas.
- b) El propio Estado y sus instituciones, comprendiendo tanto la administración centralizada como la descentralizada.

3.3 La responsabilidad de las personas jurídicas

Hay que tener sumo cuidado cuando la LRM se refiere a la responsabilidad de personas jurídicas (*claro efecto del artículo 38 del Código Civil*,⁶³⁹ *que les faculta contraer obligaciones*). No se puede desatender además, su estrecha relación con la nueva responsabilidad de tipo penal impuesta por la Directiva 2008/99/CE, sobre protección penal del ambiente,⁶⁴⁰ con la cual se completaría todo el sistema jurídico regulador de responsabilidad por daños ambientales.

⁶³⁸ García Amez, *Responsabilidad...*, 166-167.

⁶³⁹ Código Civil español, artículo 38: “*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*”.

⁶⁴⁰ Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (*DOUE* núm. 328 de 6 de diciembre de 2008).

Indubitablemente, en una sociedad (*anónima o limitada*) no interviene únicamente una determinada persona, sino que con la finalidad de cumplir con su objeto social, las decisiones y los actos provienen desde la máxima autoridad u órgano directivo hasta el desarrollo y ejecución de dichos actos por parte de cada uno de sus empleados, lo cual dificulta el camino para identificar quién o quiénes, realmente, han causado el daño ambiental. El daño, puede ser consecuencia del desarrollo normal del objeto social de una persona jurídica, involucrando como presuntos responsables a uno o más de sus empleados. En consideración con esto, es posible que “*la teoría de la representación orgánica*”, no encuentre aplicación en este tipo de daños, para lo cual se deberá acudir a otro tipo de criterios, tales como los relativos a la responsabilidad por hecho ajeno o la responsabilidad vicarial.⁶⁴¹

A partir de aquí, una serie de supuestos y condiciones que éstos deben cumplir para que determinada persona jurídica pueda ser imputada como responsable por un daño en contra del ambiente. El primer supuesto constriñe respecto del hecho dañoso proveniente de una decisión tomada por las personas que integran los órganos directivos. En razón de que son ellos quienes ostentan la representación legal y actúan en nombre de la persona jurídica, si efectivamente esto sucede, la persona jurídica deberá costear los gastos que la reparación demande bajo la LRM.⁶⁴² Lamentablemente, no todas las decisiones provenientes de un directivo o del representante legal de la sociedad llegan a ser la causa de un daño ambiental, a pesar de que haya existido dolo. Estamos ante el hecho en el cual, personas por la posición que ostentan en la actividad, sobretudo los centros o instancias directivas y de control de la actividad, quedarán por tal posición bajo del ámbito de aplicación de la LRM. Lo que se busca es que exista algún tipo de control por parte de la Sociedad en la actividad del agente, pues al estar éste último vinculado a las órdenes e instrucciones de aquella, se entiende que ha actuado ésta y no su empleado, quien no habría podido desvincularse de tales órdenes. Del mismo modo, en los supuestos en los que tales órdenes o instrucciones no existan, sino simplemente se le haya encomendado una serie de funciones a cumplir, si se causaran daños, el título de

⁶⁴¹ García Amez, *Responsabilidad...*, 167-168.

⁶⁴² *Ibid.*, 169 y 174; Casado Andrés, «El concepto del daño moral», 236.

imputación es el beneficio, ya que la Sociedad se va a beneficiar de la actuación de su empleado, por ende, no es que sólo participa de las ganancias que obtiene, sino también de los daños que haya causado su agente para obtener tales beneficios.⁶⁴³

Un segundo supuesto está vinculado con los daños ocasionados por los agentes de la empresa. Este supuesto está estrechamente relacionado con el “nexo” de índole laboral, previo a probar el nexo de causalidad entre el autor del daño ambiental y la persona jurídica. Es sustancial que el actuar del agente esté íntimamente vinculado a la relación laboral que le une con la persona jurídica. Debe existir un vínculo contractual que demuestre esa relación laboral, para lograr así -“*a posteriori*”- atribuirle responsabilidad ambiental. Existe una presunción legal, en virtud de la cual la sociedad será la responsable, ya que el agente ejerce un control sobre la actividad, teniendo la última palabra sobre su actuación.⁶⁴⁴ Sin embargo, el hecho dañoso debe haberse desarrollado durante el desempeño de la actividad encargada o a consecuencia de ello.

3.4 La Administración Pública como operadora

Uno de los elementos que configura el concepto de “Operador”, denota que cualquier persona física o jurídica, puede ostentar el carácter de pública o privada, para ser calificada como tal ante la producción de un daño ambiental, previa imputación de la respectiva responsabilidad. Da igual que se trate o no de una Administración Pública. No se consagra el otorgamiento de inmunidades a ninguna persona por el hecho de ostentar un estatus específico ante los daños ambientales que se causen en el seno de su actividad. De aquí, que la propia Administración Pública (*centralizada como descentralizada*), haya sido reconocida y sometida dentro del marco legal de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, en idénticas circunstancias a las de un particular. El régimen de responsabilidad aplicable a cualquier particular, será el mismo al que la Administración Pública será sometida, a pesar de que en su actuar goce de privilegios que los particulares no tienen y que le son otorgados por la legislación sectorial, lo cual en el campo ambiental, ya ha ido desapareciendo en gran medida. Además, esta

⁶⁴³ García Amez, *Responsabilidad...*, 169.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

determinación legal, logró poner punto final a uno de los problemas existentes antes de la vigencia de la normativa ambiental apuntalada: El fraccionamiento de la responsabilidad por daños en dos bloques:⁶⁴⁵

- a) El relativo al Código Civil *-español-*, con una responsabilidad basada en la culpa; y,
- b) El régimen de la responsabilidad por daños causados por la Administración Pública, bajo el sistema que arbitra la LPC,⁶⁴⁶ la cual funda una responsabilidad objetiva, aunque con alguna modulación hacia los sistemas culpabilísticos, mediante la exclusión de responsabilidad por los riesgos del desarrollo.

A pesar de que esta dualidad de sistemas todavía permanezca vigente en el ordenamiento jurídico español, es bastante limitada en cuanto al daño ambiental así como también, en relación con la fijación de las posibles responsabilidades que se derivan de la causación de un daño de este tipo a particulares u otra Administración Pública y que no tengan el calificativo de ambiental (*el artículo 5.1 LRM excluye este tipo de reclamaciones, las cuales se han de remitir a la legislación específica: CC y LPC*). Lo que la LRM pretende, es evitar que esta sujeción de los poderes públicos a la Ley, se viera desvirtuada a consecuencia de una limitación de las actividades que éstos pudiesen llevar a cabo, cuando dichas actividades estuviesen afectadas por este régimen. La sujeción a la LRM, implica a la vez, sujeción a los distintos entes instrumentales que utiliza la Administración para su actuación, siendo indiferente la consideración que tenga el operador, pues lo relevante es que desempeñe una actividad económica o profesional, si importar además, la forma en cómo la lleva a cabo. Tal como hemos manifestado, lo relevante para la LRM es independiente de que la actividad económica que desarrolle una persona, sea pública o privada.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ *Ibíd.*, 170 y 172.

⁶⁴⁶ En la actualidad, los diferentes aspectos de la responsabilidad patrimonial se regulan tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁶⁴⁷ García Amez, *Responsabilidad...*, 170 y 172.

Con el objetivo de determinar la posible responsabilidad de los operadores ante actividades que pueden ser nocivas para el ambiente nos encontramos ante determinados recursos o bienes naturales que, o bien son de titularidad pública o no siendo así, las administraciones gozan de competencias directas sobre ellos (*como las aguas o las costas*). Sin embargo, la administración no es la propietaria del ambiente; éste es el medio de todos. Es por ello que, responderá como cualquier otro sujeto responsable, debiendo quedar sometida su actuación a un control similar. Si bien, está exenta de la contratación de las garantías financieras obligatorias, según lo establece la LRM (*disposición adicional séptima*), pues se la considera como garante general de solvencia, los efectos que la actividad de la Administración pueda provocar en el dominio público pueden ser de dos maneras:⁶⁴⁸

a) De forma directa, en la cual es ella misma la que realiza las funciones de gestión, lo que provocará que sea considerada como operadora si hubiese algún tipo de siniestro.

b) De manera indirecta, en la cual adoptará una posición de parte contractual al permitir que sea un sujeto privado el que se encargue de la realización de obras públicas o gestión de esos recursos.

La responsabilidad directa de la Administración.- La determinación de la responsabilidad de la Administración es producto de las modificaciones que introdujo la Ley 11/2014, de 3 de julio por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.⁶⁴⁹ En concreto, la antigua disposición adicional décima de la LRM, impedía la exigibilidad del cumplimiento de las medidas previstas en la Ley, cuando la Administración hubiese seguido el procedimiento establecido para la evaluación de su impacto de acuerdo a la información existente, cumpliendo las prescripciones establecidas en la declaración de impacto ambiental. No obstante, lo que esta disposición englobaba no iba muy acorde con el texto legal que la Directiva 2004/35/CE disponía, pues esta excepción por el cumplimiento del

⁶⁴⁸ Cf. Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 43-47.

⁶⁴⁹ (BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014).

procedimiento de evaluación de impacto ambiental, no está contemplado en ella. Esta nueva circunstancia ha provocado que se reconozca a la propia Administración General del Estado nuevas competencias en referencia a la instrucción del procedimiento de responsabilidad ambiental, así como para la exigencia de las medidas de prevención o evitación, cuando se trate de obras de interés general de su competencia, buscando evitar así, que finalmente las Comunidades Autónomas controlen por este cauce las obras públicas estatales.⁶⁵⁰

La estructura de esta responsabilidad en materia ambiental puede ser aplicada por las Comunidades Autónomas, cuya titularidad y competencia les corresponderá cuando se trate de obras de especial relevancia e interés. Además, están autorizadas a incluir otras actividades u otros sujetos al régimen de responsabilidad de la LRM (*en virtud de la disposición adicional segunda, apartado cuarto*). Por lo tanto, las Comunidades Autónomas, tienen la opción de determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la LRM, siempre respetando los mínimos establecidos por ésta.⁶⁵¹

La responsabilidad indirecta de la Administración.- Este tipo de responsabilidad tiene que ver con la problemática que puede traer consigo la determinación del responsable, ante el cumplimiento por parte de los órganos de contratación de las Administraciones públicas, de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública, incluidas las órdenes impartidas durante la ejecución de un contrato *-en el ámbito de la legislación de contratación pública-* (artículo 14.1.b). La LRM brinda una solución radical a este problema, excluyendo a la Administración (*órganos de contratación*) del concepto de “operador” en dichos casos. Textualmente, la LRM (artículo 2.10 LRM, segundo apartado), reza así:

“Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14.1.b), no quedan incluidos en este concepto los órganos de contratación de las Administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos

⁶⁵⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 44.

⁶⁵¹ *Ibid.*, 45.

administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta ley”.

De lo que prescribe la norma, se puede colegir, que a quienes se les atribuirá la condición de “operador” -y la supeditada responsabilidad-, será a aquellos que cumplan con una orden o instrucción emanada de una autoridad pública, así como, los contratistas que ejecuten lo estipulado con la Administración. En consecuencia, en este último caso, la Administración Pública, pudo haber sido la causante del daño ambiental, pero su órganos de contratación no serán los responsables de adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación, sino que esta obligación recaerá sobre el contratista que la lleve a cabo. La única salvedad que hay que precisar, es que la responsabilidad de estos últimos no será exigida cuando prueben el “cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente”, como manda el propio artículo 14.1 b).⁶⁵²

La responsabilidad indirecta de la Administración vuelve a quedar latente en el artículo 9.4 de la LRM. De conformidad con esta norma, aquella Administración Pública que hubiese adjudicado un contrato o hubiese extendido previa autorización para que un operador lleve a cabo una actividad, provocando ello daños ambientales o la amenaza de éstos, no quedará eximida de colaborar con la autoridad competente (*es una obligación en los términos de la LRM*). Sin embargo, no se derivará responsabilidad alguna para la Administración por las actuaciones de dicho operador, quedando por tanto excluida, salvo en el caso al que refiere el artículo 14.1 b).⁶⁵³

En el caso de las concesiones sobre el dominio público se aplica una figura de fuerza mayor y contenido frente a terceros y potenciales usuarios, puesto que, en estos casos será únicamente el concesionario el que pueda tomar las decisiones sobre su gestión por lo que se le ha de reconocer la condición de “operador”. Sin embargo, cuando el concesionario pueda acreditar que su actuación

⁶⁵² Ibid., 46.

⁶⁵³ Ibid.

se realizó dentro de los límites establecidos por la Administración podría plantearse, de acuerdo con lo establecido en la LRM, la exención de pago de los costes de prevención o reparación. Esteve Pardo,⁶⁵⁴ en atención a la afirmación específica que hace la LRM, no considera que el contratista tenga la condición de “operador”, en razón de que la concesión no tiene naturaleza contractual pero, sobretodo todo, porque la LRM adscribe esa afirmación a la legislación sobre contratación administrativa y a las concesiones demaniales que se regulan en la legislación sectorial, de aguas y costas. No obstante, considera que esto no significa que la Administración titular de los bienes demaniales tenga la condición de operadora, más aún si para los usos que quedan cubiertos por la LRM (*autorización de vertido*), se reconoce implícitamente, que el particular autorizado es el operador, así sea para exonerarle del pago de costes de prevención o reparación.

En igual sentido, opina Pedraza Laynez,⁶⁵⁵ que el contenido de este artículo no pretende negar la condición de operadora de la Administración Pública, en razón de lo que su propio texto dispone (*artículo 2.10 LRM*), será operador “*cualquier persona física o jurídica, pública o privada...*”. Por tanto, el contenido en dicha norma, únicamente, busca eliminar su condición de operador en aquellos casos en los que la actividad material de la realización de la obra o de la prestación del servicios sea realizada por una empresa privada, siendo en estos casos, ésta la que adoptará dicha condición. Es más, el propio artículo 35 de la LRM considera sujetos responsables de las infracciones administrativas a “*las personas físicas y jurídicas privadas que sean operadores de actividades económicas o profesionales y que resulten responsables de los mismos*”.

3.5 Sistemas jurídicos para identificar o determinar quién es el responsable de un daño ambiental

El sistema de cláusula general y el sistema de lista cerrada son los dos sistemas que han adoptado la mayoría de los ordenamiento

⁶⁵⁴ Esteve Pardo, *Ley...*, 44.

⁶⁵⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 47.

jurídicos en el mundo occidental. Cada uno de ellos presentan características diferenciadoras.⁶⁵⁶

1.- Aquel que consiste en establecer una cláusula general, enumera una lista de requisitos necesarios a ser cumplidos por una persona. Si la persona encargada no los cumple, será la responsable de hacer frente a los costes que suponen la reparación.

2.- El sistema legal de lista cerrada, que tiende a incorporar listas de sujetos que pueden ser considerados responsables sin condicionarlos al cumplimiento de requisitos en forma general, lo cual puede resultar más eficiente y eficaz al no requerirse demostrar el nexo causal. Con este sistema, lo que se busca asegurar es la protección al damnificado y que pueda recuperar la situación en la que se encontraba con anterioridad al daño.

El legislador español, con la transposición de la Directiva 2004/35/CE, mediante la aprobación y promulgación de la LRM, adoptó e incorporó a su ordenamiento jurídico, un modelo diferente, ya que no está basado sólo en el cumplimiento de requisitos mínimos obligatorios ni está sometido a una lista de posibles responsables (*listas cerradas*). En el caso en el que el operador desempeñe una o varias de las actividades del Anexo III de la LRM, permite constatar la presencia del denominado sistema de cláusula general, ya que se exige el cumplimiento de algunos requisitos (*artículo 3*). Correlativamente con esto, también hay que resaltar que la LRM delimita entre las actividades que estarán sometidas a un régimen de responsabilidad objetiva y otras que no.⁶⁵⁷ Además

⁶⁵⁶ Dopazo Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 119-120.

⁶⁵⁷ Aquí cobra importancia el tema de la actualización del Anexo III de la LRM. Al respecto, el autor enfatiza que el Gobierno está habilitado realizar una actualización por medio de una norma reglamentaria (*Disposición final tercera de la LRA, segundo punto*), lo que agiliza y facilita una adaptación más eficaz de la LRA a las nuevas actividades. El Estado está obligado a consultar a las Comunidades Autónomas cuando se quiera introducir una nueva actividad (*cobrando importancia en este aspecto, la Comisión Técnica de prevención y reparación de daños ambientales, un órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas diseñado por el RDLRM -artículo 3-*). No obstante, esta facultad de modificación es bastante limitada, ya que únicamente va a ser posible cuando el legislador comunitario inserte una nueva actividad a la Directiva, anteriormente no incluida en su Anexo III y se requiera adaptarla a esta nueva

de ello, está apoyada en la teoría de la “*mejor posición*” en la que se encontraba el sujeto para evitar el daño, tal como sucede con CERCLA, en virtud de la cual se busca ubicar a la persona que se encuentra en una mejor posición económica para que pueda costear la reparación; un “*deep pocket*”. No obstante, este sistema presenta un inconveniente, relacionado con el surgimiento de situaciones injustas, ya que personas que pueden no haber tenido nada que ver con la contaminación, tendrán que responder por ella,⁶⁵⁸ aunque es cierto que está presente la salvedad de repetir lo pagado ante la persona que realmente causó el daño o si el daño ha sido causado por varias personas, se puede exigir a las demás, los costes que excedieron de los necesarios para sufragar la parte proporcional de la reparación del daño causado (*responsabilidad solidaria*).

El Parlamento Europeo y el Consejo así como el legislador español, establecieron como norma, que el autor material del daño ambiental causado (“*el operador*”), deberá responder hasta pecuniariamente. Quiere ello decir que, el objetivo primordial de este nuevo modelo, radica en la identificación del sujeto responsable, pero con una connotación sumamente importante, traducida en un efecto particular y diferenciador de la institución de la responsabilidad civil clásica: la adopción de medidas e implementación de prácticas que busquen y tiendan a minimizar los riesgos que ocasionan daños ambientales. Este objetivo desarrolla como efecto secundario a la par, que a futuro los autores del daño se vean expuestos a responder además financieramente.⁶⁵⁹ Es la consecuencia del principio fundamental de la Directiva 2004/35/CE y la LRM, “*Quien contamina paga*”.

normativa. No se podría modificar -*aumentar*- las actividades contempladas en la LRA con respecto a lo que dispone el legislador comunitario, a pesar de que esto contribuya a una mejora del régimen de responsabilidad ambiental. Dicha modificación, no sería posible por medio de una norma reglamentaria, sino mediante una reforma por medio de una Ley o una norma con rango de Ley que modificase la LRM. Vid., García Amez, *Responsabilidad...*, 172-174.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, 162-164.

⁶⁵⁹ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 411. Como ponderan los autores, la imputabilidad de responsabilidad a las empresas perjudiciales para el ecosistema va a incentivar la adopción de medidas que reduzcan de forma eficiente las externalidades negativas para el ambiente. En igual sentido, Pernas García y Ánimas Madrazo, «La responsabilidad por daños ambientales», 17.

Uno de los mecanismos financieros que la Directiva 2004/35/CE y la LRM han consagrado, es la constitución de un garantía financiera. El propósito de esto, es que los operadores no puedan eludir las responsabilidades consagradas en estos dispositivos legales, incluso en el caso de insolvencia (*artículo 14 Directiva 2004/35/CE y artículo 24 LRM*). Su no constitución, será considerada como infracción muy grave (*artículo 37.2.f*).

La LRM, además, ha completado su marco de regulación de este aspecto, estableciendo que aunque la persona considerada responsable con arreglo a esta Ley, muera o en el caso de las personas jurídicas se extinga, sus deberes y sobretodo, sus obligaciones pecuniarias, se transmitirán y se exigirán a sus sucesores, en aplicación y sujeción a lo que la legislación tributaria regule respecto de las obligaciones tributarias (*artículo 12*).

Este mandato legal nos obliga a acudir obligatoriamente a la Ley 58/2003, General Tributaria (*LGT*),⁶⁶⁰ ya que en ella se regula la sucesión de personas físicas, jurídicas y de entidades sin personalidad jurídica (*artículos 39 y 40*).⁶⁶¹ En primer lugar, en

⁶⁶⁰ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (*BOE* núm. 302, el 18 de diciembre de 2003).

⁶⁶¹ El procedimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias pendientes a los sucesores, es el procedimiento de recaudación, establecido en el artículo 177 "*Procedimiento de recaudación frente a los sucesores*" de la *LGT*, en el cual se dispone lo siguiente: "1. Fallecido cualquier obligado al pago de la deuda tributaria, el procedimiento de recaudación continuará con sus herederos y, en su caso, legatarios, sin más requisitos que la constancia del fallecimiento de aquél y la notificación a los sucesores, con requerimiento del pago de la deuda tributaria y costas pendientes del causante. Cuando el heredero alegue haber hecho uso del derecho a deliberar, se suspenderá el procedimiento de recaudación hasta que transcurra el plazo concedido para ello, durante el cual podrá solicitar de la Administración tributaria la relación de las deudas tributarias pendientes del causante, con efectos meramente informativos. Mientras la herencia se encuentre yacente, el procedimiento de recaudación de las deudas tributarias pendientes podrá continuar dirigiéndose contra sus bienes y derechos, a cuyo efecto se deberán entender las actuaciones con quien ostente su administración o representación. 2. Disuelta y liquidada una sociedad o entidad, el procedimiento de recaudación continuará con sus socios, partícipes o cotitulares, una vez constatada la extinción de la personalidad jurídica. Disuelta y liquidada una fundación, el procedimiento de recaudación continuará con los destinatarios de sus bienes y derechos. La Administración tributaria podrá dirigirse contra cualquiera de los socios, partícipes, cotitulares o destinatarios, o

cuanto a las personas físicas, los herederos serán quienes, salvo aceptación a beneficio de inventario, responderán con todos sus bienes y derechos por las obligaciones tributarias del causante. De igual manera, ocurrirá, con los legatarios si la herencia se ha distribuido en legados o se han instituido legados de parte alícuota (*artículo 39.1*). En ambos casos, la sucesión será realizada en toda la deuda, independientemente si en el momento del fallecimiento estaba liquidada o no. En caso de que la deuda no se hubiese liquidado en el momento de la muerte del causante, serán transmitidas al o los sucesores, debiéndoles notificar el resultado de la misma a todos los interesados (*artículo 39.2*). No obstante, existen dos salvedades frente a la imposición de estas cargas: las sanciones no podrán ser transmitidas en ninguno de los casos ni las obligaciones tampoco, salvo notificación de un acuerdo de derivación de responsabilidades con anterioridad al fallecimiento (*artículo 39.1*). Si la herencia se encuentra yacente, el cumplimiento de las obligaciones tributarias recaerá sobre su representante y si al término del procedimiento de liquidación no se conocieran los herederos, las liquidaciones se realizarán a nombre de la herencia yacente (*artículo 39.3*).

En segundo lugar, las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas y de las entidades sin personalidad con personalidad jurídica disuelta y liquidada, en las que la Ley no limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, serán transmitidas de manera íntegra a éstos, quedando obligados solidariamente a su cumplimiento, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda (*artículo 40.1*). De manera similar a lo dispuesto para las personas físicas, si la deuda no estuviese liquidada en el momento de la extinción de la sociedad o entidad, se continuará transmitiendo las obligaciones devengadas a los sucesores, pudiéndose entender las actuaciones con cualquiera de ellos (*artículo 40.2*).⁶⁶²

Todas las obligaciones tributarias pendientes, cuando se produzca la extinción o disolución sin liquidación de sociedades mercantiles se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean

contra todos ellos simultánea o sucesivamente, para requerirles el pago de la deuda tributaria y costas pendientes”.

⁶⁶² Vid., Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 42-43.

beneficiarias de dicha operación. De igual manera, se aplicará a cualquier caso de cesión global del activo y pasivo entre sociedades mercantiles (*artículo 40.3*). Si ha prosperado la disolución de fundaciones o existen herencias yacentes, comunidades de bienes y otras entidades carentes de personalidad jurídica que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, las obligaciones pendientes de las mismas “*se transmitirán a los destinatarios de los bienes y derechos de las fundaciones o a los partícipes o cotitulares de dichas entidades*” (*artículo 40.4*).

La LGT establece que las sanciones derivadas de las infracciones cometidas por las sociedades o entidades referidas en esta ley podrán ser igualmente exigidas a sus sucesores, de acuerdo a lo establecido en los apartados anteriores y “*hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda*” (*artículo 40.5*).

3.6 Exclusiones del concepto de operador

La Administración Pública vuela a tomar partida en cuanto a determinadas excepciones que sobre responsabilidad ambiental, la LRM ha instado, sin que la Directiva 2004/35/CE nada diga al respecto sobre este operador público (*artículo 2.6*). Una de ellas recae directamente sobre la delimitación del concepto del tan referido “*Operador*”. De forma expresa, la LRM excluye a los órganos de contratación de la Administración pública dentro de la noción conceptual de operador (*artículo 2.10 segundo párrafo*).⁶⁶³ Sin embargo, esta regla conlleva una condición implícita. Serán excluidos, siempre y cuando, dichos órganos, lleven a cabo actos o ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con algún contratista *-de cualquier clase-*, bajo las normas y prerrogativas que la legislación

⁶⁶³ Ver LRM, artículo 2.10: “... *no quedan incluidos en este concepto los órganos de contratación de las Administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta ley*”.

pertinente les reconoce, en cuyo caso, el sujeto responsable será entonces el Contratista.⁶⁶⁴

Respecto de esta exoneración, han habido algunos pronunciamientos doctrinarios, más en sentido desfavorable que favorable. Miguel de Perales,⁶⁶⁵ es uno de los que califica como negativo a este privilegio concedido a favor de la Administración, rechazando la excusa del ex artículo 198 de la Ley 30/2007,⁶⁶⁶ de contratos del sector público, que imponía como obligación del contratista, indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.⁶⁶⁷ Refuta la previsión, recalcando que porque otra Ley diga algo parecido, no significa que sea lo correcto, sino que la protección del ambiente es una cuestión de todos, empezando por los poderes públicos, por lo cual dicha norma va en dirección contraria. Cree entonces, que la norma de la LRM, no exime de responsabilidad patrimonial a la Administración si los presupuestos exigibles se dan. Urrutia,⁶⁶⁸ ratifica en esa misma línea doctrinaria, que el régimen de atribución de responsabilidades, ajustado en el Capítulo I de la LRM, regula la responsabilidad de los operadores, quienes han de adoptar y ejecutar las medidas de prevención, evitación y reparación de los daños ambientales así como han de sufragar sus costes, el cumplimiento de los requisitos y condiciones que las normas legales y reglamentarias establecen o que están previstos en las autorizaciones ambientales integradas, no les exonera de responsabilidad medioambiental.

⁶⁶⁴ De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, 420.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ Esta Ley ha sido derogada por el apartado 1 de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 16 de diciembre de 2011 también derogada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (*BOE* núm. 272 de 09 de Noviembre de 2017).

⁶⁶⁷ Hoy corresponde esta norma al artículo 196.1 de la Ley 9/2017, que dispone de manera idéntica que: “*Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato*”.

⁶⁶⁸ Cf. Carmelo Urrutia Garro, «La normativa ambiental dictada por el estado en el año 2007», *leZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea = Ambiente y derecho* 6 (2008): 102-103.

Sin embargo, esta exclusión no es absoluta. De manera particular, existen algunos supuestos en los cuales no se pueden exigir al “operador” a sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, de evitación y de reparación (*considerando 20 Directiva 2004/35/CE y artículo 14 LRM*). La LRM, en virtud de la atribución brindada por la Directiva en este aspecto,⁶⁶⁹ ha desarrollado la regulación respecto de la “*inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes*” estableciendo algunos supuestos, en virtud de los cuales se determina lo siguiente:

- a) Cuando el daño ambiental ocasionado, provenga de la ejecución de una orden o de una instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas durante la ejecución de un contrato, corresponderá la Administración asumir los costes respectivos. El “Operador” ya no se verá obligado a sufragar ningún coste en estos casos.⁶⁷⁰ Sucedería lo contrario, si los daños al ambiente han sido causados por un funcionario público, a pesar de que su actuación haya sido ejecutada bajo el cumplimiento de proyectos aprobados por la Administración pública contratante. En este supuesto, la Administración se exime de dicha responsabilidad. La justificación de esta situación se apoya en que dichos proyectos no alcanzan ni tienen el orden o instrucción obligatoria (*artículo 14.1, literal b) LRM*).⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Directiva, Considerando 20: “No debe exigirse al operador que se haga cargo de los costes de las medidas preventivas o reparadoras adoptadas con arreglo a la presente Directiva en las situaciones en que los daños en cuestión o la amenaza inminente de tales daños se deriven de actos que estén fuera del control del operador. Los Estados miembros podrán permitir que los operadores que no hayan incurrido en culpa o negligencia no sufraguen el coste de las medidas reparadoras en aquellas situaciones en las que el daño de que se trate sea resultado de emisiones o actos explícitamente autorizados, o en que no pueda haberse conocido el daño potencial de dichas emisiones o actos cuando tuvieron lugar”.

⁶⁷⁰ García Amez. *Responsabilidad...*, 176.

⁶⁷¹ LRM, artículo 14.1.b, párrafo tercero “*Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes*”: “La aprobación de proyectos por las Administraciones públicas, cuando así lo exija la normativa aplicable, no tendrá la consideración de orden o instrucción, a los efectos de lo previsto en este apartado. En particular, los proyectos aprobados por la administración contratante no podrán

b) Existe también la posibilidad de aplicar alguna de las dos exenciones que contempla el artículo 14.1 y 2, cuando el “Operador” haya erogado pagos para prevenir, evitar o reparar algún daño. La norma le autoriza a recuperar los costes de las medidas que haya destinado a tal efecto, pero *a posteriori*. Así, lo apodera el artículo 14.3, al afirmar que:⁶⁷²

“Cuando concurren las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2, el operador estará obligado, en todo caso, a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales. Los costes en los que hubiera incurrido se recuperarán en los términos previstos en el artículo 15”.

En consecuencia, ante las medidas adoptadas por el “Operador”, éste tiene derecho a recuperar estos los costes de las medidas adoptadas, por estar exento de erogarlos en los términos en los que la propia norma ha dispuesto. No obstante, ante tal reconocimiento legal, el “Operador”, ha de proceder en los términos que la LRM manda (*artículo 15*). Esto quiere decir, que los podrá recuperar, por medio de acciones de repetición frente a terceros (*la autoridad competente también podrá exigir al tercero que sufrague los costes adoptados por el operador*) o reclamando la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (*artículo 15.1*). Para los casos, previstos en el artículo 14.2, el operador podrá recuperar los costes imputables a las medidas de reparación, de conformidad con lo que la normativa autonómica establezca (*artículo 15.2*).

No obstante, en cuanto a la segunda opción (*literal b*), la doctrina se vuelve dispar de nuevo. Valencia Martín,⁶⁷³ considera que es un requisito excesivamente oneroso para un operador que en el fondo no es responsable, a pesar de que esta medida puede haber tenido como finalidad la rapidez de acción ante la producción del daño y su reparación, puede ser considerado como. En cambio, Quezada

considerarse como orden o instrucción obligatoria a los efectos de este apartado respecto de daños medioambientales no previstos expresamente en la declaración de impacto ambiental o instrumento equivalente”.

⁶⁷² Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 184.

⁶⁷³ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 43.

Sánchez,⁶⁷⁴ la concibe como “*un modo correcto de actuar, pues estamos tratando una situación claramente excepcional, que debe determinarse de modo estricto para garantizar que no existirá desprotección social inicial alguna*”. Por el contrario, Pedraza,⁶⁷⁵ piensa que con esta medida, únicamente se ha pretendido hacer valer el principio general de la política ambiental de la Unión Europea y es que si “*quien contamina paga*”, primero deberá atender a sus obligaciones, es decir, prevenir, evitar y recuperar los posibles daños y, con carácter posterior, se determinará si su caso puede encuadrarse dentro de alguna exención. Está de acuerdo con la doctrina en que muy probablemente este modo de respuesta haya surgido ante la necesidad de una rápida respuesta, ya que al tratarse de comprobaciones científicas, la comprobación y demostración de que éstas han sido o no el detonante del siniestro puede alargarse en el tiempo, situación que no debe sufrir el operador.

El rol preponderante que desempeña el “*operador*” tanto en la instauración del daño ambiental así como en la instauración del régimen de responsabilidad es evidente. Sin embargo, la complejidad que dentro del sistema de responsabilidad ambiental el alcance del “*operador*” representa y se asemeja a lo difícil que envuelve la determinación de la causalidad, pues van estrechamente de la mano, lo cual podría generar gran inseguridad jurídica. Aunque, efectivamente, si se logra probar el nexo causal entre la persona causante del daño y el hecho dañoso como tal, será indudablemente imputado como responsable.

De todo lo expuesto, observamos como el instituto de responsabilidad ambiental adquiere cada vez mayor relevancia ante la necesidad imperiosa que se va interrelacionando notablemente con la determinación o identificación al responsable, para garantizar que los recursos naturales o los servicios que éstos prestan y que han sido afectados, puedan recuperar su estado básico anterior, a pesar de que no sea posible que queden del todo incólumes. Lamentablemente, puede que no se logre identificar al responsable,

⁶⁷⁴ Antonio José Quesada Sánchez, «Operatividad de los llamados “riesgos del desarrollo” en la Ley 26/2007, de responsabilidad medio ambiental. La transposición de la Directiva 2004/35/CE», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 77 (2008): 174.

⁶⁷⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 185.

bien porque la relación de causalidad entre una determinada actividad industrial y los daños producidos haya fracasado o bien porque finalmente se haya logrado identificar al causante, pero resulta que está exento de sufragar los costes de la reparación por estar inmerso en alguno de los escenarios o condiciones de exoneración, que la legislación comunitaria y estatal contemplan.⁶⁷⁶

De darse el caso de ausencia de declaración de un responsable, es decir que no se haya declarado a nadie como responsable del daño ambiental, nos conduce a pensar en un nuevo detonante: *¿Quién debe entonces, erogar el pago de los costes de las medidas de reparación o de prevención, consecuencia directa del mecanismo de responsabilidad ambiental?* La LRM no es lacónica en este aspecto. Consagra una respuesta que se arraiga en una figura jurídica similar a la de los EE.UU. La instauración de un fondo estatal de reparación de daños ambientales (*artículo 34 LRM*), o “*Superfund*” como en CERCLA, por ejemplo.

3.7 Los responsables en “CERCLA”

No podemos dejar de acudir a la terminología clave brindada por CERCLA, pues en ella específicamente están definidos quienes podrían ser los posibles responsables ante un daño ambiental. Al igual que la Directiva 2004/35/CE y la LRM, notablemente influenciadas por este estatuto federal, la persona a quien se le puede atribuir responsabilidad ambiental se denomina “*owner or operator*”. No obstante, esta noción, deberá ser entendida, de acuerdo con los términos expresos de CERCLA, de la siguiente manera:

- “(i) in the case of a vessel, any person owning, operating, or chartering by demise, such vessel,*
- (ii) in the case of an onshore facility or an offshore facility, any person owning or operating such facility, and*
- (iii) in the case of any facility, title or control of which was conveyed due to bankruptcy, foreclosure, tax delinquency, abandonment, or similar means to a unit of State or local government, any person who owned, operated, or otherwise controlled activities at such facility immediately beforehand.*

⁶⁷⁶ Esteve Pardo, *Derecho...*, 103.

*Such term does not include a person, who, without participating in the management of a vessel or facility, holds indicia of ownership primarily to protect his security interest in the vessel or facility”.*⁶⁷⁷
(§9601(20)), 101 y 104 CERCLA).

Si prestamos mucha atención a las definiciones legales de los términos clave. La noción de “*person*”, incluiría a corporaciones, fideicomisos, socios y municipalidades. El término “*owner or operator*”, no incluye a una unidad estatal o local que adquirió la propiedad o el control involuntario por quiebra, morosidad o infracciones tributarias, abandono u otras circunstancias en las cuales el gobierno involuntariamente adquiere el título en virtud de su función como poder soberano. Cuando el “*owner u operator*” del sitio de la “*disposal*” es un municipio, condado o agencia estatal, CERCLA trata a la entidad como si fuera una persona privada (42 USC 9601 (21)). Las municipalidades están en el grupo de los PRP’s como “*persons*” responsables, pero quedan fuera de tal grupo si consiguen la propiedad en virtud de una adquisición involuntaria.⁶⁷⁸ Sin embargo, la exclusión no aplica, a ningún estado o gobierno local que haya causado o contribuido a la “*release*” de “*hazardous substance*” o la amenaza de que ésta se produzca desde una “*facility*”.⁶⁷⁹ El D.C. Circuit ha sostenido que el gobierno federal a renunciado a la inmunidad soberana como “*defense*” a la responsabilidad de CERCLA si está actuando como propietario o bajo un modo regulatorio.⁶⁸⁰ Si en una situación rara, el Estado es culpable de una conducta negligente en la selección, investigación y

⁶⁷⁷ “(i) en el caso de un buque, cualquier persona que posea, opere o flete por fallecimiento, dicho buque, (ii) en el caso de una instalación en tierra o una instalación costa afuera, cualquier persona que posea u opere dicha instalación, y (iii) en el caso de cualquier facilidad, título o control del cual se transfiriera debido a bancarota, ejecución hipotecaria, morosidad, abandono o medios similares a una unidad del gobierno estatal o local, cualquier persona que sea propietaria, operadora o de otro modo controlada actividades en dichas instalaciones inmediatamente antes. Tal término no incluye a una persona que, sin participar en la gestión de un buque o instalación, posee marcas de propiedad principalmente para proteger su interés de seguridad en el buque o la instalación” (La traducción nos corresponde).

⁶⁷⁸ Ferrey, *Environmental Law...*, 392.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, 381-382.

⁶⁸⁰ Ver “*East Bay Municipal Utility District v. Department of Commerce*”, 142 F.3d 479 (D.C. Cir. 1998).

diseño de un remedio para un sitio, en situaciones limitadas se lo ha responsabilizado.⁶⁸¹

Las Cortes los EE.UU. han sostenido que probar la “*proximate cause*” no es necesario antes de que la responsabilidad pueda ser imputada a los actuales o anteriores propietarios u operadores de los “*disposal sites*”. La posición que la EPA ha adoptado es que los “*lessees*” (*arrendatarios*) pueden ser considerados “*owners*”, con el fin de cumplir con los propósitos de responsabilidad de “*CERCLA*”. Un fideicomisario y beneficiario exclusivo de un fideicomiso de bienes raíces que posee un sitio es considerado como propietario de conformidad con CERCLA. Esto se debe a que las personas que poseen una prueba equivalente de “*ownership*” o titularidad de propiedad pueden ser consideradas como tales. El comprador de terrenos/propiedades también como propietario, pudiendo considerarse responsable, después de que el contrato haya sido celebrado, pero antes de que se ejecute la venta en sí misma. En cuanto a si la migración pasiva de contaminación en el suelo constituye una “*disposal*” que implicaría responsabilidad para los propietarios anteriores, los Circuitos federales están divididos significativamente en sus posturas.⁶⁸²

- El Segundo Circuito, ha indicado que dicha migración pasiva de contaminación no desencadena la responsabilidad que CERCLA consagra.
- El Tercer Circuito, ha sostenido que la migración no constituye una “*disposal*” si ésta se originó por la colocación directa de los contaminantes en o sobre el suelo.
- El Cuarto Circuito, sí ha considerado que la migración constituye una “*disposal*” a medida que se mueve a través del ambiente.
- El Sexto Circuito, ha sostenido que la “*disposal*” se limita al movimiento de las sustancias peligrosas que emanan de la participación de la actividad humana.

⁶⁸¹ Ferrey, *Environmental Law...*, 382.

⁶⁸² *Ibid.*, 396-398.

- El Noveno Circuito, sostuvo que el ex propietario de una propiedad puede ser considerado responsable por la migración pasiva sólo si los contaminantes se originaron en un “*container*” o “*vessel*”. No obstante, el hecho respecto de si las “*hazardous substances*” que han sido colocadas directamente en el suelo o si emanaron de un “*container*” o “*vessel*” no deja de resultar particularmente curioso. Lo que si hay que resaltar, es el “*continuum*” que los casos crean a través de los circuitos. La venta del sitio que luego representa una amenaza deja como responsable al dueño anterior del sitio durante el período de la “*disposal*” de las “*hazardous substances*” y además, los compradores actuales que compran con un conocimiento real o constructivo de probables contaminantes, ya sea que ocurra o no la posterior “*disposal*”. Los dueños anteriores que poseían el sitio en cualquier momento cuando las “*hazardous substances*” fueron dispuestas permanecen responsables.

“officer liability” o “corporate officer”.- De conformidad con CERCLA, el “*corporate veil*” también puede ser perforado por la responsabilidad del “*operador*” cuando haya una “*proximate cause*” y un “*nexus*” razonable. Los “*corporate officers*” de una empresa, si han organizado o dispuesto personalmente la “*disposal*” de los residuos o han tenido supervisión directa, pueden ser considerados responsables (*artículos 106 y 107*). Este principio fue articulado por primera vez en “*United States v. Northeastern Pharmaceutical & Chemical Co., Inc. (NEPACCO II)*, 810 F. 2d 726, 744 (8th Cir. 1986) (*sosteniendo que un individuo que participó en una conducta que violó CERCLA puede ser considerado personalmente responsable*), *cert. denied*, 484 U.S. 848 (1987)”. Un “*corporate officer*” puede ser responsable directamente como organizador de una “*disposal*” si tuvo la autoridad e hizo ejercicio de la tal o del control actual, directa o indirectamente, sobre tales actividades. No obstante, la participación activa en los asuntos cotidianos de la empresa, a falta de una prueba directa de que el acusado individual “*realmente participó en la conducta creadora de responsabilidad*”, no es suficiente para imponer responsabilidad, incluso en una corporación estrechamente sostenida. Los accionistas también pueden ser considerados responsables (*107 (a)*), si la corporación está “*closely*

held” (sostenida estrechamente) y un accionista asume un rol de administración activo. Pero hay que recordar que el alcance de la responsabilidad para con los funcionarios y accionistas requiere un nivel de “*proximate cause*” o relación que no se requirió para la responsabilidad objetiva del generador, propietario u operador. El Noveno Circuito adoptó una norma muy amplia e inclusiva para imponer una responsabilidad penal basada en el estado posicional en la corporación. A pesar de no involucrarse personal o directamente con acciones ambientales ilegales, un “*corporate officer*” con cierto conocimiento y autoridad respecto a las actividades ilegales puede ser considerado penalmente responsable. Esta decisión erosiona el requisito “*mens rea*” para las ofensas criminales. La Corte encontró que la mera autoridad para ejercer control sobre la actividad de una corporación que causa una descarga ilegal es suficiente para imponer responsabilidad penal, a pesar de que no haya existido autoridad ejercida de hecho y la corporación no haya conferido expresamente un deber a ese empleado de ejercer control sobre una actividad.⁶⁸³

“transporters”.- Antes de imponer responsabilidad a los transportistas de “*hazardous substances*”, se debe probar la “*proximate cause*”. El estatuto y la jurisprudencia vinculan a los transportistas con los costos de limpieza, sólo si fueron responsables en seleccionar el “*disposal site*”. Esta responsabilidad es menos extensa que la provista por la “*RCRA*” (§ 7003). Los antiguos transportistas de sustancias peligrosas que seleccionaron el “*disposal site*” también son considerados como responsables.⁶⁸⁴

La “***Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act***” de 2001.- Esta norma prevé excepciones específicas para algunos generadores de “*micromis*”⁶⁸⁵ y transportadores de

⁶⁸³ Ferrey, *Environmental Law...*, 400-401.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, 401.

⁶⁸⁵ Un “*de minimis settlement*”, en general, es un acuerdo entre la EPA y las partes que son responsables de una contribución mínima, en cantidad y toxicidad, de las sustancias peligrosas en un sitio “*Superfund*”, o quienes compraron el sitio sin conocimiento de la contaminación y no causaron ni contribuyeron a la contaminación. “*De micromis settlements*” son un subconjunto de “*minimis contributor settlements*” que pueden estar disponibles para quienes generaron o transportaron una cantidad minúscula de desechos a un sitio de Superfund. Vid., más en «Superfund Cleanup Subject Listing De Minimis/De Micromis Policies

residuos, como también excepciones para municipios y pequeños negocios que enviaron residuos sólidos municipales. Para calificar para esta excepción de “*micromis*”, las sustancias peligrosas -*de micromis*- no deben haber contribuido significativamente al “*cost of the response actions*” ni a la restauración del daño de los recursos naturales, los generadores o transportistas no deben haber incumplido con la solicitud de información o citación administrativa o de otra manera impidió la “*response or restoration action of the EPA*” (*acción de respuesta o de restauración de la EPA*), y el generador o transportista no debe haber sido condenado por un delito penal con respecto a sus actividades particulares de conformidad con CERCLA.⁶⁸⁶

3.8 “Multiple tortfeasors” o pluralidad de operadores de un mismo daño en materia ambiental

Cualquier sistema de responsabilidad conlleva en sí determinar quién es el sujeto responsable. No obstante, muchas externalidades ambientales no se originan de un único agente contaminador, sino que más bien son el resultado de la contaminación proveniente de muchas fuentes.⁶⁸⁷ Por lo tanto, puede resultar difícil que los demandantes determinen qué contaminador es la “*cause-in-fact*” de sus lesiones. Este es el llamado problema del “*indeterminate defendant*” (*demandado indeterminado*).⁶⁸⁸

Estamos ante el hecho de que existen varios sujetos que han contribuido al daño final resultante. Varias doctrinas de responsabilidad solidaria⁶⁸⁹ han surgido para aliviar la carga del

and Models», EPA, acceso el 15 diciembre de 2017, https://cfpub.epa.gov/compliance/resources/policies/cleanup/superfund/index.cfm?action=3&sub_id=26.

⁶⁸⁶ Vid., Ferrey, *Environmental Law...*, 394.

⁶⁸⁷ Abelkop, «Tort Law as », 405.

⁶⁸⁸ *Ibid.* 406.

⁶⁸⁹ En relación a los daños provocados por una serie de personas, conocidos en distintas ocasiones como “*daños colectivos*” (*designación que preferimos no utilizar para no confundir al lector con los daños que afectan a una pluralidad de personas*), encontramos tres teorías diferentes para el reparto de las responsabilidades: 1.- **Teoría de la causalidad alternativa o “Teoría holandesa”**, en la cual es totalmente imposible para la víctima determinar quién

demandante de demostrar la “*cause-in-fact*” en estas situaciones. Las reglas de responsabilidad solidaria cambian funcionalmente la carga de asignar una culpa proporcional a los acusados.⁶⁹⁰

En el caso del ordenamiento estadounidense, el demandado que ha sido considerado como responsable y que ha pagado más que su parte justa establecida en la sentencia, puede cobrar a los otros contaminadores bajo la “*teoría de la contribución e indemnización parcial equitativa*”, en virtud de la cual se le permite obligar a los otros contaminadores al reembolso de su parte justa o bajo la teoría de la indemnización, para obligarlos a reembolsarle el importe total fijado en la sentencia. Los elementos precisos de contribución e indemnización difieren entre las diversas jurisdicciones en los EE.UU. Sin embargo, para que la indemnización opere, generalmente se requiere que el acusado demuestre que los otros contaminadores son sustancialmente más responsables por la lesión del demandante que él mismo. Las normas de responsabilidad solidaria mejoran la eficiencia de los derechos de responsabilidad, ya que los contaminadores pueden obtener la información más barata para distribuir la culpa por las lesiones causadas por su contaminación ambiental.⁶⁹¹

Ahora bien, puede ser relativamente más fácil para un demandante ganar un juicio empleando una de estas teorías en un caso de responsabilidad por productos defectuosos que en una demanda por “*toxic torts*”. Identificar la gama de fabricantes de un producto proporcionado es una tarea relativamente simple. Mientras que, la identificación de los responsables de externalidades ambientales de origen difuso resulta ser relativamente difícil. Los ejemplos de contaminación ambiental de origen difuso van desde la

es la persona que ha provocado el daño y, por lo tanto, se opta por la responsabilidad solidaria de todos aquellos sujetos que participaron. **2.- Teoría de la participación en el mercado**, propia de los daños provocados por los responsables de producto elaborados o dañadores ambientales y con la que se pretende que cada uno de ellos responda en la medida de la participación de su establecimiento, producción, etcétera. **3.- Teoría de la proporcionalidad**, según la cual, la reparación debe ser proporcionada a la probabilidad de causación del daño. Para profundizar sobre estas teorías, vid., Jorge Mosset Iturraspe, Tomás Hutchison y Edgardo Alberto Donna. *Daño ambiental*, Tomo I (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1999), 114-115.

⁶⁹⁰ Abelkop, «Tort Law as», 406.

⁶⁹¹ Ibid.

contaminación de las aguas subterráneas y los sitios “*Superfund*” (*efectos concentrados*) hasta las fuentes móviles de contaminación atmosférica proveniente de los vehículos (*efectos difusos*).⁶⁹²

Sin embargo, esta cuestión no ha sido solucionada en materia ambiental por la Directiva 35/2004/CE, la cual lejos de establecer unas reglas que para la imputación de costes, se limita a establecer lo siguiente:

Imputación de los costes en caso de varios responsables.-
“La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera disposiciones vigentes en las normativas nacionales en relación con la imputación de costes en caso de varios responsables, especialmente, en lo que respecta al reparto de responsabilidad entre el productor y el usuario de un producto” (artículo 9).

En consecuencia, frente a varios responsables, será el criterio predominante que cada Estado quisiera establecer el que oriente la determinación de la imputación de los costes. Sin embargo, esta libertad junto a las particularidades del daño ambiental han motivado a que la mayoría de los Estados opten por la adopción de un sistema solidario. La razón radica en que, como bien destacan Gómez Pomar y Gili Saldaña,⁶⁹³ cuando estamos ante un daño ambiental, no nos encontramos ante un daño común, lo que impide

⁶⁹² Este modelo explica por qué los defensores del ambiente hasta ahora han sido infructuosos en convencer a un tribunal al sostener que los emisores de dióxido de carbono (CO₂) son responsables de los daños causados por el cambio climático en virtud de una teoría de responsabilidad. En igual sentido opina Abelkop (Vid., ibíd., 406-407.), quien considera que las emisiones de dióxido de carbono *son el efecto difuso/externalidad de origen difuso: incluso si un demandante establece una relación de causalidad general al demostrar que sufrió un daño directamente de las emisiones de CO₂, sería prácticamente imposible establecer una relación de causalidad específica demostrando que fueron las emisiones de CO₂ del acusado las que causaron el daño. Aunque las normas de responsabilidad han surgido para ayudar a los demandantes en la celebración de múltiples demandados responsables de una lesión, el “Tort Law” no puede ser la mejor herramienta disponible para abordar externalidades de efecto difuso y origen difuso. Sin embargo, el congreso eligió emplear la responsabilidad para resolver un problema ambiental de origen difuso mayor mediante la promulgación de CERCLA.*

⁶⁹³ Gómez Pomar y Gili Saldaña, «Responsabilidad por daños al medio ambiente», 313; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 39.

su división y menos cargar a la sociedad con la insolvencia de alguno de los responsables.

En cambio en el caso español, la LRM establece que:

Pluralidad de responsables de un mismo daño. “En los supuestos en los que exista una pluralidad de operadores y se pruebe su participación en la causación del daño o de la amenaza inminente de causarlo, la responsabilidad será mancomunada, a no ser que por ley especial que resulte aplicable se disponga otra cosa” (artículo 11).

Ciertamente una de las particularidades de la LRM ha sido la adopción de una responsabilidad mancomunada, en la cual, cada responsable tenga la obligación de resarcir únicamente los daños que el por sí mismo haya causado.⁶⁹⁴ Esta elección, ha sido considerada correcta, pues el hecho de que cada operador involucrado pague por la contaminación que ha causado reforzará el carácter disuasorio, ya que el establecer una responsabilidad solidaria provocará que no se pueda llevar a cabo un adecuado análisis de costes y beneficios. Además, si una de las finalidades principales es la efectiva aplicación de un sistema de aseguramiento obligatorio, se debe evitar establecer un régimen objetivo y solidario,⁶⁹⁵ porque obstaculiza el análisis de riesgos que cada aseguradora necesita elaborar para la cobertura adecuada de los riesgos de su cliente. Asimismo, el operador asumirá el riesgo de otros responsables que no puede ni vigilar, ni controlar.⁶⁹⁶

Sin embargo, esta posición dentro de la doctrina es discrepante en cuanto a esta elección. Álvarez Lata,⁶⁹⁷ manifiesta su preferencia por el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria, en

⁶⁹⁴ Vid, De Miguel Perales Carlos, «Aspectos básicos de la nueva regulación sobre responsabilidad medioambiental», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro* 1 (2008): 6, ISSN: 1133-6900.

⁶⁹⁵ En este sentido, Antonio Cabanillas Sánchez, *La reparación de los daños al medio ambiente* (Navarra: Aranzadi, 1996), 285.

⁶⁹⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad*, 39-40.

⁶⁹⁷ Natalia Álvarez Lata, «La responsabilidad en materia de prevención y reparación de daños medioambientales: ámbito material y régimen de responsabilidad. Comentario a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Europeo* 5 (2004): 11 y ss. ISSN-e 1696-9634.

razón de que existe una multitud de problemas causales, agravados por un sistema de garantías financieras no obligatorio para todas las actividades. Mientras tanto, Pedraza,⁶⁹⁸ a su juicio, considera que el principal problema de la elección de este régimen mancomunado será la probable insolvencia de parte de los responsables, que si se hubiese optado por la responsabilidad solidaria esto se hubiese podido solucionar, lo cual a su vez, ayudaría a reafirmar el principio general de “*quien contamina, paga*”. La elección de este tipo de responsabilidad *-mancomunada-*, a su juicio, sobrelleva dos dificultades:

- Hasta que las responsabilidades no queden determinadas, las cuotas de participación no podrán concretarse, ante lo cual el procedimiento se dilatará considerablemente. En estos casos, el sistema de responsabilidad solidaria no cabe aplicarse y tampoco podría ser aplicada, pues el Código Civil español determina (*artículos 1137 y 1138*) que sólo cabría cuando la Ley expresamente lo establezca. En ocasiones la jurisprudencia ha permitido salvar esta norma general en materia de pluralidad de responsables en daños extracontractuales, tratándose de “*solidaridad impropia*”.⁶⁹⁹
- La víctima debe ser quien sufra el daño y calcule la responsabilidad que le concierne a cada sujeto. En cambio, la elección de este tipo de responsabilidad tendría consigo efectos positivos en aquellos casos en los que uno de sus operadores tuviese una intervención mínima.⁷⁰⁰

No podemos perder de vista y debemos permanecer conscientes de que el objetivo de la LRM nunca ha sido el resarcir a las víctimas. Por esta razón, como última opción en el caso de “*que haya diversos operadores responsables y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta*

⁶⁹⁸ Pedraza Laynez, *La responsabilidad*, 40-41.

⁶⁹⁹ Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 193.

⁷⁰⁰ Para profundizar sobre los estados que han optado por este tipo de responsabilidad, véase, Albert Ruda González, «Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la Directiva 20004/35/CE y la responsabilidad civil», en *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, coord. por Antonio Pigrau Solé et al., primera edición (Madrid: Ministerio del Ambiente, 2006), 100-102.

ejecución de medidas” (artículo 23.1.b LRM), la LRM, ha optado por conceder a la autoridad competente (la Administración), que en un momento prioritario, se encargue de costear y ejecutar las medidas de prevención y reparación previstas en la Ley, cuando no sea posible la identificación del operador responsable (ante la diversidad de operadores) y no se pueda esperar a su determinación por conllevar un riesgo grave de producción de daños ambientales, es decir, adoptará dichas medidas, hasta que se logren determinar las responsabilidades.⁷⁰¹ Sin embargo, esto no significa que la persona responsable sea libre de cualquier obligación, ya que la autoridad podrá recuperar del operador o del tercero responsable los costes en los que haya incurrido (artículo 23.3, primer párrafo LRM). Esta obligación, viene a ser consecuencia directa del propio propósito que consta en la Constitución española, en virtud del cual se estableció el deber de protección y restauración por parte de los poderes públicos de los recursos naturales cuya utilización no sea la adecuada. aunque ésta puede no prosperar “cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable”, para cuyo efecto, este compromiso que debe acogerse bajo la elaboración de una memoria económica que así lo justifique (artículo 23.3, segundo párrafo LRM).

3.9 La relación de causalidad: “El vínculo o nexo causal”.

a) La causa en el ámbito civil

Ningún fenómeno surge “*de por sí*”, de la nada. Siempre habrá un origen; una “*causa*” que lo anteceda. Lo que surja como consecuencia de la acción de la “*causa*”, será el “*efecto*”. Es lo que en el campo jurídico, viene a representar un “*daño*” en cualesquiera de los ámbitos del Derecho (*civil, administrativo, ambiental, penal, laboral, etc.*). Todos los daños son el efecto de una acción u omisión. En materia civil, la relación “*causa - efecto*”⁷⁰² entre una acción u omisión del agente (*la causa*) y el daño inferido a la víctima (*el efecto*) es lo que permitirá que el régimen de

⁷⁰¹ Cf. Pedraza Laynez, *La responsabilidad*, 41.

⁷⁰² Vid., Carlos F. Rosenkrantz. *La responsabilidad extracontractual*, primera edición (Barcelona: GEDISA S.A., 2005), 147-151.

responsabilidad civil extracontractual se pueda instituir. Es uno de los requisitos “*sine qua non*”, que en caso de no existir o de no poder probarse, no se instaurará la responsabilidad. El artículo 1902 del CC español,⁷⁰³ es el que evidencia la obligatoriedad de su presencia.

Doctrinariamente, se conoce como “*relación de causalidad*” o “*nexo causal*”. Cabanillas Sánchez,⁷⁰⁴ afirma que cuando el juez no pueda determinar la relación de causalidad, se deberá contentarse con la probabilidad de su existencia. Moreno Trujillo,⁷⁰⁵ al respecto, colige que esta nueva situación provocaría dos beneficios principales:

- a) El refuerzo de la postura de la víctima, que siempre está en desventaja por ser la persona agredida.
- b) Un abaratamiento de los costes procesales, probablemente debido a la reducción del tiempo que provocaría en cada caso.

Al respecto, el Tribunal Supremo, se ha pronunciado en lo que respecta a la **causa**, como el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido.⁷⁰⁶ También, ha considerado que para proceder a la valoración del **nexo de causalidad**, se debe determinar que el resultado dañoso es una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, en virtud de lo cual se podrá eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so

⁷⁰³ El artículo 1902 del Código Civil español, establece que_ “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Por lo tanto, queda pendiente la necesaria determinación de la relación existente entre la acción u omisión y el daño producido.

⁷⁰⁴ Cabanillas Sánchez, *La reparación de los daños al medio ambiente*, 178-179.

⁷⁰⁵ Moreno Trujillo, *La protección jurídico-privada del medio ambiente...*, 256-257.

⁷⁰⁶ Véase, TS, Sala de lo Civil, nº 1010/2006, de 20/10/2006, Rec. 4880/1999, la cual versa sobre la indemnización por lesiones causadas a un menor de edad por estallar un cohete que lo estaba manipulando aquella persona y uno de los codemandados, que le prendió fuego con un mechero. ES un caso de concurrencia de culpas.

pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima.⁷⁰⁷

La relación de causalidad, se ha de examinar en cada caso en concreto. Cuando la causa del daño es sólo una, la determinación del nexo causal no genera enormes tropiezos. Sin embargo, cambia notablemente el panorama, cuando estamos ante aquellos supuestos en los que no consta la causa que ha originado el daño⁷⁰⁸ o existen varias causas (*concausas*) concurrentes en la producción del daño final (*problemática que circunda también en los daños ambientales*). Aquí, la delimitación de este presupuesto, ofrece un problema de cierta complejidad: ante los diversos antecedentes que pudiese tener la causa (*acción u omisión*), *¿Cuál de ellos es el determinante?* En términos prácticos, lo que la causalidad pretende responder es *¿Cómo determinar quién es el auténtico responsable que ha de costear los gastos de reparación del daño?* Lamentablemente no es fácil dilucidar este tema, considerando además, que ante estos casos, el Código Civil es lacónico.⁷⁰⁹

Con el fin de dar luces a esta problemática, la doctrina ha propuesto muchas posibles soluciones, traducidas en algunas teorías que lamentablemente pueden ser consideradas meramente “*teóricas*”,⁷¹⁰ ya que han resultado insatisfactorias para resolver la multiplicidad

⁷⁰⁷ Veáse, TS, Sala de lo Civil, nº 83/2010, de 22/02/2010, Rec. 356/2007. En este caso se trata de un accidente de circulación, ante la aparición violenta de un peatón en la calzada que resultó ser atropellado, un poco antes de las doce de la noche, sin luz artificial para efectuar sus necesidades fisiológicas en la mediana. Se trata de un caso de culpa exclusiva de la víctima.

⁷⁰⁸ Veáse **Sentencia nº 186/2000 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 2 de Marzo de 2000**, número de recurso de casación 527/1995, número de resolución 186/2000, cuyos antecedentes denotan que se trata de un accidente de una persona de avanzada edad por utilizar escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril que afligió a la lesionada, pero que no fue otra cosa que una caída o traspies inafortunada. Esta relación fáctica excluye absolutamente el nexo causal entre el daño causado a la parte recurrente y la acción de la parte recurrida. El Tribunal, dejan en claro que la teoría del riesgo tampoco puede aplicarse, pues esta doctrina hay que aplicarla con sentido limitativo (*fuera de los supuestos legalmente prevenidos*) sólo a aquellas actividades que impliquen un riesgo considerable anormal en relación a los estándares medios y no a todas las actividades de la vida. Desde luego, la puesta en uso y funcionamiento de tales escaleras mecánicas en el lugar señalado, difícilmente podrá ser considerado como un riesgo superior a lo normal. En definitiva, la casación no tuvo lugar.

⁷⁰⁹ Lasarte, *Curso de...*, 374.

⁷¹⁰ *Ibid.*, 374-375.

de supuestos prácticos que se han presentado y se seguirán presentando en el diario vivir. Entre las más difundidas, están las siguientes:

a.1 Teorías de la causalidad:⁷¹¹

- a) *Teoría de la equivalencia de condiciones o “conditio sine quanon”*, que concibe que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diversos antecedentes. Sintetiza, que es causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (“*sine qua non*”).
- b) Grupo de teorías en las cuales de los diversos antecedentes, se destacan como posibles causantes uno o varios de ellos:

- *Teoría de la causa adecuada (para apreciar la culpa del agente)*, la cual entiende como causa del daño el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionase. El resultado ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad. Por consecuencia natural, se entiende aquel antecedente propicio, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados. En cada caso concreto, se deberá valorar si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. *“No es suficiente las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”*.⁷¹² *“Se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño,*

⁷¹¹ Por todos, Acedo Penco, *Derecho de contratos...*, 367.

⁷¹² Cf. Sentencia de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 27 de Octubre de 1990, Núm. 613.

*de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”.*⁷¹³

- **Teoría de la causa próxima**, por la cual se estima que el hecho más próximo al daño debe ser su causa.

- **Teoría de la causa eficiente o causa preponderante**, mantiene que el hecho más eficiente es el decisivo.

No obstante, se precisa de un criterio que permita imputar la responsabilidad extracontractual. Ante esta diversidad doctrinal, la posición del Tribunal Supremo ha venido aparejándose más a la teoría o principio de la **causalidad adecuada**, formulando una declaración de carácter general, para determinar la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión *-causa-* y el daño o perjuicio resultante *-efecto-*, es decir, para establecer la relación de causalidad.⁷¹⁴ Sin embargo, esta posición no le ha deslindado ni total ni convenientemente de la teoría de la **causa eficiente**.

Ahora bien, puede que la fijación de la relación de causalidad y la determinación de la imputación objetiva se crucen en una sola operación, puse como se pronunció el TS (*Sala de lo Civil*), “...se utiliza como criterio de imputación la denominada teoría (o principio) de causalidad adecuada, que contiene elementos fácticos y jurídicos y viene a expresar que el evento es una consecuencia que razonable y generalmente cabe conectar a la conducta del agente, sin concurrencia de elementos que permitieran descartar o denegar la imputación (tales como aceptar que el daño es un riesgo habitualmente ligado a la vida natural del perjudicado, la intervención de un tercero, o el incremento del riesgo derivado de la propia conducta de la víctima), pero las operaciones...”.⁷¹⁵

⁷¹³ Cf. Sentencia de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 29 de Mayo de 1995, Núm. 504.

⁷¹⁴ Ángel Acedo Penco, *Derecho de contratos. Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual* (Madrid: Dikinson, S.L.,2011), 368.

⁷¹⁵ Cf. TS, Sala de lo Civil, nº 423/2007, de 17/04/2007, Rec. 1007/2000. Esta sentencia se trata del ingreso de un paciente, derivado de urgencias, con isquemia aguda en miembro inferior derecho, quien fallece. Se indicó arteriografía, que no podía llevarse a cabo en el Centro, a pesar de la disposición del profesional encargado, porque el servicio no está previsto como ininterrumpido, es fin de

En el sistema español, ante la sobrevenida de concausas, ha prevalecido un criterio jurisprudencial, en virtud del cual, se valorará en cada caso por los jueces, aun reconociendo al mismo tiempo que no sólo la causa última e inmediata ha de ser tenida en cuenta en la atribución de responsabilidad extracontractual.⁷¹⁶ “No cabe en el terreno jurídico estimar como causa no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo; y, también que es una causa eficiente del resultado aquella que, aún concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última”.⁷¹⁷

b) La causa en materia ambiental

El daño ambiental debe cumplir con algunos requisitos tal y como se detalló en el capítulo I de este trabajo. Sin embargo, para que éste pueda ser objeto de restauración bajo el sistema de responsabilidad creado para dicho efecto, requiere además de la identificación de uno o más contaminantes, de que el daño sea concreto y cuantificable, el cumplimiento de una condición extra, también “*sine qua non*”: El vínculo o nexo causal entre los daños y el sujeto contaminante identificado (el “Operador”) (el responsable), que al igual que en el ámbito civil, de forma usual se lo denomina como “relación de causalidad”.

El nexo causal es un elemento indispensable en todo tipo de responsabilidad, que une la actividad del sujeto, sea o no culposa, sea o no diligente, y lo sea en mayor o en menor grado, con el resultado dañoso. Esto implica que cada momento desde la actuación inicial hasta la producción del resultado, deben estar perfectamente enlazados, de manera que el acto anterior condicione

semana y no se encuentra el equipo auxiliar. Se estableció responsabilidad de los médicos, del Centro y del SERGAS a consecuencia de disección de la aorta, por no haber derivado el enfermo a otro Centro preparado. Daño consistente en frustración de la expectativa de supervivencia. Se estableció la relación de causalidad y tuvo cabida la imputación objetiva del daño.

⁷¹⁶ Lasarte, *Curso de...*, 375.

⁷¹⁷ Acedo Penco, *Derecho de...*, 367-368.

al posterior hasta que llegue o se produzca el resultado. Relación que no sólo debe existir, sino que además, debe ser probada.⁷¹⁸

Expresamente, la Directiva 2004/35/CE y la LRM, determinan que su mecanismo o procedimiento de exigencia de responsabilidad ambiental se instaurará o será aplicable sólo ante la presencia de daños ambientales o ante la amenaza inminente de que éstos se pudiesen originar, a causa de una contaminación de carácter difuso, cuando el vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos se pueda establecer. Dicho con otros términos, deberá especificarse la relación de causalidad entre la acción o la omisión del presunto responsable y el daño o la amenaza de daño (*artículo 4.5 Directiva 2004/35CE y artículos 3.3 y 41.2 e*).⁷¹⁹

Lo que en materia ambiental nos importa, es la producción de los hechos que surgieron en el ámbito natural, pero que traiga consigo efectos jurídicos. No obstante, para algunos, la relación de causalidad entre la actividad y la producción del daño es una cuestión de hecho y no un aspecto jurídico⁷²⁰ (*salvo en el ámbito de la responsabilidad objetiva*), como ocurre en acciones de responsabilidad civil.⁷²¹ Encambio, para otros,⁷²² la acción productora del daño ambiental es la causa física, cuya consecuencia jurídica es la responsabilidad, conllevando a que se configure al mismo tiempo como la causa jurídica de dicha institución. En consecuencia, el responsable de la acción es el responsable del daño.

A nuestro juicio, la segunda tendencia doctrinaria es la que defendemos, ya que cuando hablamos de responsabilidad ambiental, hablamos de manera general de responsabilidad objetiva, en la cual

⁷¹⁸ Eulalia Moreno Trujillo, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro* (Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1992), 245-247.

⁷¹⁹ Así también lo exige la STJCE, de 9 de marzo de 2010, apartado 52, asunto C-378/08, en la cual de manera expresa se establece que “... *es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados...*”.

⁷²⁰ Pedraza, *La responsabilidad...*, 123.

⁷²¹ Para profundizar sobre la relación de causalidad e imputación objetiva, vid., Ángel Fernando Pantaleón Prieto, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, (Barcelona, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), 1561-1592.

⁷²² Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1752.

una vez se haya determinado la causa física lo que resta por verificar, es lo que la norma que regula la responsabilidad ambiental, que en el caso de la Directiva 2004/35/CE y la LRM, incluso en cuanto al desempeño de actividades peligrosas existe una presunción de causalidad y por ende se atribuye la responsabilidad, cuya consecuencia directa es la reparación del daño ambiental por parte del agente creador. Existe pues una relación causal de hecho y de derecho. No bastaría con apreciar elementos de hecho.

En todo caso, en materia ambiental, han predominado algunas de las teorías respecto de la causalidad que en el campo civil habíamos denotado:⁷²³

- a) La **“Teoría de la Equivalencia de Condiciones”**, todas son equivalentes y cualquiera puede ser la causa; y,
- b) La **“Teoría de la Causalidad Adecuada”**, sólo los antecedentes sobre la base de criterios de probabilidad o de razonable regularidad serán la causa de la producción del resultado dañoso. Esto entraña que cada momento, desde la actuación inicial hasta la producción del resultado, deben estar perfectamente articulados, condicionando el acto anterior al posterior, hasta que el resultado se produzca. Además, en el ámbito procesal, la relación no debe sólo existir, sino debe ser probada.⁷²⁴

En términos técnico - jurídicos, la relación de causalidad debe ser probada, ya que representa el lazo que debe existir entre la actividad que desempeña el agente o sujeto causante del daño -el “Operador”- y el resultado dañoso. Esto es lo que forjará a que el instituto de la responsabilidad cobre vigor, independientemente, de que el acto que provocó el daño haya sido cometido o no con intervención del dolo, culpa, o negligencia. En otras palabras, como bien expone el profesor Betancor,⁷²⁵ el “Operador” es el causante del daño y lo puede ser en virtud no sólo desde un “*frontis*”, sino circunscribiéndose dentro de dos posibilidades:

⁷²³ Ya desde hace mucho tiempo la doctrina ha referido a estas teorías. Vid., Moreno Trujillo, *La protección jurídico-privada del medio ambiente...*, 245-258.

⁷²⁴ Sobre esta teoría, vid., Pedraza, *La responsabilidad...*, 126-127.

⁷²⁵ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1752.

- El “Operador”, voluntariamente ha querido llevar a cabo la acción, incluidas todas sus consecuencias.
- El “Operador” puede que haya querido ejecutar la acción pero sin ánimo de ocasionar daño alguno. La acción es inconscientemente productora del daño. Lamentablemente, no se ha querido producir el daño, pero se ha producido.

Si tomamos en consideración la acción productora del daño, ambos supuestos, conducen a la responsabilidad subjetiva *-en la que es imperioso que exista dolo o culpa-*. No obstante, tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, en sus Anexos III, han contemplado una serie de actividades que capota la responsabilidad, provocando una dualidad de responsabilidades, una objetiva (*para las actividades incluidas en dicho anexo*) y otra subjetiva (*para las actividades que están fuera de la órbita de ese mismo anexo*); cobrando la causalidad, debido a esta cualidad gran importancia.⁷²⁶

Hablamos de una responsabilidad objetiva, porque las acciones o actividades que dicha normativa las ha previsto en sus Anexos III, no requieren que exista ningún elemento subjetivo, es decir, ni dolo ni culpa, para que la responsabilidad se pueda constituir. No exhortan ninguna responsabilidad subjetiva; no requieren la implicación volitiva, ni un grado mínimo del “Operador” respecto de la acción o actividad dañosa. De hecho, estas actividades, nos colocan ante el carácter objetivo de la responsabilidad ambiental. Mientras tanto, frente a aquellas actividades no incluidas en la redacción del Anexo III, hablamos de una responsabilidad subjetiva, en razón de que éstas pueden ser consideradas como acciones dañosas, única y exclusivamente, si concurre la circunstancia de la voluntariedad, es decir, el dolo, culpa o negligencia en su producción (*presencia imprescindible de elementos subjetivos*).

⁷²⁶ Ibid., 1752-1753.

3.10 La acción dañosa causante del daño ambiental

En el Derecho español, las acciones dañosas están tipificadas comúnmente como infracciones administrativas e incluso como delitos ambientales. Si partimos de la regla general que califica como infracción leve cualquier otra que no hubiese sido tipificada como grave o muy grave, subrayamos que toda contravención al ordenamiento jurídico se halla tipificada como infracción administrativa merecedora de una sanción. Esto difiere en cuanto a los delitos, los cuales requieren del incumplimiento de la legislación aplicable. No obstante, Betancor,⁷²⁷ cree que sería conveniente que dicho incumplimiento se tipifique también como infracción administrativa. La motivación se centra en que el daño ambiental está usualmente asociado a una acción constitutiva de una infracción, es decir, la importancia del daño es correlativa a la gravedad de la calificación como infracción y la derivada sanción. El daño, habitualmente, va aparejado a una infracción, al menos, leve, aunque es posible que no estén asociados, o sea, acciones dañosas que han cumplido estrictamente con la legalidad, cuando constituya por ejemplo el objeto de una autorización o permiso. En este contexto, en puridad, se podría considerar que no hay daño. El título jurídico administrativo marcaría la frontera entre la utilización racional e irracional del recurso natural por lo que en el último caso, resulta ser la productora de daños. El uso amparado en dicho título no sería, en consecuencia, dañino. Las emisiones o vertidos cubiertos por la autorización o el permiso pertinente no daría lugar a ningún daño, de conformidad con la LRM. De hecho, constituye uno los supuestos liberadores de la obligaciones de reparar. Tal como hemos explicado, si el “Operador” demuestra, tratándose de actividades del Anexo III, que ha cumplido rigurosamente con las condiciones de la autorización, no será ni merecedor del reproche sancionador ni tampoco estará sometido a responsabilidad ambiental.

Ahora bien, cuando el daño no está amparado en la legalidad, la actividad dañosa, además de ser una actividad ilegal, tipificada como infracción, al menos es susceptible de la sanción pertinente.

⁷²⁷ Ibid., 1756-1757.

En este contexto, surge el problema de la concurrencia de las responsabilidades, tanto de la ambiental así como de la sancionadora. La primera puede llegar a ser una responsabilidad objetiva, cuando se trate de las actividades del Anexo III; mientras tanto, la segunda, o sea, la responsabilidad sancionadora exige dolo o culpa. Por lo tanto, es una responsabilidad subjetiva. Esta concurrencia deriva dos posibilidades:⁷²⁸

- a) **Acción dañosa que incurre en responsabilidad sancionadora.** En este supuesto, la responsabilidad sancionadora absorbe a la ambiental, en cuanto a la reparación de los daños producidos.
- b) **Acción dañosa que no incurre en responsabilidad sancionadora.** Se trata de una acción dañosa no merecedora de reproche sancionador, la cual da lugar, a la presentada responsabilidad ambiental; no hay dolo o culpa ni para castigar ni para exigir la responsabilidad ambiental (*es pues objetiva en el caso de las actividades del Anexo III*).

De todo lo expuesto hasta aquí, podemos colegir que la acción dañosa ha de cumplir con tres requisitos:

- a) La relación de causalidad.
- b) La relación de la acción dañosa con la autorización administrativa previa.
- c) La tipificación de la acción como una infracción administrativa o como un delito ambiental.

3.11 La presunción de causalidad

Con el fin de determinar la relación de causalidad en atención a la clasificación dual *-instaurada por la Directiva 2004/35/CE y la LRM -*, respecto de determinadas actividades (*según consten o no en el Anexo III de dicha normativa*) y en consecuencia, de ambos tipos de responsabilidades como ya hemos denotado, debemos realizar algunas precisiones:

⁷²⁸ Ibid., 1757.

En primer lugar, respecto de la responsabilidad objetiva, diremos que mediante una prueba contradictoria, automáticamente, la imputación de responsabilidad quedaría eliminada. Encambio, cuando una de estas actividades (*del Anexo III*), se lleve a cabo en el lugar donde se ha producido el daño ambiental, se presumirá que tal actividad e indirectamente su operador, son los causantes del menoscabo producido al ambiente. La única exigencia es que la actividad sea “*apropiada para causarlo*” (*artículo 3 “Ámbito de aplicación”, apartado 1, segundo párrafo LRM*).⁷²⁹ En segundo lugar, en cuanto a la responsabilidad subjetiva, no ocurrirá lo mismo, porque para su apreciación se requiere determinar, indefectiblemente, la voluntad o negligencia del posible sujeto responsable. Lo que no se sabe, es si la determinación de presunción, aplicaría para las actividades no mencionadas en el Anexo III, porque la LRM no dice nada al respecto; la LRM presume, atendiendo a la naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado determinada actividad, que ésta ha sido apropiada para causarlo y estará sujeta a responsabilidad sólo respecto de aquellas que efectivamente constan dentro del Anexo III.

La ubicación de esta presunción, en esa parte de la LRM (*ámbito de aplicación*), en la que a la vez se determina el ámbito subjetivo, las actividades sujetas o no a responsabilidad, e incluso, las diferencias según la intencionalidad en su realización, ha provocado que un sector doctrinario encuentre inadecuada su localización. Esteve Pardo,⁷³⁰ pone de manifiesto que, los sujetos y actividades bajo el ámbito de aplicación de la LRM pueden o no ser los causantes con criterios, valoraciones y conceptos que son muy diferentes de los que se utilizan para delimitar el radio del ámbito de aplicación de una ley. Expresa con fervor, “... *son cuestiones bien distintas del ámbito de aplicación, que es por lo demás una cuestión que necesariamente se plantea en cada Ley, y la de la causalidad, que es una cuestión específica de las leyes reguladoras de la responsabilidad o, ya en otra dimensión, de las leyes penales*”.

⁷²⁹ “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo”.

⁷³⁰ Esteve Pardo, *Ley...*, 57. En igual sentido, Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 133.

Ante todas las dificultades exhibidas, situaciones que envuelven una problemática en cuanto a la determinación de la relación de causalidad, quedaría entonces latente cómo resolver el cuestionamiento de *¿Cuál sería el mecanismo idóneo para determinar el nexo causal?* o mejor dicho *¿Cómo establecer una presunción en los casos en los que no es posible determinar tan fácilmente la relación de causalidad?* Dopazio Fraguío,⁷³¹ considera que la eficacia de cualquier sistema de responsabilidad no es absoluta, ya que existen ciertos supuestos que ofrecerán dificultades probatorias que lo perjudicarán. Esto ocurre por la propia complejidad que envuelven los daños ambientales, por la imposibilidad de determinar los sujetos responsables o que no fuera viable la identificación del agente contaminante e incluso, situaciones de insolvencia del operador responsable, entre otros.

La Directiva 2004/35/CE no precisa cómo ha de determinarse el nexo causal.⁷³² No obstante, los Estados están facultados para

⁷³¹ Dopazio Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 120-121. En este sentido, la autora considera de suma utilidad estimar pertinente una consideración amplia sobre la validez y la apreciación de los medios probatorios, admitiendo “*otros documentos*” a tales efectos (*además de informes técnicos, pólizas, coberturas, otros informes y acreditaciones específicas conforme a instrumentos de normalización o estándares reconocidos*), pudiendo, de este modo, estimar el valor de “*instrum*”. Destaca la autora, que aunque muchos medios probatorios sean de carácter técnico, producen efectos jurídicos valorables, aunque la determinación de los medios de prueba deberán ser apropiados *-en cada caso-*, congruente con la propia complejidad del riesgo ambiental (*tipología, identificación, evaluación, valoración y tratamiento*) y con los riesgos del desarrollo (*conforme al estado de la ciencia y de la técnica*). Dentro de este contexto, reconoce que la LRMA ha generado aportaciones de interés, al tenor del análisis de su desarrollo reglamentario, como el examinar el valor de determinadas herramientas técnicas y jurídicas como las expuestas, a los efectos prácticos de preconstituir la prueba. Así por ejemplo, el cumplimiento de normas técnicas reconocidas por la legislación española, como la ISO 14001 (*Sistemas de gestión de la calidad medioambiental*) y de normas jurídicas como el Reglamento EMAS, así como también, valorar positivamente la constitución y la aportación de garantías financieras suficientes (*voluntarias*) por parte del “*Operador*”. Por lo tanto, la autora considera, que cabe estimar a efectos probatorios no sólo los casos en los que la LRMA exige las garantías legales obligatorias (*Actividades del Anexo III*).

⁷³² STJCE, de 9 de marzo de 2010, dispone que: “... *en el marco de la competencia compartida entre la Unión y sus Estados miembros en materia de medio ambiente, cuando un elemento necesario para implementar una Directiva adoptada sobre la base del artículo 175 CE no se ha definido en el marco de*

adoptar normas nacionales que permitan concretar el principio “*quien contamina paga*”. De esta manera, la LRM mediante la transposición de la Directiva 2004/35/CE, buscó dotar una solución práctica para establecer el nexo causal con certeza. En efecto, el avance que esta normativa ha desarrollado se traduce en un régimen dualista, cuya aplicabilidad versa tanto sobre las actividades con mayor potencial de riesgo (*las del Anexo III LRM*) y sobre todas aquellas actividades que tienen un menor factor de riesgo (*las excluidas del Anexo III LRM*).

En consecuencia, cuando nos encontramos ante el caso de las actividades del Anexo III, constriñe una presunción legal,⁷³³ una presunción “*iuris tantum*” de causalidad en cuanto a la actividad de ciertos operadores, que desarrollan actividades peligrosas, quienes por ende, podrían generar un mayor riesgo ambiental. La presunción que está establecida tanto en la Directiva 2004/35/CE como en la LRM (*artículo 3 de ambas*), cuyo texto trae consigo una consecuencia en el ámbito probatorio, la inversión de la carga de la prueba recae ahora sobre quien ejecutó la actividad riesgosa.

En otras palabras, la LRM, presume que ciertas actividades congregan unas características intrínsecas de peligro que exigen al “*Operador*” un grado reforzado de diligencia, de tal suerte que si el daño se produce, se deduce que es por su propio incumplimiento del deber de cuidado. En esta perspectiva, las actividades que refiere el Anexo III, son particularmente significativas y a las cuales se les exige la responsabilidad objetiva. En consecuencia, será el propio “*Operador*”, quien ha de demostrar que no ha existido tal falta, porque han concurrido algunas de las razones consagradas en la misma LRM (*artículo 14 LRM*), que le permiten excluir su

ésta, será competencia de esos Estados definirlo; a este respecto disponen de un amplio margen de apreciación, dentro del respeto de las reglas del Tratado, para adoptar normas nacionales que establezcan o concreten el principio quien contamina paga”.

⁷³³ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 419. Establecen que, “*En tanto que se trata de una presunción Iuris Tantum, cabe prueba en contra de dicha circunstancia de idoneidad que se entiende de manera abstracta que existe en esa actividad para provocar el daño ambiental sin que sea suficiente que el demandado se ampare en general en que existen otros factores que contribuyen a causar el daño*”.

responsabilidad. De esta manera, el “Operador” no será responsable.⁷³⁴

- a) Si se ha ajustado estrictamente a los términos de la autorización (*de tipo administrativa*).
- b) Si el daño no estaba previsto en atención al estado de los conocimientos científico-técnicos.

En cuanto a la acción dañosa que se relaciona estrechamente con una **autorización**, sin duda, representa una relación compleja. El Anexo III (*de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM*), reconoce expresamente que todas las actividades en él incorporadas y descritas, están sujetas en unos casos, a una autorización, licencia o permiso previo; mientras que en otros casos, la regulación a la que refiere el propio Anexo, contiene la previsión de autorizaciones, licencias o permisos. Esto conlleva a concluir que tales actividades están fuertemente intervenidas, por lo que, por regla general, todas las actividades del Anexo III requieren una autorización administrativa previa. Betancor,⁷³⁵ afianza lo lógico que esto resulta dentro del esquema institucional que estamos desarrollando: “*el deber de prevención lo soporta los operadores de ciertas actividades peligrosas que están sometidas a una legislación dirigida a evitar la actualización de sus peligros*”. Es por ello, que estas actividades están sujetas a licencias, permisos o autorizaciones. No obstante, en la el “Operador” puede quedar totalmente libre de la obligación de sufragar los costes atinentes a las medidas de reparación, circunstancia que propia LRM la contempla, demostrando que su actuar se ha ajustado rigurosamente a las condiciones de la propia autorización.

La Directiva 2004/35 consagró la posibilidad de que los Estados puedan introducir esta circunstancia junto con aquella referente al estado de los **conocimientos científicos**.⁷³⁶ Es así, que la mayoría de los Estados (*España ente ellos*), incluyeron ambas circunstancias,

⁷³⁴ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1755.

⁷³⁵ *Ibid.*, 1754.

⁷³⁶ Lo que se conocen como “*riesgos al desarrollo*” o “*riesgos del progreso*”. Uno de los mayores impedimentos para determinar la causalidad es ciertamente el que se relaciona con el estado del conocimiento. Vid., Pedraza, *La responsabilidad...*, 128-132

con una finalidad compartida para ambos casos, la de poder eximir al “Operador” de los costes de las medidas de reparación. En otras palabras, la liberación se produce cuando el “Operador” de cualquier actividad del Anexo III logre demostrar que el daño estaba amparado en una autorización (*expresa*) a la cual se ha ajustado en estricto sentido o que no era considerado potencialmente perjudicial para el ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos constantes en el momento en que se produjo.⁷³⁷

La concurrencia de alguna de las dos circunstancias apuntadas permite el concurso de la voluntariedad con los efectos liberadores expuestos. De esta manera, todas las actividades del Anexo III vienen a responder como si estuvieran bajo la responsabilidad subjetiva como las demás actividades. El “Operador” es responsable (*objetivamente*), pero no recae sobre él la obligación de reparar. Sin duda, es un supuesto peculiar de responsabilidad sin reparación tal como refiere el profesor Betancor,⁷³⁸ porque la concurrencia de alguna de las circunstancias antes expuestas rompe el vínculo jurídico tradicional entre una y otra. El docto maestro, explica que se podría producir una paradoja extraña. El “Operador de las actividades del Anexo III”, tiene una vía más eficaz de acreditación de su ausencia de culpa, si prueba que se ha ajustado plenamente a las condiciones de la autorización, que el “Operador” de cualquier otra actividad, incluso también sujeta a autorización, ya que quedará excluido del beneficio de tal circunstancia. Se encontraría este último, en una peor condición a los efectos de acreditar su diligencia en el cumplimiento de la legislación aplicable como demostración de su ausencia de voluntariedad en la producción del daño. De esta manera, la subjetividad de la responsabilidad podría generar el efecto perverso expuesto.

Asimismo, en relación con el ámbito de aplicación de la LRM (*artículo 3*), el “Operador” deberá considerar o estudiar, con carácter previo a la realización de cualquier actividad (*de las del Anexo III*), la posibilidad de que aquellas actividades son imputables bajo responsabilidad objetiva, pudiendo recaer sobre él esta responsabilidad y que tan sólo por operarlas o llevarlas a cabo,

⁷³⁷ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1754-1755.

⁷³⁸ *Ibid.*, 1756.

deberá consentir “*las consecuencias dañosas que aún empleando la mayor diligencia son inherentes a la misma*”.⁷³⁹ Afortunadamente, la jurisprudencia, se ha pronunciado en que, la autoridad competente ha de buscar disponer de “*indicios plausibles*”, para construir y determinar dicha presunción.⁷⁴⁰ Pedraza,⁷⁴¹ en esta línea, contribuye a indicar que las medidas han de ser útiles, necesarias y proporcionales en un sentido estricto, cuyo objetivo bajo su aplicación ha de ser impedir la agravación de la situación ambiental en el lugar en que se ejecutan las medidas reparadoras del ambiente. Sin embargo, como expone Esteve Pardo,⁷⁴² puede suponer la “*quiebra*” del principio “*quien contamina paga*”, en la medida en

⁷³⁹ Es lo que en materia civil al estudiar la causalidad, refiere De Cossío, la causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español, en *Anuario de Derecho Civil* 3 (1966), 544.

⁷⁴⁰ Véase, Sentencia TJUE (TJCE/2010/70), de 9 de marzo de 2010 “*La Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente, que actúa en el marco de dicha Directiva, presumir la existencia de un nexo causal, incluso en el supuesto de contaminación de carácter difuso, entre los operadores y una contaminación comprobada y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones al área contaminada. No obstante, de conformidad con el principio quien contamina paga, a fin de presumir que existe tal nexo causal, dicha autoridad ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminadas encontradas y los componentes utilizados por el referido operador en el marco de sus actividades. Cuando la autoridad competente decida imponer medidas de reparación de daños medioambientales a los operadores cuyas actividades estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del anexo III de dicha Directiva, la autoridad competente no está obligada a demostrar que ha habido culpa o negligencia, ni tampoco una intención dolosa por parte de los operadores cuyas actividades se consideren responsables de los daños causados al medio ambiente. Por el contrario, incumbe a dicha autoridad, por una parte, investigar previamente el origen de la contaminación comprobada, para lo que dispone de un margen de apreciación en lo referente a los procedimientos, los medios que han de desplegarse y a la duración de tal investigación. Por otra parte, dicha autoridad está obligada a demostrar, según las normas nacionales en materia de prueba, la existencia de un nexo causal entre las actividades de los operadores afectados por las medidas de reparación y la referida contaminación*”, siempre y cuando, además “*la opción finalmente seguida permita efectivamente alcanzar los mejores resultados desde el punto de vista ambiental, sin exponer por ello a los correspondientes operadores a gastos manifiestamente desproporcionados*”.

⁷⁴¹ Pedraza, *La responsabilidad...*, 135.

⁷⁴² Esteve Pardo, *Ley...*, 106.

que asuma la responsabilidad quien verdaderamente no ha causado el daño.

Mientras tanto, en el caso de los daños y amenazas inminentes a consecuencia de las demás actividades, es decir, aquellas excluidas del Anexo III, el régimen tradicional del instituto de responsabilidad se mantendría en principio intacto. En consecuencia, quien planteara o exigiera responsabilidad, deberá presentar en la etapa procesal respectiva, la prueba del nexo causal entre el daño producido y la acción de la persona a la que se pretende atribuir la responsabilidad, es decir, correspondería a la víctima probar los hechos que haya alegado en su momento, dejando sin efecto la inversión de la carga de la prueba. No obstante, Esteve Pardo y Pedraza Laynez,⁷⁴³ consideran que en cuanto a la presunción de causalidad, cabría realizar algunas interpretaciones, para esclarecer si aquellas podrían enmarcarse dentro del contenido de la LRM (*artículo 3*); si se las excluiría completamente, lo cual provoca resultados opuestos:

a) La interpretación desde la estructura sistemática de la LRM. El propio contenido de la LRM (*artículo 3.2*), determina que esta Ley “... *también se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III...*”. En consecuencia, el aspecto al interpretar esta norma tendría más relevo, es el hecho diferenciador entre la realización de la actividad, si ésta fue realizada con o sin culpa, pero no la causalidad como tal, la cual quedaría sujeta a la aplicación del contenido del artículo 3.1 de la LRM, segundo párrafo (*que refiere a la presunción*).

b) La interpretación de acuerdo a la consideración interna de la institución de la responsabilidad (*apoyada en los supuestos de responsabilidad en general*).- De manera genérica, se sabe que el accionante es quien debe presentar las pruebas que sirvan para demostrar la relación de la actividad con el daño causado. En cambio, de

⁷⁴³ *Ibid.*, 61-63; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 136-137.

conformidad con lo dispuesto en la LRM, se produce la inversión de la carga de la prueba. Es el “Operador” quien ha de suministrar las pruebas para desvirtuar la presunción de causalidad generada, únicamente, por el hecho de realizar una actividad de las establecidas en el Anexo III, lo cual para algunos iría en contraposición con el principio de presunción de inocencia (*artículo 24 de la CE española*).⁷⁴⁴ No obstante, Cabanillas Sánchez,⁷⁴⁵ justifica que la utilización de este sistema no iría en contra de la presunción de inocencia, si en su práctica se emplean las limitaciones que establece la ley alemana para que opere la presunción de causalidad. Mientras tanto, Pedraza,⁷⁴⁶ considera ante la falta de existencia de una afirmación legal que conlleve a su aceptación, se debería acoger el régimen común que obliga a todo accionante a presentar las pruebas que demuestren la relación de causalidad aludida. De este modo, para las actividades que fueron excluidas del anexo III, la presunción contemplada en el artículo 3.1, segundo párrafo de la LRM, no se aplicaría y habría que probar, cuando no fuera evidente, la relación de causalidad entre la actividad y el daño o amenaza inminente. Para esta última interpretación, nuevamente Esteve Pardo y Pedraza Laynez,⁷⁴⁷ se apoyan en dos razonamientos:

1.- Una reflexión clásica sobre la presunción de responsabilidad civil, considerando la relación causante-víctima. A partir de aquí, lo que debe probarse es quién es el causante; y, a la víctima que padeció el daño, darle la protección que amerite. Considera la profesora, que los desastres tecnológicos o industriales los deben probar los expertos, para determinar cómo se produjeron, lo cual generalmente se hace mediante estudios complicados y costosos, dejando a un lado la presunción de culpabilidad del operador técnico o profesional. Es el razonamiento

⁷⁴⁴ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 137.

⁷⁴⁵ Antonio Cabanillas Sánchez, «La responsabilidad civil por inmisiones y daños ambientales: el problema de la relación de causalidad», ponencia presentada en el I Congreso de Derecho Ambiental en Sevilla, 21 de abril de 1995, edición pdf, 38.

⁷⁴⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 137.

⁷⁴⁷ Esteve Pardo, *Ley...*, 62-63; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 137-139.

plasmado en la Ley alemana “*Umwelthaftungsgesetz*” (1990), pero no el implantado por la LRM, en la cual existe un completo silencio sobre las víctimas. Lo que existe entonces, a su parecer, es una especial responsabilidad, en la que la protección hacia la víctima no consta, ya que ésta no existe como tal.

2.- La inexistencia de víctimas individuales. Reconoce la profesora, que al estar ante una destrucción o degradación de recursos naturales que afecta significativamente al total de la sociedad, se puede afirmar que los recursos naturales constituyen el objetivo central de la LRM y no la sociedad en su conjunto. Estos recursos, a diferencia de las personas que son víctimas, carecen de medios para denunciar los daños a los que están sometidos, por ende, la LRM concede esa presunción de culpabilidad a las actividades que se consideran de especial agresión para el medio, como son las incluidas en el Anexo III. Consecuencia directa de esta consideración, estas actividades que han sido excluidas intencionadamente del Anexo III, serán consideradas de menor riesgo, por lo tanto, no se les debería aplicar el régimen de presunción de causalidad.

3.12 La complejidad del nexo causal

El efecto consiguiente al establecimiento de la relación de causalidad, sería lograr identificar al posible o posibles sujetos contaminantes para obtener el resultado imperioso de imputar responsabilidad a quien haya causado el daño ambiental. Si prescindimos de este elemento indispensable, sería bastante difícil - *por evitar decir imposible*-, indentificar al responsable. Aquí subyace su carácter “*sine qua non*”. La ausencia de este elemento indispensable, generaría como efecto directo, que la institución de la responsabilidad ambiental se quede paralizada totalmente, por no decir, fracasada (*aunque esto no obstaría a que sea la Administración Pública la que en último de los casos, decida actuar por su cuenta y reparar el daño*).

Vale decir, debemos saber, cuál es la causa detonante del resultado, para lograr una imputación razonable entre el acto u omisión del

demandado y el daño que fundamenta el demandante. Tal como la Directiva 2004/35/CE establece, es necesario determinar uno o varios de los agentes contaminadores de la producción del daño para que ésta pueda ser aplicable (*Considerando 13*). Esta exigencia de la apreciación de un responsable ha sido considerada por el TJCE. Sin embargo, la determinación de la relación de causalidad bajo la existencia de una prueba que así lo demuestre puede ser complicada en el ámbito ambiental. La complicada ecuación “*causa-efecto*” en el ámbito de los daños ambientales propicia una confusión plural del elemento subjetivo. Algunos doctrinarios,⁷⁴⁸ centran en cuatro factores la complejidad de la relación de causalidad del daño ambiental y que pueden dificultar su apreciación:

- 1.- La distancia entre el foco emisor y los efectos de los daños producidos. Dicho de otra manera, la distancia entre el daño producido y su causante.
- 2.- La multiplicidad de fuentes, porque el daño es fruto de la concurrencia de diferentes focos de emisión.
- 3.- El tiempo (*manifestaciones tardías de los daños*).
- 4.- La duda científica o los estados de los conocimientos sobre sus efectos.

Dentro de esta complejidad, sin detenernos exhaustivamente en los tres primeros problemas que ya se han ido exponiendo en cierta medida a lo largo del progreso de este trabajo, en atención únicamente al último aspecto, el de la “*duda científica o los estados de conocimiento*”, diremos que, en lo que atañe a los daños ambientales, este vector puede desencadenar una batalla entre los expertos científicos, que impide dilucidar exactamente la relación de causalidad. Por lo tanto, ésta se torna más complicada aún, porque debe estar apegada a un criterio especializado,

⁷⁴⁸ Cf. Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...* 417-418; Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 161. Vid., Natalia Álvarez Lata, «Precisando algunas reglas de la responsabilidad medioambiental (Análisis de las Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010 (TJCE 2010/70 y 2010/69)», *Revista General de Derecho Europeo* 24 (2010): 12; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 126.

indiscutiblemente unánime. Además, no se puede desatender tampoco, los factores exógenos provenientes de la propia naturaleza ni el componente tecnológico, que pueden también afectar a la identificación de la causa del daño con plena exactitud.⁷⁴⁹

No se ha enunciado que sea un factor extra dentro de la problemática el proceso judicial que se debe iniciar para ventilar la responsabilidad ambiental. La contienda judicial se ventilará *-en principio-*, ante los jueces de lo administrativo. No obstante, en primer lugar, se debe establecer y probar el nexo causal que debe existir entre los hechos y la causa que efectivamente produjo el daño ambiental, previa resolución judicial. En colaboración con esa complejidad que implica determinar la relación “*causa-efecto*” (*del daño ambiental*), sale a la luz un inconveniente extra *-iniciar el proceso judicial-*, ligado con cada etapa del proceso judicial, que están investidas de normas procesales, previstas por el ordenamiento jurídico, a las cuales se las debe respetar y cumplir, para garantizar el debido proceso.

Ciertamente, la confluencia de todos los factores antes mencionados, en el momento procesal oportuno, se convertirán en una ardua y enredada labor para el juez competente en la materia, frente a su llamamiento para poner en marcha la institución de la

⁷⁴⁹ Esteve Pardo, *Derecho...*, 99-100. Al respecto, el autor explica cómo en muchos casos, “... una actividad contaminante, con unos mismos niveles de emisión o vertido, produce daño o no en función de factores naturales externos como pueden ser las condiciones atmosféricas, la fuerza y dirección de los vientos, las diferencias de caudal en los cursos de aguas, etc”, pero manifiesta también que en otros casos, “el marcado y complejo componente tecnológico que está en el origen de muchos daños ambientales hace extremadamente difícil la fijación precisa de las aguas -porque suelen ser varias- y la participación o cuota de cada una en la efectiva producción del daño”. Esta situación representa para el autor un “obstáculo adicional”, ya que “...para probar de manera convincente su protagonismo en la producción del daño, muy posiblemente sea necesario el acceso a las interioridades de la instalación que se apunta como posible causante o el conocimiento de datos e informaciones que sólo ella puede suministrar. Arguye también, que ya no es sólo que la prueba dependa de la voluntad de cooperación de la instalación que se apunta como la causante -que habrá de cargar con la indemnización o reparación si esa prueba se produce-; sino que su titular podría negarse a ofrecer esa información o acceso al amparo de una serie de derechos o principios que el propio ordenamiento reconoce, como el secreto industrial, la protección de datos o la confidencialidad en sus diversas perspectivas.

responsabilidad. Le resultará más complicado imputar responsabilidad de tipo ambiental si la contrastamos con la institución clásica, pues la determinación del nexo causal está condicionado aún más a aspectos extras, como aquel hemos ya denotado y explicado, la vinculación con el factor relacionado con la ciencia y la tecnología. Durante la etapa probatoria, su tarea se tornará bastante dificultosa, por el ingrediente especial que le caracteriza, “*la inversión de la carga de la prueba*” en los supuestos de daños en los que la presunción del artículo 3 quepa. Es el autor material del hecho, (*quien debe probar los hechos*), quien a su vez, se ve inmerso en ese conflicto que tiene aquel componente adicional de carácter especializado y técnico, cuyo alcance y magnitud le supera por completo.⁷⁵⁰ Dicho esto, la complejidad técnica o científica, puede llegar a entorpecer o a ser una de las mayores trabas para resolver una contienda judicial de este tipo.

De todos los inconvenientes planteados para lograr una adecuada determinación de la causalidad, el mayor de los empachos es el que tiene que ver con el estado del conocimiento. La falta del total del conocimiento por parte de la comunidad científica de los efectos que se pueden producir a partir de la realización de ciertas actividades relacionadas con el medio junto con la carencia de erudición de esta materia por parte de funcionarios, jueces y operadores jurídicos, hace que cada vez sea más prudente en lo que a los pronunciamiento sobre sus efectos se refiere. El incremento de las situaciones generadoras de peligro debido a las constantes avanzadas innovaciones científicas, ha provocado que se invoque al célebre “*principio de precaución*”, en virtud del cual se deberán adoptar todas las medidas necesarias y convenientes para proteger al ambiente de los efectos que aquellas pudiesen causar en el medio y la salud humana, de manera previa al pronunciamiento científico y con el objetivo de ser prudentes ante posibles daños irreversibles.⁷⁵¹

⁷⁵⁰ Esteve Pardo, *Derecho...*, 100-101. No obstante, la jurisprudencia como manifiesta el autor, “...ante las dificultades probatorias que concurren en esta materia que se ve inmersa con frecuencia en situaciones de incertidumbre científica... ha venido relajando los rigores de la prueba concluyente para atribuir valor probatorio a los indicios, admitiendo así la prueba indiciaria y otros medios más asequibles”.

⁷⁵¹ Pedraza, *La responsabilidad...*, 128.

Esta idea sobre la conveniencia de una protección previa también ha sido puesta de manifiesto por la Unión Europea, concretamente, en su Tratado de Funcionamiento,⁷⁵² (artículo 191.2, primer párrafo):

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

La ratificación por parte de la Unión Europea, en virtud de la cual se pretende una *“acción preventiva”*, provoca el empuje de autonomía que el *“principio de precaución”* necesita. De igual manera, cuando el riesgo sea evidente, se deberán tomar todas las medidas *“incluso sobrepasando las reglamentarias”* con el objetivo de evitar posibles actividades nocivas a las personas o a las cosas.⁷⁵³

Ante el silencio del ámbito científico, ha surgido la necesidad de construir ciertos parámetros jurídicos, que permitan delimitar la actividad de cada operador conforme a Derecho, concediendo algún grado de flexibilidad. Es por ello, que la aplicación del *“principio de precaución”* se puede ejecutar, como bien sabemos, a través de dos tipos de medidas, las de carácter preventivo y las reparadoras, para por un lado, lograr establecer las medidas que puedan implicar un riesgo; y, por otro lado, frente a la autorización de actividades no muy seguras, asumir la obligación de adoptar las medidas de reparación necesarias ante un daño.⁷⁵⁴ No obstante, algunos doctrinarios, sobre la base del principio de precaución, se han

⁷⁵² Véase, artículo 191.2. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (DO núm. C 326 de 26 de octubre de 2012), Título XX *“MEDIO AMBIENTE”*.

⁷⁵³ Pedraza, *La responsabilidad...*, 129. La profesora funda su afirmación, considerando que la más adecuada protección en relación con el avance científico surgió en virtud de la sentencia (*Sala de lo Civil*) de 17 de marzo de 1981, la cual estableció que *“cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de las mismas y que había algo por prevenir y no se hallaba completada la diligencia”*.

⁷⁵⁴ Pedraza, *La responsabilidad...*, 129-130.

manifestado en contra de la incertidumbre científica como causa de justificación frente a un daño autorizado por la Administración Pública.⁷⁵⁵

La causalidad en los daños causados por contaminación con carácter difuso

El artículo 4.5 de la Directiva 2004/35/CE, textualmente determina que:

“La presente Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”.

De igual manera, el artículo 3.3 de la LRM , consagra:

“Esta Ley sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”.

La propia definición nos obliga a delimitar el alcance de la “contaminación de carácter difuso”. No obstante, si acudimos al apartado de definiciones que la Directiva 2004/35/CE y la LRM (artículo 2) han incorporado en su normativa, no existe ninguna que refiera a ella. Por lo tanto, si gravitamos en el lenguaje común, se puede entender que se trata de aquella provocada por las actividades nocivas de varios operadores que contribuyen a la producción del daño total. Este hecho fáctico, en materia ambiental se torna un problema complejo, en la medida en que esas actuaciones no pueden identificarse tan fácilmente, para poder atribuir la comisión del daño a alguno de los operadores. *¿Cómo establecer si un determinado acto, en efecto, causó o no el daño?* Una de las

⁷⁵⁵ Vid., Esteve Pardo, «La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental», *Revista de Derecho del medio ambiente y administración local* (2006): 201-212, ISBN: 84-609-8956-9.

soluciones, dependerá de saber cuál ha sido el daño producido, pues en algunas ocasiones (*como sucede con la contaminación atmosférica*) resulta prácticamente imposible establecer quién es el causante objetivo. Sin embargo, existen otros supuestos, en los que sí es posible determinar qué operador ha contribuido en mayor parte al resultado dañoso, a pesar de tratarse de una contaminación de carácter difuso. Aquí cobran pleno sentido y serán de aplicación exhaustiva la normativa ambiental referida -*la Directiva 2004/35/CE y la LRM-*, ya que será “*posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos*”.⁷⁵⁶

La determinación del nexo causal⁷⁵⁷ representa una exigencia “*sine qua non*”, tanto para los daños directos como para los daños difusos. Sin embargo, en cuanto a aquellas actividades que se encuentran dentro del Anexo III, se ha llegado a dudar si este requisito puede ser aplicado. Diremos, que esta idea debe ser abandonada, puesto que en la presunción de la LRM (*artículo 3.1, segundo párrafo*) se exige para su aplicación, una “*naturaleza intrínseca*” o que la forma en que se ha desarrollado la actividad “*sea apropiada para causarlo*”. Por lo tanto, cabría aceptar la falta de aplicabilidad de dicha presunción, a los daños por contaminación difusa, por no cumplir con los requisitos formales para ello.⁷⁵⁸

Todo lo expuesto, nos conlleva a determinar que tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, demuestran ser un avance en el campo del Derecho Ambiental, a pesar de la dificultad probatoria que implica construir la relación de causalidad para lograr determinar e identificar al responsable e imputarle la responsabilidad por ser quien ha cometido el daño o la amenaza en contra del ambiente. Ofrecemos mérito a la doctrina y a los precedentes legislativos

⁷⁵⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 140.

⁷⁵⁷ Véase STJCE, de 9 de marzo de 2010 (Asunto C-378/08. RAJ 2010. RJ.a 70). La sentencia también reluce la importancia del nexo causal en los casos de daños difusos, destacando tal como dice la normativa de responsabilidad ambiental (*sobretudo se refiere a la Directiva 2004/35/CE, artículo 4.5*), que un régimen como estos no constituye un instrumento adecuado cuando no se puede determinar el referido nexo causal.

⁷⁵⁸ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 141-142.

como el régimen alemán,⁷⁵⁹ que en este campo han servido de pedestal para que el ordenamiento español instaure una presunción legal del nexo causal,⁷⁶⁰ mediante el establecimiento de la inversión de la carga de la prueba.⁷⁶¹

3.13 La determinación del nexo causal y la responsabilidad

La presencia de cada una o de todas las complicaciones expuestas, inducen a corroborar qué sistema o teoría sobre la causalidad deberíamos aplicar para poder concretar de manera correcta el nexo causal entre el daño ambiental y el operador que presuntamente lo causó.

Ante la presencia de daños difusos, para lograr dilucidar la responsabilidad, de entre las teorías que giran alrededor de la causalidad, expuestas anteriormente, Pedraza,⁷⁶² sostiene que habrá que recurrir a la de “*equivalencia de condiciones*”, a pesar de que, generalmente, “*el cómo y el por qué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso*”. Sin embargo, aplicando esa teoría, los agentes que hayan participado en la contaminación responderán por el mero hecho de haber cooperado en la generación del daño. No sería lógico, que un operador pueda liberarse de esta obligación acudiendo a un único argumento de que otros participaron también en su producción. Para ello, habrá que atender al resultado como arguye Díez - Picazo,⁷⁶³ y en relación a éste, observar si con su exclusión, la producción del daño se hubiese producido de igual

⁷⁵⁹ Particularmente, la Ley alemana (*Umwelthaftungsgesetz*) de responsabilidad medioambiental de 1993 es la que más influencia ha tenido en la Directiva, establecía la presunción de causalidad de la industria si su actividad era adecuada para producir el daño. Esta fórmula la hizo suya la Directiva 2004/35/CE y se constituye en uno de sus rasgos más característicos.

⁷⁶⁰ Siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales exigidos y el daño recaiga sobre los recursos naturales que la Directiva 2004/35/CE y la LRM detallan para que se configure un daño ambiental.

⁷⁶¹ Esteve Pardo, *Derecho...*, 101.

⁷⁶² Pedraza, *La responsabilidad...*, 142.

⁷⁶³ Antonio Vercher Noguera; Manuel Castañón del Valle; Gema, Díez-Picazo Giménez, *Responsabilidad civil ambiental: penal, civil y administrativa* (Madrid: Ecoiuris, 2003), 140-143.

manera, es decir, habrá que cerciorarse de que se trata de una condición “*sine qua non*”. No podrá imputarse el riesgo de una conducta si con ella no se ha aumentado las probabilidades de la producción del daño. Se debería excluir a los operadores que hayan ejecutado una actividad no sea considerada como necesaria o determinante para producir el daño. Siguiendo este enfoque, los responsables de esas actividades accesorias no quedarían inmiscuidos en la determinación de la relación de causalidad.⁷⁶⁴

La aplicación de la teoría de la “*causalidad adecuada*” no ha sido apoyada doctrinariamente de manera unánime. Bautista Romero,⁷⁶⁵ por ejemplo, no la considera como el sistema idóneo para la determinación de la relación de causalidad en los daños ambientales, pues determina hechos fácticos y no jurídicos. Con la aplicación de esta teoría, a su juicio, se corre el riesgo de someter su determinación a la arbitrariedad del juez; circunstancia que debería evitarse. Frente a ello, Pedraza, expone que la concreción de la causalidad no debe ser tratada como un aspecto jurídico, sino que para concluir si cierto hecho ha sido detonante de un daño, únicamente se deben apreciar elementos de hecho (*posición que no compartimos como anteriormente lo habíamos expuesto*), siendo habitualmente la causa que con más probabilidad puede causar el daño, la que efectivamente lo haya causado.⁷⁶⁶

La causalidad en los daños causados por contaminación con carácter difuso

El artículo 4.5 de la Directiva 2004/35/CE, textualmente determina que:

“La presente Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y

⁷⁶⁴ Cabanillas Sánchez, «La responsabilidad civil por inmisiones y daños ambientales», 38.

⁷⁶⁵ Bautista Romero, citado por Pedraz Láynez, *La responsabilidad...*, 127.

⁷⁶⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 127. Fundamenta la profesora su posición, sobre la base de la sentencia del STS (*Sala de lo Civil*) de 14 de julio de 1982, en la que se dispone atender a “*las circunstancias del caso y el buen sentido*”.

las actividades de operadores concretos”.

De igual manera, el artículo 3.3 de la LRM , consagra:

“Esta Ley sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”.

La propia definición nos obliga a delimitar el alcance de la “contaminación de carácter difuso”. No obstante, si acudimos al apartado de definiciones que la Directiva 2004/35/CE y la LRM (artículo 2) han incorporado en su normativa, no existe ninguna que refiera a ella. Por lo tanto, si gravitamos en el lenguaje común, se puede entender que se trata de aquella provocada por las actividades nocivas de varios operadores que contribuyen a la producción del daño total. Este hecho fáctico, en materia ambiental se torna un problema complejo, en la medida en que esas actuaciones no pueden identificarse tan fácilmente, para poder atribuir la comisión del daño a alguno de los operadores. *¿Cómo establecer si un determinado acto, en efecto, causó o no el daño?* Una de las soluciones, dependerá de saber cuál ha sido el daño producido, pues en algunas ocasiones (como sucede con la contaminación atmosférica) resulta prácticamente imposible establecer quién es el causante objetivo. Sin embargo, existen otros supuestos, en los que sí es posible determinar qué operador ha contribuido en mayor parte al resultado dañoso, a pesar de tratarse de una contaminación de carácter difuso. Aquí cobran pleno sentido y serán de aplicación exhaustiva la normativa ambiental referida -la Directiva 2004/35/CE y la LRM-, ya que será “posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”.⁷⁶⁷

La determinación del nexo causal⁷⁶⁸ representa una exigencia “*sine qua non*”, tanto para los daños directos como para los daños

⁷⁶⁷ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 140.

⁷⁶⁸ Véase STJCE, de 9 de marzo de 2010 (Asunto C-378/08. RAJ 2010. RJ.a 70). La sentencia también reluce la importancia del nexo causal en los casos de daños difusos, destacando tal como dice la normativa de responsabilidad ambiental

difusos. Sin embargo, en cuanto a aquellas actividades que se encuentran dentro del Anexo III, se ha llegado a dudar si este requisito puede ser aplicado. Diremos, que esta idea debe ser abandonada, puesto que en la presunción de la LRM (*artículo 3.1, segundo párrafo*) se exige para su aplicación, una “*naturaleza intrínseca*” o que la forma en que se ha desarrollado la actividad “*sea apropiada para causarlo*”. Por lo tanto, cabría aceptar la falta de aplicabilidad de dicha presunción, a los daños por contaminación difusa, por no cumplir con los requisitos formales para ello.⁷⁶⁹

Todo lo expuesto, nos conlleva a determinar que tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, demuestran ser un avance en el campo del Derecho Ambiental, a pesar de la dificultad probatoria que implica construir la relación de causalidad para lograr determinar e identificar al responsable e imputarle la responsabilidad por ser quien ha cometido el daño o la amenaza en contra del ambiente. Ofrecemos mérito a la doctrina y a los precedentes legislativos como el régimen alemán,⁷⁷⁰ que en este campo han servido de pedestal para que el ordenamiento español instaure una presunción legal del nexo causal,⁷⁷¹ mediante el establecimiento de la inversión de la carga de la prueba.⁷⁷²

3.14 La causalidad en el derecho ambiental de los Estados Unidos

La causalidad en el sistema jurídico de los EE.UU., en la mayoría de los estados, en el ámbito civil como en el ambiental, puede ser mejor explicada al analizar el tratamiento de los “*toxics torts*”, pues

(*sobretudo se refiere a la Directiva 2004/35/CE, artículo 4.5*), que un régimen como estos no constituye un instrumento adecuado cuando no se puede determinar el referido nexo causal.

⁷⁶⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 141-142.

⁷⁷⁰ Particularmente, la Ley alemana (*Umwelthaftungsgesetz*) de responsabilidad medioambiental de 1993 es la que más influencia ha tenido en la Directiva, establecía la presunción de causalidad de la industria si su actividad era adecuada para producir el daño. Esta fórmula la hizo suya la Directiva 2004/35/CE y se constituye en uno de sus rasgos más característicos.

⁷⁷¹ Siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales exigidos y el daño recaiga sobre los recursos naturales que la Directiva 2004/35/CE y la LRM detallan para que se configure un daño ambiental.

⁷⁷² Esteve Pardo, *Derecho...*, 101.

permite esgrimir y discutir las dificultades que presenta la causalidad en el contexto de las demandas ambientales. La toma de posiciones en sentido fraccionado dentro del sector doctrinario, permitirá esclarecer como se trata a este elemento inexcusable, en uno y otro campo jurídico.

En relación con el sistema occidental, sobretodo con el orden civil, no encontramos diferencias conceptuales en cuanto a lo que se concibe como relación de causalidad. En términos generales, el nexo causal en el campo civil estadounidense, representa igualmente ese vínculo entre el comportamiento de un actor y el daño subsiguiente hacia otra persona. La exigencia de que un demandante demuestre que existe una conexión “*causal*” entre su lesión y la acción del acusado satisface el instinto de que los “*remedies for an injury*” (*remedios para una lesión*) deben provenir de quienes son responsables. Sin embargo, ubicar al actor o actores responsables de un daño, no sólo es de orden fáctico sino a veces es casi imposible. El nexo causal, es considerado también como un componente vital que integra la gran variedad de doctrinas legales. Sin embargo, para ofuscar un poco el análisis, éste puede referirse a varios conceptos distintos, debido a los diferentes requisitos previstos en las diversas doctrinas. El resultado que se logra, es que las Cortes puedan analizar la causalidad de diferentes maneras, aún tratándose de casos en los que el daño y el acto instigador sean notablemente similares.

De manera particular, en el campo ambiental estadounidense, el tratamiento de la causalidad en los diferentes casos ha sido inconsistente. Principalmente, en los casos de “*toxic torts*”, el tratamiento ha sido muy dispar, cuyos juicios han llegado a configurarse en categorías amplias, amorfas y, a veces, superpuestas. Esto daños, han sido considerados por ciertos dogmáticos como “*torts*”; y, por otros, como “*environmental damages*”. Por un lado, las “*toxic tort suits*” versan sobre aquellos casos de lesiones personales que refieren a un daño *-generalmente traducido en una lesión física-*, debido a la exposición a una sustancia tóxica. Por otro lado, las “*environmental suits*”, se centran en aquellos casos en los que *-al contrario-*, se alega una lesión en los intereses de los demandantes por un daño al ambiente

o una violación de una norma ambiental. A partir de aquí, las demandas ambientales se pueden dividir en dos subcategorías:⁷⁷³

- a) Aquellas que afirman derechos bajo el “*Common Law*”, como la “*public nuisance*”.
- b) Aquellas que afirman derechos creados por un “*Statute*”.

Ahora bien, entre el “*toxic tort*” y el “*environmental tort*”, existen muchas similitudes. Algunos, incluso han llegado a considerar a ciertas “*toxic tort suits*” como “*environmental suits*”. Tales paralelismos se enfocan en las siguientes consideraciones:⁷⁷⁴

- En la versión más arquetípica de ambos tipos de demandas, los demandados son quienes han creado, vendido en el mercado o descargado en el ambiente una sustancia nociva, como por ejemplo un medicamento con efectos secundarios negativos previamente desconocidos, desechos químicos que se escapan de un vertedero, o un gas nocivo que causa lluvia ácida.
- Las lesiones y las teorías de causalidad alegadas, en ambos tipos de demandas, se basan frecuentemente en una “*cutting-edge research*” (*investigación avanzada*). Sin embargo, para resolver las demandas, a menudo, se requiere de determinaciones fácticas o técnicas difíciles, para establecer un vínculo causal entre la sustancia ofensiva y la lesión demandada.
- Tales determinaciones complejas de los hechos, pueden resultar mejor que sean realizadas por los “*factfinders*”,⁷⁷⁵ aunque en ambos tipos de demandas, la causalidad

⁷⁷³ «Causation in Environmental Law»..., 2256. Las Cortes pueden adaptar la distinción entre causalidad general y específica utilizada en la “*toxic tort law*” para esclarecer el análisis de la “*standing*” y evitar resolver prematuramente las cuestiones de fondo en las demandas ambientales.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, 2256-2258.

⁷⁷⁵ En un procedimiento legal, el “*factfinder*” es la persona o personas a quienes se les asigna la tarea de sopesar todas las pruebas presentadas y determinar los hechos del caso a la luz de dichas pruebas; el jurado, o en caso de que no exista jurado, el juez. En términos más simples, un investigador de hechos.

frecuentemente, es determinada por los jueces como una “*matter of law*” (*cuestión de derecho*).

A pesar de estas similitudes y en comparación con el sistema ambiental español, existen algunas diferencias con respecto a la apreciación de la causalidad. Una de las que más llama la atención, radica en que en las “*environmental suits*”, la causalidad y las cuestiones complejas que le circunda, se analizan como un componente de la “*standing*” (*legitimación activa*); una investigación jurisdiccional que precede cualquier otro aspecto del caso, es decir, antes del juicio, en la fase de legitimación en las demandas ambientales.⁷⁷⁶ Mientras tanto, con los “*toxic torts suits*”, sucede todo lo contrario. Aquí, la causalidad rara vez se aborda bajo una “*standing inquiry*” (*investigación sobre la legitimación*), es decir, se trata de las demandas en las que el juez determina que la causalidad no existe como una cuestión de derecho. La determinación de la causalidad en el “*Toxic Tort Law*” ha sido bastante polémica; el elemento más difícil de probar para muchos. De hecho, particularmente, la causalidad fáctica en los “*toxic torts cases*”, es la que mayor dificultad ha provocado sobre la causalidad, la cual es dirigida a menudo por las Cortes en la etapa de “*merits inquiry*” en el juicio. Lo que si, la desestimación de un “*toxic tort case*”, por falta de causalidad, procederá si los demandantes han presentado pruebas suficientes sobre éste, después de que la “*standing*” haya sido establecida.

3.15 La “*standing doctrine*”

La “*standing doctrine*” se basa en principios constitucionales. Aunque la Constitución no exige explícitamente que cada demandante deba establecer la “*standing*” para presentar una demanda en la corte federal, la Corte Suprema ha deducido de las limitaciones del artículo III para los “*cases*” y “*controversies*”, que las Cortes federales deben imponer ciertos requisitos para confirmar que un demandante cuenta con la “*standing*”, es decir, un interés genuino en el resultado de un caso. Una Corte federal tendrá jurisdicción sobre el caso, al menos cuando un demandante demuestre que ha cumplido con los requisitos establecidos en dicha

⁷⁷⁶ «Causation in Environmental Law»..., 2257.

norma; que hay legitimación, caso contrario, se desestimaría la demanda.⁷⁷⁷

La Corte Suprema ha formulado un “*three-part test*” (*prueba de tres partes*) para verificar el cumplimiento del artículo III. Este artículo sobre la “*standing*” comprende tres componentes, que sirven para probar la causalidad en las demandas ambientales. El demandante es sobre quien recae la carga de la prueba de los tres pilares de la constitución, quien deberá establecer que.⁷⁷⁸

- 1) Ha “*sufrido una lesión de hecho*”, que sea “*concreto y particularizado*” y “*real o inminente*”; no conjetural o hipotético;
- 2) Existe una conexión causal entre la lesión y la conducta denunciada. La lesión tiene que ser justa; trazable a la acción impugnada del acusado, y no el resultado de una acción independiente, de un tercero; y

Para encontrar la lógica de la causalidad, las Cortes generalmente atribuyen causalidad cuando la lesión es “*bastante rastreable*” a la conducta del acusado. Sin embargo, la norma para determinar lo que se considera bastante rastreable no está claro. En algunos casos, una “*but-for causal connection*” se ha considerado suficiente para determinar la legitimación. En otros casos, la Corte ha aplicado una prueba del nexo causal. Además, el papel poco claro en cuanto a la legitimación puede afectar a la causalidad. Sin embargo, la causalidad en general, ha sido más fácil de establecer cuando la presunta lesión se percibe como un resultado directo de la acción del acusado, mientras que los casos en virtud de los cuales se demanda un daño basado en un error por parte del acusado de comprometerse con un tercero tienen más probabilidades de fracasar en la lógica causal. Adicionalmente, el Congreso puede definir nuevas cadenas de causalidad que bastan para establecer la legitimación, incluso creando derechos procesales.

⁷⁷⁷ Ibid., 2258.

⁷⁷⁸ Bradford C. Mank, «Prudential Standing Doctrine Abolished or Waiting for a Comeback?: *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components*», *Journal of Constitutional Law* 18:1 (2015): 218-220.

3) Sea probable, es decir, totalmente, opuesto a lo simplemente especulativo; que la lesión será reparada por medio de una decisión favorable.

La resarcibilidad requiere que la Corte encuentre probable (*y no “meramente especulativo”*) que la lesión fuese reparada por una decisión favorable. A menudo se relaciona con la causalidad, ya que un hecho con falta de causalidad típicamente resulta en un hecho que no se puede resarcir. En la investigación de daños tóxicos, ha habido una discusión enérgica respecto de las normas atinentes a la causalidad y la dificultad (*o facilidad*) de establecer tanto la causalidad fáctica como la legal. Sin embargo, muchos académicos han criticado cómo se aplica la “*standing doctrine*” en el contexto del Derecho Ambiental. Se ha convertido en un tema controvertido y ha sido criticada por parecer “*incoherente*”. Ha sido criticada también, como “*incierto en la aplicación e impredecible en el resultado.*” Hay quienes defienden que la causalidad en los casos de Derecho Ambiental ha sido forzada dentro del análisis jurisdiccional sobre la “*standing*”, aún cuando la investigación es más apropiada para una posterior determinación sobre “*the merits*” (*el fondo*). Incluso, ha resultado ser una barrera significativa, inapropiada a veces, para quienes interponen una demanda ambiental.⁷⁷⁹

Es por ello, que con el objetivo de resolver este problema, las Cortes pueden adaptar la doctrina de los “*toxic torts*”, explorando soluciones y proponiendo aplicar la distinción causal general/específica del “*Toxic Tort Law*” a las investigaciones de causalidad ambiental. Tal enfoque podría mitigar las inconsistencias percibidas en el análisis sobre la legitimación en las “*environmental suits*” y ayudaría a asegurar que las investigaciones intensivas de los hechos dentro de la causalidad se aborden sólo después del descubrimiento pleno. Otros, han arguido que la barrera de la causalidad es demasiado baja y que relajar aún más la norma de la causalidad, alentaría a demandas frívolas o afectaría negativamente al sistema judicial. Mientras que para otros doctrinarios, también han argumentado que el artículo III es una mera excusa para que las Cortes eviten llegar al fondo de los casos que no están dispuestos o que no pueden decidir, o que se hacen las ciegas respecto del

⁷⁷⁹ «Causation in Environmental Law», 2258.

“*standing*” cuando quieren alcanzar los “*merits*”. Otros, han examinado la base histórica del Derecho Ambiental moderno en el “*Tort Law*”, así como la forma en que el “*Tort Law*” aún podría aplicarse en el Derecho Ambiental moderno. Sin embargo, a pesar de las similitudes en las investigaciones de la causalidad en estos dos tipos de casos, sorprendentemente se ha escrito poco sobre la disyunción entre las investigaciones de causalidad para los propósitos de la jurisdicción y para las determinaciones del “*merit*” en el “*Tort Law*”.⁷⁸⁰

3.16 La causalidad en el “*Tort Law*”

La causalidad en el “*Tort Law*”, puede ser:

1.- La “*Factual Causation*”

2.- La “*Proximate Cause*”

1.- La “*Factual causation*”.- Para establecer la causalidad fáctica en los casos de “*torts*”, depende de que se logre probar que la conducta del acusado es la “*but-for cause*” de la lesión del demandante. Una alternativa es la “*substantial factor causation*” (*causalidad de factor sustancial*), es decir, una conducta habría sido suficiente para ser una causa, pero existió otro acto que también habría sido una causa si esto hubiera ocurrido separadamente. En la mayoría de los estados, la “*substantial factor causation*” es suficiente para establecer la causalidad fáctica. Sin embargo, si bien históricamente, la “*factual causation*” se estableció al probar la “*but-for causation*”, surgieron dificultades prácticas. Por ejemplo, en una situación en la cual dos acciones simultáneas podrían ser individualmente suficientes para crear el daño, ninguna acción sería la causa de la lesión.⁷⁸¹ En otras situaciones, pueden surgir múltiples actores, pero no está claro quién es el verdadero responsable de la lesión.⁷⁸² Si todos los actores se han comportado

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ El ejemplo clásico es de dos tiradores, ambos con el objetivo de codornices, que cada uno dispara accidentalmente al mismo espectador, *vid.*, *ibid.*, 2260.

⁷⁸² La analogía basada en las aves aquí es si dos tiradores dispararon a una codorniz y una bala golpeó al desafortunado espectador, pero nadie sabe cuál de los dos tiradores es el responsable, *vid.*, *ibid.*

de manera similar, puede parecer injusto que la parte perjudicada no pueda obtener un “*remedy*” de ninguno de los actores simplemente porque cada uno de ellos podría señalar a los demás para evitar que se pruebe la causalidad.⁷⁸³ Este sistema se asemeja a lo que en el sistema español, se conoce más comúnmente como la teoría de la “*equivalencia de condiciones*”, que además presenta los idénticos problemas que en el sistema estadounidense y es entendida -*conceptualmente*- de igual manera, tanto en el campo civil como en el ambiental.

2.- La “*Proximate Cause*”.- *Aquí cabe introducir como opera la “proximate cause” en CERCLA.*

La “*proximate cause*” en “*CERCLA*”: Una cuestión clave en la imposición de la responsabilidad convencional es la “*proximate cause*” del demandado por causar algún daño. CERCLA impone diferentes requisitos para establecer la “*proximate cause*” a diferentes PRP’s. Como punto de partida, cualquier cantidad, nivel o concentración de una sustancia peligrosa, es suficiente para desencadenar o activar la responsabilidad de cualquier PRP. Además, para cumplir los propósitos de los requisitos de limpieza de CERCLA, la EPA puede obligar a cumplir la remediación cuando se demuestre una potencial puesta en peligro, a pesar de que el real “*damage*” o “*harm*” no se manifieste. CERCLA autoriza la imposición de la responsabilidad a aquellos que tienen una relación continua con un sitio contaminado. En este contexto, la mayoría de las Cortes sostienen que la aplicación “*retroactiva*” de la responsabilidad actual para actividades pasadas que aún requieren “*remediation*” no viola los requisitos del debido proceso.⁷⁸⁴

“*GENERATORS*”.- Los requisitos de la “*proximate cause*” para establecer la responsabilidad bajo CERCLA, varía para las diferentes personas potencialmente responsables. Las Cortes no requieren una prueba de la “*proximate cause*” para imputar responsabilidad a los “*generators*” de “*hazardous substances*” que organizaron la “*disposal*” en todos los sitios “*superfund*”, a pesar de que alguna historia legislativa sugiere que la prueba de la “*proximate cause*”

⁷⁸³ Ibid.

⁷⁸⁴ Ferrey, *Environmental Law...*, 395.

sea requerida de manera previa a que la responsabilidad pueda ser imputada. La causalidad suficiente existe si los PRP's de "*hazardous substances*" o sustancias similares están en el sitio de la "*facility*", y si una "*release*" de alguna "*hazardous substance*" pone en peligro requiere o justifica alguna "*response action*" de la EPA. Por ejemplo: un proveedor que suministra productos químicos en contenedores que recoge el cliente y éste los elimina, aún es posible que el cliente sea un PRP por las pruebas deducidas de la totalidad de las circunstancias. El acto de un propietario de llevar suelos contaminados desde el área de un sitio a otro sitio, constituye una nueva "*disposal*" a efectos de establecer la responsabilidad del "*generator*". Los "*generators*" anteriores de cualquier "*hazardous substance*" eliminada seguirán siendo responsables. Incluso, si los desechos, una vez eliminados de forma segura, son subsecuentemente y además ilegalmente trasladados a un segundo sitio donde ocurre la contaminación, el "*generator*" original seguirá siendo responsable.⁷⁸⁵

3.17 La causalidad en la legitimación ambiental

Las investigaciones recientes de la Corte Suprema sobre la causalidad en la etapa de la "*standing*" han consistido principalmente en GHG (*efecto invernadero o calentamiento global*). Esto no quiere decir que las Cortes inferiores no realicen investigaciones fácticas en otras áreas del Derecho Ambiental. Ya sabemos que, en algunos casos ambientales como en ciertos casos por daños tóxicos, demostrar la causalidad puede ser casi imposible, a pesar de que el demandante, ciertamente, haya sido lesionado o herido. No obstante, en el calentamiento global y otros casos similares, múltiples personas/entidades pudieron haber emitido un contaminante sin que sea fácil determinar que la emisión de cualquier sujeto/entidad individual creó determinada lesión; incluso cuando se haya aceptado que el resultado de las emisiones acumuladas ha creado la lesión. En tales casos, se ha de considerar si la conducta de los acusados ha hecho una "*contribución*"

⁷⁸⁵ Ibid., 395-396.

significativa” a la contaminación, aunque su alcance sigue sin estar claro.⁷⁸⁶

Está claro, que la investigación de legitimación en virtud del artículo III, depende en gran medida de los hechos. Sin embargo, el análisis fáctico altamente detallado que acompaña a algunas investigaciones de legitimación puede ser inapropiado en una etapa tan temprana del juicio. Hay varios problemas que surgen de la confianza excesiva en las “*factual determinations*” en asuntos de legitimación. Por ejemplo, los jueces no están equipados para manejar cuestiones fácticas altamente técnicas sin ayuda. Además, en las áreas de investigación en curso, como los efectos de diversos contaminantes en la salud y el bienestar humano, los desarrollos científicos y técnicos posteriores podrían cambiar el análisis de la causalidad. Debido a que estos nuevos datos o modelos rara vez se adoptan de manera universal poco después del descubrimiento, sino que más bien sólo alcanzan un consenso científico después, los jueces y jurados se beneficiarían de un proceso completo de investigación, con audiencias “*Daubert*”⁷⁸⁷ y otros procedimientos de respaldo para garantizar que los hechos presentados a la Corte reflejen los métodos científicos y la experiencia, con mayor precisión o exactamente como el proceso judicial permita.⁷⁸⁸

3.18 Diferencias capitales en cuanto a la determinación de la causalidad en los daños tóxicos y los daños ambientales

A pesar de que la investigación sobre la causalidad se considera en diferentes etapas en ambos tipos disímiles de daños (*ambientales y tóxicos*), ésta a menudo requiere de determinaciones fácticas complejas, que pueden ocurrir antes de la etapa de “*merits*” -*en audiencias jurisdiccionales que se asemejan a juicios*-. Los “*findings*” (*resultados*) son utilizados para determinar la legitimación; una cuestión de derecho, aunque también pueden ser tratados en la “*appellate review*” (*revisión de apelación*). A más de

⁷⁸⁶ «Causation in Environmental Law», 2268-2269.

⁷⁸⁷ En términos simples, es la “*Daubert Standar*”, es una norma relacionada con la admisibilidad del testimonio de testigos expertos, para excluir la presentación alguna prueba no calificada por el jurado.

⁷⁸⁸ «Causation in Environmental Law», 2269.

las similitudes que habían denotada, existe una que versa sobre los métodos técnicos disponibles para respaldar la causalidad en ambos tipos de daños. En los casos de daños tóxicos, los “*findings*” de la causalidad, generalmente, se basan en la evidencia epidemiológica, que depende en gran medida de los análisis estadísticos y modelos matemáticos o informáticos para hacer determinaciones probabilísticas de riesgo y contribución. Debido a la complejidad de la salud humana y la gran dificultad para probar una causalidad médica directa (*más que una correlación*), por lo general, es imposible demostrar que la condición de salud de un individuo es directa y exclusivamente causada por una toxina en particular.⁷⁸⁹ Mientras tanto, en los casos ambientales, existe una variedad de campos, como la meteorología, la hidrología y la ecología, que se podrían necesitar para respaldar un nexo causal, según el tipo de demanda. Éstos también dependen en gran medida de métodos estadísticos y de modelos, tendiendo a ser capaces de predecir solamente los riesgos basados en correlaciones observadas.

Existen algunas razones para justificar las divergencia, soportadas en argumentos doctrinales, estructurales o políticos, pero que en última instancia no pueden justificar la disparidad, sobretodo porque aunque pueda parecer que existe una divergencia en la práctica, no existe una diferencia doctrinal real en cuanto a las normas para establecer la causalidad en la legitimación, tanto en los casos ambientales como en los tóxicos; cualquier diferencia en el resultado se debe simplemente a la naturaleza de los casos de Derecho Ambiental. Las demandas ambientales a menudo tienen sus raíces en leyes o reglamentos administrativos, que pueden proporcionar bases más amplias para las demandas que están disponibles en el “*Common Law*”. Las “*environmental suits*” son intrínsecamente más propensos a fracasar en la legitimación; mientras que, los casos por “*toxic torts*” suelen ser claros como para superar los problemas de legitimación sin necesidad de discusión. Sin embargo, esto no es la única razón para diferenciarlos. Los casos ambientales que no surgen bajo una ley, también suelen fracasar a menudo en la etapa de legitimación, particularmente los casos de “*public nuisance*”; tienden a requerir

⁷⁸⁹ Hay algunas excepciones notables a esta regla, como la asbestosis y el mesotelioma, que la investigación médica ha demostrado que se correlacionan casi por completo con la exposición al amianto.

un fuerte apoyo fáctico para la legitimación. Por supuesto, la “*public nuisance*” no es un daño tan tradicional como otros daños, y puede acarrear problemas de legitimación con base en las demandas más generalizadas de daños que engloba. Sin embargo, lo mismo puede decirse de algunas demandas por “*toxic torts*”, especialmente cuando se reclama por lesiones atribuidas a la exposición a una descarga tóxica. Sin embargo, estas demandas raramente enfrentan las mismas barreras de legitimación que las demandas ambientales.⁷⁹⁰

La combinación entre la causalidad en la “*Standing Law*” y la causalidad como un elemento del “*Tort Law*” ha creado una barrera de justiciabilidad en el Derecho Ambiental, en virtud del cual los jueces consideran el alcance completo de la causalidad en la etapa de la legitimación. Este examen exhaustivo de la causalidad, impone una carga indebida tanto sobre los jueces, quienes deben considerar los hechos fácticos y técnicos sin el beneficio de la información completa, y sobre los demandantes, quienes deben establecer la causalidad completa en sus presentaciones iniciales. Dadas las similitudes entre ambos tipos de daños, reservar las cuestiones de la causalidad específica para determinaciones posteriores probablemente ayudaría a aliviar la carga sobre las Cortes y demandantes, sin daños graves a los expedientes de las Cortes y daría lugar a audiencias más consistentes y equitativas para aquellas demandas ambientales perseguidas.⁷⁹¹

⁷⁹⁰ «Causation in Environmental Law», 2269-2270.

⁷⁹¹ *Ibid.*

4. CAPÍTULO IV: RESPONSABILIDAD CIVIL VS RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

4.1 La Responsabilidad Civil

La institución de la responsabilidad civil, está fundamentada principalmente en la culpa o negligencia del autor de un daño, configurando lo que en el campo doctrinario se conoce como el régimen clásico o tradicional. Lo que pretende esta institución, es ser condescendiente con aquella persona o personas que han resultado ser víctimas de un acto proveniente del hombre, quien al actuar como un ser social, en su quehacer diario les ha generado un daño, producto de las múltiples actividades que desarrolla para alcanzar su bienestar, el cual debe ser indemnizado. En virtud de estos precedentes, el régimen de responsabilidad civil se erige en el aforismo “*Alterum non laedere*”, plasmado en el Código Civil español de 1889,⁷⁹² en los artículos 1101⁷⁹³ y 1902,⁷⁹⁴ cuyo contenido ético y moral es a toda luz la razón del establecimiento de una “*sanción*”, aunque no punitiva sino más bien indemnizatoria; y, que a su vez ha sido recogido por la jurisprudencia española, para resolver varios casos que se han presentado y se van presentando dentro de la cotidianidad de una sociedad, por incurrir en el incumplimiento del deber genérico de “*no dañar al otro*”.

No hay que desatender una peculiaridad importante, y es que el sistema de responsabilidad civil *-a pesar de su falta de precisión terminológica-*,⁷⁹⁵ se bifurca en varios grupos o tipos de responsabilidad, los cuales de forma sistemática se resumen en:⁷⁹⁶

⁷⁹² Promulgado en virtud del Real Decreto de 24 de julio 1889, que dispone la publicación en la “*Gaceta de Madrid*”, de la edición reformada del Código Civil.

⁷⁹³ “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

⁷⁹⁴ “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

⁷⁹⁵ Acedo Penco, *Derecho de...*, 340-341. Critica el autor, que la clásica expresión de “responsabilidad civil” no es muy exacta, puesto que ésta surge no únicamente en los “*supuestos en los que se genera la obligación de indemnizar al haberse producido un daño sin mediar relación jurídica previa entre el agente y la víctima, sin contrato que los uniera*”, como se ha venido utilizando habitualmente, sino que surge también “*en las situaciones en las que existía un*

contrato previo entre las partes”, por lo que, “según el caso habría de añadirse el carácter contractual o no de la situación ya que ambos regímenes jurídicos aplicables son muy diversos”. Revela el autor además, que en materia de responsabilidad civil extracontractual (*término que evita posibles equívocos*), las diferentes terminologías que la doctrina ha utilizado al referirse a esta institución, son: “Responsabilidad Aquiliana”; “Culpa Extracontractual” o “Culpa Aquiliana”, para hacer énfasis en el reproche de la conducta del agente dañoso; y, “Obligación Extracontractual”, para rechazar el término mal utilizado de “Responsabilidad Extracontractual”, haciendo hincapié en el origen obligacional de reparar el daño ocasionado, más no en la responsabilidad que se puede exigir a quien no indemniza. De este modo, se incurre en responsabilidad, contra el patrimonio del deudor, cuando éste incumple su obligación de reparar el daño causado. Frente a esta última afirmación, el autor comparte la opinión que hace al respecto O’Callaghan, quien establece que “... responsabilidad significa la situación en que se halla el patrimonio de un deudor que ha incumplido su obligación en la que era sujeto pasivo”, determinando que el acto generador del daño causado hace que surja una obligación de la cual nace el derecho subjetivo que faculta a la víctima o perjudicado exigir su reparación a quien lo causó. En el caso, en que “...tal deudor incumpliera tal obligación, caería en responsabilidad” (Cf. Xavier O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II, sexta edición (Madrid: Dijusa, 2009), 697. El autor Denota además, que modernamente se aplica el término importado del derecho anglosajón “Derecho de daños” (*Law of Torts*), en el cual prevalece el daño y la reparación, sobre la culpa o la conducta de quien lo causó. Finalmente, el autor establece que la expresión más precisa para evitar posibles equívocos es la de “Responsabilidad Civil Extracontractual”. Para otro autor, el uso del término “Responsabilidad Civil” para denotar únicamente a la “Responsabilidad Extracontractual”, a pesar de que sean dos las especies de responsabilidad civil, es una “licencia literaria, tal vez sinécdoque, acaso metonimia, que por lo mismo es poco segura”. (Cf. Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 101). No obstante, en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se recomienda por un lado, el uso de la expresión más tradicional de “responsabilidad extracontractual”, debido a que referirse a ella como “Derecho de Daños”, resulta ser una terminología excesivamente amplia, ya que el daño es el resultado que puede tener un origen muy variado, como el incumplimiento contractual o la omisión de un delito, como en el régimen alemán que cuenta con una regulación general bastante detallada. Por otro lado, se critica la denotación de “Responsabilidad Civil”, pues aunque ésta conlleva un alcance más limitado, aún es demasiado amplia, pues la responsabilidad puede derivar de la “*infracción de un vínculo obligatoria previo entre las partes (responsabilidad contractual) o de la conducta o actividad de una persona que causa daños a otros con los que no tiene ningún vínculo obligacional previo (responsabilidad extracontractual)*”. Si se busca profundizar el tema de la Responsabilidad Civil Extracontractual, vid., Miquel Martín-Casals, «*La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual*», 16-17; y más aún, desde una perspectiva terminológica y terminográfica del área, existe un estudio de derecho comparado, abordando la sinonimia estilística, definatoria, de enfoque, etc., vid., Bernarde Thiry, *La sinonimia nocional, un caso peculiar de sinonimia en terminología*” (Bruselas:

- a) La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.
- b) La Responsabilidad Civil extracontractual puede nacer ya sea por un acto ilícito de naturaleza civil o de un ilícito de naturaleza penal, consecuencia de un delito o falta.
- c) Responsabilidad Subjetiva y Responsabilidad Objetiva o por Riesgo, según la presencia o ausencia del elementos “*culpabilidad*” o el reproche en la conducta del agente causante del daño.
- d) Responsabilidad Directa y Responsabilidad Indirecta.
- e) Responsabilidad Principal y Responsabilidad Subsidiaria.

a) La responsabilidad contractual y extracontractual

La categorización que revela la tradicional presencia de dos pilares normativos, predominantes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de arquetipo occidental, aún en la actualidad, procura conseguir un resarcimiento en lo posible integral *-mediante la indemnización de daños y perjuicios-* de cualquier daño que se produzca. A partir de aquí, la consagración de dos conceptos fundamentales en materia de responsabilidad por daños: la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, cuyo origen se remonta al Derecho Romano en el primer caso y a la Lex Aquilia, en el segundo. Las normas referentes al cumplimiento o no de obligaciones contractuales estaban instituidas en el derecho romano, mientras que la génesis de normas que contemplen la obligación de resarcir daños y perjuicios ante la violación del deber general de no dañar al otro *-materia no contractual-*, ofrece la Ley Aquiliana.

En cuanto a los efectos de las obligaciones, los artículos 1101, 1105 1106 y 1107 del CC español, establecen los límites de responsabilidad del deudor, quien en primer lugar, está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que haya ocasionado al acreedor por haber incumplido totalmente su obligación o de algún modo las contravino, incurriendo en dolo, negligencia o morosidad. Sin

Institut Libre Marie Haps de *Bruselas*, Entreculturas 1, 2009), 219-257. Edición PDF.

⁷⁹⁶ Acedo Penco, *Derecho de...*, 341. También trata cada una de estas modalidades de responsabilidad en forma individualizada, Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 209-249, 377-452, 465-495; Lasarte, *Curso de...*, 371-380.

embargo, está exento de responder cuando su incumplimiento ha sido provocado por caso fortuito. El deudor de buena fe sólo responde en los límites del daño previsible en el momento de contratar, mientras que el deudor doloso, es responsable de todos los que conocidamente deriven del incumplimiento de la obligación. Así, la indemnización de los daños y perjuicios, se compone por el valor de la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia que haya dejado de obtener.⁷⁹⁷

No obstante, no hay que perder de vista que según lo que la mayoría de ordenamientos jurídicos establecen, principalmente el ordenamiento jurídico español, estamos ante la presencia de dos tipos de responsabilidades, *-en principio-*, cada una independiente de la otra *-aunque pertenezcan a la misma familia-*, se instaurarán en acomodo a dos supuestos:

a) La presencia o existencia de un contrato, que vincula a las partes que lo estipularon, consituyéndose como una relación obligatoria previa, pero que ha sido incumplido el objeto por alguna de ellas *-de forma total o se ha dado un cumplimiento inexacto o parcial-*,⁷⁹⁸ al cual se comprometió. Hecho jurídico que desencadena lo que el campo doctrinario conoce como **“Responsabilidad Civil Contractual”**. El CC español la contempla de la siguiente manera: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”* (artículo 1101 CC español). En suma, este tipo de responsabilidad nace cuando *“... el hecho dañoso viene producido, precisamente como resultado del incumplimiento de un contrato, y viene a menoscabar precisamente el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano. El clásico principio romano del naeminem laedere se traduce aquí en un no dañar a este concreto acreedor”*.⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ *Ibíd.*

⁷⁹⁸ Fernando Peña López, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por José Manuel Busto Lago y Fernando Reglero Campos, segunda edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2013), 51.

⁷⁹⁹ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 100.

b) No existe un contrato previo. Muchas veces, las personas pueden llegar a vincularse, sin que haya existido una relación jurídica previa entre quien causó el daño y la víctima, que es quien lo padece, es decir, su relación se ha originado simplemente ante la presencia de ese daño en concreto. Justamente, la inexistencia de un vínculo obligatorio o relación jurídica preexistente entre aquellas personas, es la característica principal de la **“Responsabilidad Civil Extracontractual”**, destacando su designación más acertada, a pesar de que sea comúnmente conocida e invocada por la jurisprudencia española como **“Responsabilidad Civil”**, **“Responsabilidad Extracontractual”** o **“Responsabilidad Aquiliana”**.

El CC español consagra este tipo de responsabilidad, estableciendo que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”* (artículo 1902). El principio *“Alterum non laedere”* en esta clase de responsabilidad, se traduce en el deber de *“no dañar”* a la totalidad de una colectividad y no sólo a una concreta y determinada persona. En suma, *“... la obligación de reparar no surge del incumplimiento de una obligación previa existente, sino del mero hecho de haberse producido un daño”*.⁸⁰⁰ En este caso, la violación trasciende el límite ético del genérico deber de conducta de *“no dañar a los demás”*.⁸⁰¹

⁸⁰⁰ Lasarte, *Curso de...*, 371-372. En igual sentido, Peña López, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 51. El autor recalca que la causación del daño ha surgido sin que medie una relación contractual previa entre dañante y perjudicado (*presupuesto de la responsabilidad extracontractual*), incluso *“preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio”*.

⁸⁰¹ Ejemplos claros son: Un accidente de tráfico (*motociclista que atropella a un peatón que cruzaba por el paso zebra*); daños causados por explosión producida durante un incendio, provocada por la existencia de una claraboya en el patio de luces; la cosecha que se pierde por efecto de la contaminación del río por los residuos tóxicos vertido por una fábrica; el daño que provoca un avión que se estrella contra una vivienda; accidente en festejo taurino, venta a menores de un producto determinado para hacer experimentos; la intoxicación de varios consumidores de productos defectuosos; fallecimiento de un trabajador en accidente de trabajo; falta de advertencia de un riesgo posible tras una cirugía, entre otros. Vid., Rodrigo Bercovitz Rodríguez, *Responsabilidad Extracontractual*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, primera edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2010), 629-1106; Salvador Coderch y Ramos González, «150 casos», 3-188.

Ambas categorías de responsabilidades, presentan divergencias tanto desde el punto de vista sustantivo (*en relación con el criterio de imputación, especialmente con el diferente grado de culpa exigible al autor del daño; la legitimación para reclamar la indemnización; el grupo de personas que deben responder directamente o por hecho ajeno y su capacidad; la naturaleza de la obligación en caso de pluralidad de responsables; los daños indemnizables; el régimen de prescripción y las causas de extinción de la obligación; la existencia de convenciones entre las partes dirigidas a modificar el régimen de la responsabilidad, etc.*), como desde el punto de vista procesal (*en cuanto al planteamiento de la “causa petendi”; la competencia judicial territorial, el juicio aplicable en razón de la materia y temas relacionados con la carga de la prueba*), las cuales han sido cuestionadas por la doctrina durante varios años. Sin embargo, en la realidad práctica los problemas más controvertidos se concretan en la existencia de pactos de modificación de la responsabilidad, la competencia judicial, la naturaleza de la acción ejercitada y la aplicación del principio de congruencia, la diferente regulación de la responsabilidad por hecho ajeno y el régimen prescriptivo.⁸⁰²

A partir de aquí, centrándonos en algunos de los mayores interrogantes planteados relativo al problema de delimitación que les envuelve, es latente aquel que cuestiona si *¿Son figuras jurídicas idénticas, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual o en verdad son instituciones diferentes, de diversa naturaleza y con fundamento distinto?* Pero si ambas provienen del incumplimiento de un deber genérico “No dañar” y buscan resarcir el daño causado. Entonces *¿Qué acción se debe ejercitar en aquellos casos en los cuales concurren dudas respecto al ámbito dentro del cuál se ha producido efectivamente un daño -contractual o extracontractual-?, ¿Puede incurrir el autor en doble responsabilidad ante la reclamación genérica por parte de la víctima, sustentada en aquel deber genérico?*

Estamos ante la presencia de lo que doctrinariamente se conoce como “casos fronterizos” o “zonas mixtas” de difícil solución. En palabras del profesor Mariano Yzquierdo,⁸⁰³ “Un mismo hecho, de

⁸⁰² Peña López, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 52-53.

⁸⁰³ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 129.

*autor único, genera responsabilidad en ambos tipos y por distintos títulos”, es decir, un daño proveniente de un incumplimiento contractual, ocasiona un perjuicio al co-contratante, pero además, causa un menoscabo en los bienes o derechos de un tercero foráneo a aquella relación.*⁸⁰⁴ No es el caso, como bien dice el autor, del daño causado por diferentes personas, de las cuales una era la contratante de la víctima y la otra no. Se trataría de *“Un mismo hecho, protagonizado por una pluralidad de agentes, hace generar en cada uno de ellos una especie distinta de responsabilidad”*. En tal caso, procedería la acción de responsabilidad contractual contra la primera y la de responsabilidad aquiliana contra la segunda.

Generalmente, los supuestos fronterizos que presentan dificultades para circunscribir si estamos dentro de la esfera contractual o extracontractual, se compendian en los tres siguientes:⁸⁰⁵

1.- Daños derivados de situaciones precontractuales, postcontractuales o paracontractuales. En estos casos a pesar de no haber suscrito un contrato expresamente, existe una relación previa relacionada con una situación de naturaleza contractual, como por ejemplo aquellos que daños derivados de los tratos precontractuales (*“culpa in contrahendo”*) o con los daños posteriores a la resolución o declaración de nulidad del contrato, etc.

⁸⁰⁴ Laura López de la Cruz et al., *Estructura general de la responsabilidad extracontractual. Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 15. Según estos doctrinarios, *“La acción de responsabilidad fundada en la culpa contractual tiene un régimen jurídico distinto de la basada en la extracontractual, como derivadas de títulos y causas diferentes, aunque su finalidad última sea análoga, pues de una y de otra nace la responsabilidad que de estos dos supuestos resulta de los artículos 1101 y 1902 del CC. La responsabilidad contractual trae causa del incumplimiento de una relación obligatoria entre acreedor y deudor, que ordinariamente es un contrato, pero que puede ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público o, en general en cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento”*. A su criterio, la responsabilidad extracontractual deriva del principio general de *“no dañar a otro”* y por lo tanto, según deducen ésta se produce *“con total independencia de las posibles obligaciones contractuales o de otro tipo que existan entre las partes; diversidad reguladora que tiene especial importancia puesto que ambas originan acciones diferentes encontrando su principal diferencia en materia de prescripción...”*.

⁸⁰⁵ Peña López, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 54-57.

2.- Preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual, pero análoga a ella. Son aquellas situaciones en las que la relación jurídica que media entre las partes no es justamente de naturaleza contractual, sino otra diferente de la que derivan ciertas obligaciones (“*ex lege*”). Así por ejemplo, las que median entre Organismos de Seguridad Social y sus afiliados o las originadas de los servicios públicos como pago de tasas, o daños derivados por el mal funcionamiento de la empresa pública de alcantarillado, etc. Hoy, esta problemática ha sido superada, gracias a la intervención legislativa, trasladando esta materia al ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, regulada por la actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Ley Orgánica del Poder Judicial (*artículo 9.4*) y el Código Penal (*artículo 121*).

3.- La causación de daños extrapatrimoniales en el marco de una relación contractual. La consecuencia que trae consigo este supuesto, está representada por los daños corporales, morales o patrimoniales que una de las partes sufre, con motivo de la ejecución de la prestación (*comprometiendo su vida, salud e integridad física o determinados bienes*), por la inobservancia de los deberes de diligencia que le son exigibles al deudor y que pueden ocasionar lesiones psicofísicas del acreedor o incluso provocar su muerte. Ejemplos claros son los daños que devienen de un contrato de transporte (*de personas*), el de trabajo, el de suministro de ciertos productos y con la prestación de ciertos servicios, como los sanitarios, etc. Junto a ellos se han suscitado también problemas de calificación respecto de ciertos daños derivados de relaciones arrendaticias. Lo que resulta complicado en estos casos, es dilucidar si los daños son consecuencia específica de incumplimiento de contrato o si el contrato se traduce en un mero antecedente causal del acaecimiento del daño que es ajena a la órbita contractual.

4.2 Teorías

La doctrina, en aras a solventar la problemática e interrogantes expuestos, ha desarrollado varias teorías:

a) La Teoría del Concurso de Pretensiones

Simultáneamente concurren dos pretensiones -*responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual*-. He aquí cuando el derecho procesal debe determinar la vía más idónea para lograr la indemnización (*lo más íntegra posible*) del daño, según cada caso en particular. Los interrogantes antes planteados se vuelven relevantes en este momento y con la finalidad de resolverlos, acudimos a la dogmática procesal, en la cual se contemplan dos posibilidades respecto del concurso de pretensiones. La primera, fundamentada en la “*Doctrina de la Individualización*”, que entiende que la “*causa petendi*” se compone por el elemento fáctico y por el normativo o jurídico propiamente dicho. En este caso, el demandante acudirá ante el juez, sustentando su reclamación en el incumplimiento contractual o en la violación del deber genérico de no dañar al resto, pues lo que en definitiva buscará, es quedar indemne frente al daño sufrido. La segunda posibilidad, es aquella cimentada en razón de la “*Doctrina de la Sustanciación*”, que a diferencia de la anterior, prefija que la “*causa petendi*”, se constituye única y exclusivamente por el elemento fáctico o relato histórico, que ha de servir de base para que el actor instaure su respectiva pretensión.⁸⁰⁶

La Teoría del Concurso de Pretensiones se ramifica en dos teorías, que cocolan al actor en dos escenarios distintos:

- 1.- El que le permite optar por la una vía u otra, según su conveniencia.
- 2.- El que considera que las pretensiones son diferentes y además incompatibles.

a.1 La Teoría de la Opción

La posibilidad de selección de la pretensión que más le convenga al perjudicado - *en las aludidas zonas fronterizas*-, para lograr que el daño sufrido sea indemnizado, es el fundamento de esta teoría. Fue propugnada por la doctrina francesa, por los autores contrarios a la

⁸⁰⁶ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 129-130.

tesis del “*non cumul*” y tan defendida en su momento en España. Nos encontramos ante la presencia de dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas, lo cual coloca a la víctima en una situación decisiva -*a pesar de su potestad selectiva*- para elegir entre ambas vías, solamente una opción. Una vez efectuada la elección, estaría impedida *a posteriori*, de ampararse en la opción excluida, ya que en el marco de la teoría de la individualización, supondría una “*mutatio libelli*”.⁸⁰⁷

En consecuencia, en una sentencia puede surgir el “*problema de la incongruencia*”, que como bien señala Gómez Pomar,⁸⁰⁸ la jurisprudencia española se ha mostrado preocupada, más aún “*si el demandante ha fundado su pretensión sólo en las normas de responsabilidad contractual o sólo en las de responsabilidad extracontractual y ha concedido la indemnización con base en las normas de la extracontractual en el primer caso y de la contractual en el segundo*”. El efecto directo sería, una sentencia con vicio de incongruencia, efectivamente.

Es el caso, como bien ejemplifica el autor, en el que “*el demandante fundara la pretensión de indemnización sobre la base del art.1101 CC y el tribunal la concediera con base en el art. 1902 CC, la resolución no se ajustaría al contenido de la demanda*”. La víctima, únicamente, podría valerse de la opción excluida si la demanda ha sido rechazada. De esta manera, la pretensión podría ser interpuesta en un nuevo proceso sin ningún problema, ya que al ser diferentes e independientes, no cabe hablar de que existió cosa juzgada ni litispendencia.

Esta teoría ha sido muy criticada, sobretodo por suponer que ha sido consecuencia directa de la doctrina de “*la rigurosa órbita de lo pactado*”.⁸⁰⁹ En la actualidad, a consecuencia de la aprobación de la

⁸⁰⁷ Ibid., 131.

⁸⁰⁸ Gómez Pomar, *Curso de...*, 10-11.

⁸⁰⁹ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 132. El autor propone ejemplos recogidos de algunas sentencias que se dieron en los años 90, entre las más famosas una de ellas se refiere al transporte marítimo con pérdida de la mercancía, en la cual se reconoció lícito que los actores hayan apoyado su pretensión en el artículo 1902 del CC, por ser un caso en el que el acreedor puede elegir entre culpa contractual y extracontractual, tan difíciles de deslindar en los casos de contratos de resultado, cuyo cumplimiento depende de la pericia del

Ley de Enjuiciamiento Civil,⁸¹⁰ esta teoría ha sido ya desalojada del ámbito jurisprudencial,⁸¹¹ pues determina, la selección de una pretensión con exclusión de la otra, exigiendo que se justifique “*la causa petendi*” en afinidad con lo que predica la doctrina de la individualización, descartando la posibilidad de “*reservar su alegación para un proceso ulterior*”.⁸¹² Sin embargo, para Díez-

deudor en situaciones en las que existen graves riesgos, como ocurre en la navegación marítima y en el transporte en general. Lamentablemente, este “*retorcido argumento*” como lo califica el autor, se puso de manifiesto en algunos casos de contratos que no son de resultado, como el supuesto de negligencia de un cirujano, en el cual se resolvió la concurrencia conjunta de los aspectos de ambos tipos de responsabilidad o el caso de la pérdida de unos productos almacenados en una cámara frigorífica propiedad de un Ayuntamiento, que una sociedad había contratado.

⁸¹⁰ Cf. Ley Enjuiciamiento Civil española, artículo 400.

⁸¹¹ Véase, STS, 1a, 4.3.2009 (RJ 1873), cuya causa versa sobre *Daños causados por el tabaco: prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual*. En esta sentencia, el TS nos recuerda, que: “*Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación*” (FD 3o). En suma, para hablar de la estricta órbita de lo pactado, se requiere no sólo la existencia previa de un contrato entre las partes, sino el hecho haya acaecido además como desarrollo de su contenido negocial.

⁸¹² Gómez Pomar, *Curso de...*, 11-12. El autor explica la tendencia adoptada por el TS. Explica que hay una tendencia mayoritaria, basada en que si se “*suscita la demanda con un fundamento jurídico, el tribunal no está condicionado por éste y puede basar la sentencia que condena al pago de una indemnización en otro, y ello no será incongruente si los hechos pueden servir de fundamento a cualquiera de las dos acciones y existe una pretensión indemnizatoria*”. Mientras tanto, anota el autor que la tendencia minoritaria es más restrictiva. Existen al respecto sentencias que entienden “*que la congruencia también afecta al fundamento jurídico de la demanda y no sólo a los hechos aportados. Según ésta, en los casos donde puede concurrir el art. 1101 CC y el art. 1902 CC, el demandante es libre de proporcionar sólo los hechos al tribunal sin aportar un fundamento jurídico u otro, o de ejercitar sólo una de las dos. Y el tribunal puede conceder en cada uno de estos casos sobre la base de uno u otro fundamento jurídico sin incurrir en incongruencia. Pero si el demandante escoge uno de estos fundamentos, el tribunal no lo puede alterar pues incurriría en incongruencia*”. Si bien la primera tendencia aparenta ser más beneficiosa para las víctimas del daño que buscan ser indemnizadas, tal como opina el autor, la tendencia minoritaria, parece estar ajustada al principio de congruencia, tal y como resulta del artículo 218.1 LEC.

Picazo,⁸¹³ la tesis opcional *-a pesar que ésta estima la posibilidad de que un comportamiento que proviene de un incumplimiento contractual, no obsta para que sea considerado a la vez como un daño extracontractual-*, puede tener un poco de utilidad práctica siempre y cuando se tenga en consideración que *“para la definición de los deberes cuya inobservancia determina la culpa ha de tenerse en cuenta la relación contractual que exista entre las partes y que el sistema opcional es rigurosamente inaplicable en aquellos casos en que el contrato contenga reglas de conducta que comporten especiales sistemas de distribución de los riesgos o de los daños derivados de la ejecución del contrato”*. En definitiva, no resulta lógico que la específica distribución de los riesgos establecida por las partes *-manifestando su voluntad-* en el contrato, acordando expresamente la exclusión de la responsabilidad, puedan ser violados a través de una pretensión de responsabilidad civil extracontractual.

a.2 La Teoría de la Absorción o Incompatibilidad

Es la segunda tesis, la cual entiende que estamos hablando de dos categorías jurídicas *-pretensiones-* totalmente independientes. Mariano Yzquierdo,⁸¹⁴ parte su explicación a partir de *“lege lata”*,⁸¹⁵ manifestando que *“si se trata de pretensiones distintas y con regímenes jurídicos separados no cabe la opción, sino sólo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde”*. De esta manera, si ha existido una relación contractual preexistente entre el demandante y el demandado, la acción extracontractual estaría excluida, en cuyo caso como dice el autor *“la norma genérica de responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido la deseada por las partes”*.

⁸¹³ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 230-231.

⁸¹⁴ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 133-134. El autor considera que dogmáticamente esta teoría es la más correcta, aunque poco aconsejable en la práctica, pudiendo resultar menos beneficiosa para la víctima, ya que su uso *“puede llevar a la víctima a no encontrar un resarcimiento tan amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales”*.

⁸¹⁵ Locución jurídica que usa el autor para denotar que su análisis se fundamenta en la ley existente, es decir, de conformidad con la realidad legislativa establecida.

El mayor problema que circundaba a los dos campos de responsabilidad, era el relativo al plazo de prescripción de la acción.⁸¹⁶ La víctima se podía ver constreñida a entablar una u otra acción, en razón de la conveniencia de que ésta no prescriba en un plazo tan breve. Sin embargo, puede que acaezca una falta de sinergia si por ejemplo, ejerce la acción extracontractual con la finalidad de obtener un mayor resarcimiento, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo prescriptivo (*1 año*), que es mucho más breve que el que garantiza la responsabilidad contractual (*5 años*), o, *a contrario sensu*, se resigne a obtener una corta indemnización por los daños sufridos, si el plazo ya ha transcurrido. Lamentablemente, la parte afectada, lograría únicamente un resarcimiento limitado por los daños sufridos, producto del incumplimiento contractual, previstos por las partes o que se hayan podido prever.⁸¹⁷

La tesis de esta teoría, tuvo gran aceptación en España y autores de alto reconocimiento como Pantaleón, De Cossío, Bercovitz, Igartua Arregui, Vila Ribas, compartieron esta tesis, sobretodo en aquellos casos en los que el daño haya surgido por incumplimiento de una prestación accesoria, íntimamente ligada a la naturaleza del contrato: Las famosas “*obligaciones de seguridad*”.⁸¹⁸ Concibieron que en estos casos, el contrato “*absorbe*” todo lo que se encuentra dentro de su ámbito natural, por lo cual, si se generan daños en el desarrollo de obligaciones externas al marco contractual, pero previamente existentes entre las partes como vínculos jurídicos, su eventual reparación se llevará a cabo con arreglo a la normativa contractual.⁸¹⁹

⁸¹⁶ Antes de la reforma que introdujo la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el plazo de prescripción de la acción era de 15 años. Vid., Bercovitz Rodríguez-Cano, *Las modificaciones...*, 1077-1083.

⁸¹⁷ CC. español, artículo 1.107.1: “*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*”.

⁸¹⁸ Sentencia de 16 de junio de 2003 (*RJ 2003, 5637*), ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, que trata sobre la responsabilidad civil extracontractual del arquitecto superior y el arquitecto técnico por los daños que han surgido debido a la falta de mínimas medidas de seguridad en la obra, provocando la caída de un trabajador en la construcción.

⁸¹⁹ El análisis de esta teoría no la refieren en forma individualizada, autores como Acedo Penco, De Ángel Yágüez, quienes en sus obras principales, únicamente

De una u otra forma, lo que a simple vista se ve, es que si fuera tan sencillo a la hora de resolver un caso por la vía judicial, la parte demandante no se vería tan dudosa en advertir cuál de las dos pretensiones es la que mejor resultado *-mayor resarcimiento-* le va proporcionar, razón por la cual se nutre de los criterios y normas tanto de la una como de la otra *-contractual y extracontractual-*. De esta manera, los jueces aplicarían el artículo 1258 del CC español sin ningún reparo, sin admitir compatibilidad entre el deber de cumplir los contratos sin causar daños y los artículos 1104 y 1902 CC.⁸²⁰

Díez-Picazo,⁸²¹ ejemplifica esta situación con el régimen jurídico del condominio. A partir de aquí, exterioriza su falta de acuerdo con las tendencias de redefinición de la responsabilidad contractual, que a su criterio, la doctrina y la jurisprudencia han buscado por una parte, ampliar su ámbito de aplicación englobando dentro de ella a aquellos daños que puedan surgir como consecuencia del desarrollo de obligaciones de carácter no contractual, pero previamente existentes entre las partes como vínculos jurídicos, tal como en el ejemplo anteriormente citado. Mientras tanto, por otra parte, “*ad nauseam*”, ha restringido la aplicación de la responsabilidad contractual para dar mayor cabida a la extracontractual.

El fundamento de su desacuerdo, lo construye en razón de que se piensa que siempre que existe algún vínculo jurídico no nos encontramos ante responsabilidad extracontractual, porque ésta debe quedar reducida al ámbito de accidentes entre personas que no tuvieron previamente ninguna relación jurídica entre ellas. De esta manera, la responsabilidad contractual, equivaldría a ser una “*responsabilidad obligacional*”, ya que los artículos 1.101 y ss del

analizan la Teoría Unitaria, la Teoría del Concurso de Normas: Yuxtaposición de responsabilidades y la Teoría de la Unidad de la Culpa Civil, dejando de un lado las teorías de los procesalistas (*Teoría Individualista y Teoría de la sustanciación*). Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 227-229, expone en forma deductiva, en el análisis que hace de las “*Tendencias hacia la refinición de la responsabilidad contractual*”.

⁸²⁰ Es la explicación que se podría dar al abuso del artículo 1902, para establecer pretensiones con carácter indemnizatorio a pesar de que el daño provenga de un incumplimiento contractual, con el pretexto de que se ha violado el deber genérico de “*no hacer daño a nadie*”.

⁸²¹ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 228-229.

CC hablan abstractamente de obligación, sin hacer ninguna referencia a la fuente de ésta, lo cual carece de sentido porque las normas del título general de las obligaciones sólo tendrían cabal sentido cuando se refieran a obligaciones contractuales como en el caso del derecho francés que expresamente sí lo menciona; y, resulta que *“la responsabilidad contractual y la falta de responsabilidad, tienen su fundamento en los compromisos específicos, deberes y delimitaciones de riesgos que en el contrato se han efectuado, lo que no tiene sentido cuando entre las partes existe una obligación no contractual”*.

Remitiéndose a la fórmula de la *“órbita estricta de lo pactado”*, que el Tribunal Supremo ha hecho uso en exceso, critica además, que el contrato sea entendido únicamente atendiendo a *“lo expresamente pactado”*. Al tenor de lo que dispone el artículo 1258 CC,⁸²² está claro que *“los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios, como pueden ser los deberes de información⁸²³ o de protección,⁸²⁴ son también deberes contractuales”*, cuya violación genera responsabilidad de carácter contractual estrictamente, lo cual argumenta la falta de solidez de lo planteado. Con estos argumentos, el autor resta credibilidad a lo que plasma esta teoría, considerando que *“...cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas... es un intento baldío”*. Lo que hay que entender es que cualquier incumplimiento de estos deberes

⁸²² CC. español, artículo 1.258: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

⁸²³ Explicar cómo se debe usar una máquina o indicar la forma de utilizar la medicina con sus contraindicaciones son ejemplos de los deberes de información, los cuales recaen sobre el contratante que posee la información necesaria o sobre aquel a quien es más accesible, tanto para la utilidad de la prestación como en el primer caso o para poner en conocimiento de la otra parte los riesgos o los peligros en los que puede caer por el disfrute como en el segundo caso. Vid., Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 229).

⁸²⁴ Los deberes de protección *-denominados así por la doctrina moderna-*, buscan evitar los riesgos o la posibilidad de que se ocasionen daños durante la ejecución del contrato (por ejemplo: las medidas de higiene y seguridad en el trabajo) o en lo posterior, una vez que haya sido ejecutado. Vid., Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 229.

accesorios integrados en la relación contractual genera también responsabilidad de tipo contractual.

En países como Italia y Francia esta teoría ha repercutido con bastante difusión dentro de su doctrina y jurisprudencia. En Francia se conoce como el principio “*Non cumul*”, en virtud del cual la normativa extracontractual no tiene cabida en el fuero contractual. Resulta ser el techo bajo el cual, el órgano jurisdiccional se ampara para rechazar la aplicación de la regla *-de no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual-*, evitando de esta manera que las reglas extracontractuales intervengan en el área reservada exclusivamente a la responsabilidad contractual, debido a la amenaza que ello supone, porque provocaría una modificación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato y del régimen particular que a éstas le rige.⁸²⁵

b) La Teoría Unitaria

La hipótesis de esta teoría está centrada en desvirtuar una posible distinción entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. Es irrelevante que el daño se haya generado como producto de la existencia o inexistencia de un contrato previo. En ambos casos, el efecto que se persigue es reparar el daño a quien lo ha padecido.

Ángel Acedo Ponce,⁸²⁶ no les quita del todo razón a los seguidores de esta teoría. Sin embargo, la critica poniendo de relieve lo que sucede en la práctica. Al respecto arguye que “...*más allá de los planteamientos puramente teóricos, en la práctica son muy distintos los fundamentos de los regímenes jurídicos aplicables a la responsabilidad contractual (artículo 1101 CC) y a la extracontractual (artículo 1902 CC), con el agravante de que no siempre es fácil distinguir cuándo se está ante uno u otro régimen*”. En esta línea Mariano Yzquierdo Tolsada, reconoce que en la

⁸²⁵ Geneviève Viney, «Introduction à la responsabilité. L’avenir de la distinction entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle», *Ius et veritas* 43, tercera edición (2008): 36.

⁸²⁶ Acedo Penco, *Derecho de...*, 342.

actualidad se ha considerado que si bien son cosas distintas, tampoco es que conforman “*compartimentos estancos*”.⁸²⁷

b.1 La Teoría del Concurso de Normas: “La Yuxtaposición de responsabilidades y la unidad de la culpa civil”

Incorporada esta tesis como un *principio predominante* en la doctrina jurisprudencial española. Su denominación y justificación responden a la posibilidad de ejercitar *-alternativa y subsidiariamente-* las acciones legales que la institución de la responsabilidad civil brinda, *- responsabilidad civil contractual y civil extracontractual-*, ante aquellos supuestos que se enmarquen dentro de las “*zonas mixtas*” o “*zonas grises*” referidas por un gran sector de la doctrina y que han generado polémica no sólo por la brevedad del plazo prescriptivo que se otorgaba para ejercer la acción civil extracontractual, sino por el hecho de que coexiste un problema de aplicación entre ambos regímenes de responsabilidades.

El punto de partida de la teoría del concurso de normas, es que no existe independencia entre ambas pretensiones. A partir de aquí, lo que se admite con carácter general, es que la lesión del derecho del acreedor ha resultado del incumplimiento de una obligación contractual a cargo del deudor y de un acto ilícito civil cometido por

⁸²⁷ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 101-104. El autor analiza en su obra las principales diferencias entre ambos regímenes. Para profundizar más en las diferencias entre ambos sistemas de responsabilidad, acudir a Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 209-226; Acedo Penco, *Derecho de...*, 341-342; Luis Fernando Reglero Campos, «Responsabilidad Extracontractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, primera edición, de Rodrigo Bercovitz Rodríguez, (Navarra- Aranzadi S.A., 2010), 372. El autor coteja lo dicho en un comentario que hace a la STS de 23 de diciembre de 2004 (*RJ 2005, 82*), manifestado que la problemática entre responsabilidad contractual como extracontractual dejaría de serlo con “*sólo unificar ambos regímenes de responsabilidad, cuyas (diferencias son, las más de las veces, más teóricas que reales)*”, o al menos se reduciría a casos anecdóticos y excepcionales si se unificara los regímenes de prescripción de ambos tipos de responsabilidad, ya que “*... son cuestiones de esta naturaleza las que están detrás de las discusiones sobre si estamos ante una responsabilidad de uno u otro tipo, dejando aparte los aspectos procesales, que en definitiva se suscitan por las eventuales diferencias sustantivas*”.

un tercero sin que haya existido alguna relación contractual previa, “*si concurren ambos con su actuación a lesionar los intereses del acreedor o perjudicado, todos los responsables responden por los daños ocasionados por su actuación*”.⁸²⁸

El propio Tribunal Supremo ha reconocido este lóbrego escenario, en virtud del cual, un determinado evento dañoso *-el mismo hecho-*, producto de una violación de una obligación contractual, al mismo tiempo ha vulnerado o infringido el deber general de no causar daño al otro (*alterum non laedere*) y que doctrinariamente se lo ha calificado como “*yuxtaposición de responsabilidades*” (*contractual y extracontractual*). Este hecho suscita la posibilidad de ejercer las acciones antes referidas, alternativa y subsidiariamente, o si se quiere optar por alguna de ellas o incluso facilitando los hechos al juez para que él aplique las normas en concurso que más se ajusten a ellos. Todo ello con el único propósito *-en beneficio de la víctima-*, que es la aspiración de lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.⁸²⁹

No coexisten dos pretensiones. Existe sólo una. En este caso, la “*causa petendi*” está integrada exclusivamente por el elemento fáctico o por el conjunto de hechos (*teoría de la sustanciación*), entonces el demandante debe limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria, más no ha de calificar los hechos ni etiquetar la demanda, en virtud del principio “*Iura novit curia*”.⁸³⁰

⁸²⁸ Luis Puig Ferriol, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, de Juan Antonio Moreno Martínez (Madrid: Dykinson S.L., 2007), 889-893.

⁸²⁹ Luis Fernando Reglero Campos (*versión actualizada de Fernando Peña López*), «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por José Manuel Busto Lago y Luis Fernando Reglero Campos, segunda edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2013), 57. Vid., Bercovitz Rodríguez, *Responsabilidad Extracontractual*, 371-377.

⁸³⁰ Luis Fernando Reglero Campos, «Responsabilidad Extracontractual», 371-374. El autor hace un análisis y comentario de la SSTS 23 de diciembre de 2004 (*RJ 2005*, 82. Ponente: Exmo. SR. D. Francisco Marín Casán), poniendo énfasis en que el principio “*Iura novit curia*”, en el que los jueces y los tribunales se basan para aplicar una norma por considerarla adecuada, sin estricto acomodo a la que las partes hayan literalmente escrito “*tiene como límite infranqueable el respeto a la “causa petendi” es decir, al hecho debatido, y a la norma que éste naturalmente postule, sin que puedan aquéllos ampliar su decisión a extremos no controvertidos, no propuestos o no tenidos en cuenta por las partes, ya en la acción como en la defensa, pues ello constituiría extralimitación que impediría el*

En caso de que el demandante haga caso omiso a lo referido, el efecto sería no vinculante para el órgano jurisdiccional (*para el Tribunal*). Esta atribución es competencia exclusiva del juez. Él es quien goza de plena libertad y facultad para modificar la calificación (*intercambiar los argumentos y acomodarlos*), de manera diferente a la que realizó el actor en su pretensión, sin que ello signifique mutación del objeto litigioso ni suponga indefensión en los demandados (*siempre que los hechos sirvan de argumento para cualquiera de ambas acciones*). Lo importante e inmutables son los hechos, mientras que la cita legal es alterable, lo cual impide que el fallo adolezca de “vicio de incongruencia”, en virtud del brocardo “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.⁸³¹

Tan dudoso y complejo se puede convertir un caso en particular, por no saber a ciencia cierta, en materia de litigio al menos, si se debe acudir en la vía judicial, ejercitando la acción que brinda la responsabilidad civil contractual o la responsabilidad civil extracontractual o si por defecto ambos regímenes concurren simultáneamente, *¿Cómo se debe proceder entonces?*

La jurisprudencia española de los últimos años, tal como lo hemos manifestado, se ha pronunciado en sentido favorable con la doctrina de “*Unidad de la culpa civil*”, sobretodo cuando los daños han recaído sobre determinados bienes que por la relevancia que implican, (*como por ejemplo la vida o la integridad física de una persona*), a pesar de haber sido consecuencia del incumplimiento de cláusulas contractuales, originan la posibilidad de ser considerados objeto de un deber general de protección. Por consiguiente, la aplicación de esta teoría, ha prevalecido principalmente en materia de responsabilidad médica, donde la presencia de aquellas “*zonas mixtas*” es notoria. No obstante, esta teoría se aplicó erróneamente en materia sanitaria, cuyo régimen especial previsto en las leyes administrativas, es sin duda, el que se debe aplicar⁸³² (*Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*).

normal uso de la defensa jurídica, causando indefensión”. Vid., Reglero Campos, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 57-61.

⁸³¹ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 134-137.

⁸³² Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 138-140.

Ahora bien, la regla general de prescripción que preferentemente ha sido adoptada por la jurisprudencia, ha sido la aplicación de los preceptos que regulan la responsabilidad civil contractual, ya que ésta puede resultar más beneficiosa para los demandantes, si prestamos atención a la ventaja que ésta brinda respecto al plazo para ejercer la acción; totalmente opuesto con el que el régimen extracontractual concede.⁸³³

En Alemania, para resolver aquellos casos que se constituyen en “zonas mixtas”, acuden a la teoría de la “conurrencia de las pretensiones”, pudiendo coexistir ambos tipos de responsabilidades, dando origen a pretensiones individuales y concurrentes. El sustento de su doctrina radica en que el deber general de no lesionar a los demás, persiste en todo momento y está direccionado a todos los sujetos, el cual no desaparece por el hecho de que un contrato exista. No obstante, las lesiones corporales y muertes ocasionados en la fase de ejecución de relaciones contractuales, como por ejemplo, contrato de transporte de pasajeros (*en cuyo billete consta expresamente que la compañía está exenta de responsabilidad en estos casos*), han sido considerados frecuentemente, por la jurisprudencia española y la francesa como casos de responsabilidad extracontractual aún cuando parece resultar a toda luz notoria la naturaleza contractual. De igual manera, los accidentes a consecuencia del trabajo o las enfermedades profesionales contraídos con esta ocasión, que guardan armonía con los derechos consagrados y reconocidos por la legislación laboral y normas de seguridad social (*que no definen el tipo de responsabilidad*), han sido considerados por la jurisprudencia española como supuestos de responsabilidad extracontractual. Incluso, en el caso de daños con ocasión de servicios profesionales médicos o centros hospitalarios, se alude a responsabilidad extracontractual, con abstracción de si la medicina es pública o privada (*siendo manifiesta la relación contractual en esta última*).⁸³⁴

En suma, a nivel jurisprudencial, el carácter “predominante” de esta tesis va ligada a la viabilidad de la aplicación del régimen extracontractual, a pesar de que exista un contrato previo entre

⁸³³ Acedo Penco, *Derecho de...*, 343-344.

⁸³⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 214-216. El autor considera que estos casos son de naturaleza contractual.

quien causó el daño y la víctima en particular, siempre y cuando el daño no haya sido causado dentro de la “*estricta órbita de lo pactado*”, por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque su acaecimiento se haya producido durante su ejecución. En consecuencia, “... *el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o acumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 y concordantes del Código Civil) y la de la responsabilidad contractual (artículos 1101 y concordantes del mismo Cuerpo legal)*”,⁸³⁵ sin que ello signifique que se pueda invocar la aplicación del régimen contractual a una responsabilidad nacida fuera del ámbito subjetivo del contrato.⁸³⁶

Díez - Picazo,⁸³⁷ exhorta que el principio de la unidad de la culpa civil “*es una total falacia*”. Pone en evidencia que la situación de aquel que ha comprometido su actividad o el resultado de ella frente a otro, debiendo cumplir ciertos deberes, difiere plenamente de aquel que ha causado un daño a otro sin relación jurídica previa o algún compromiso en especial. Critica la injustificada ampliación del ámbito de aplicación del artículo 1.104 del CC español a asuntos de carácter netamente extracontractual. El autor niega la compatibilidad entre los artículos 1.902 y 1.104 del CC español, resaltando sobretodo el hecho de que el artículo 1.104 CC habla de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación, refiriéndose a un negocio jurídico como tal. Esto no significa entonces, que deba entenderse como extracontractual algo que en realidad no lo es. El contrato puede contener no sólo reglas que regulen la diligencia a prestar, sino normas que regulan la distribución de los riesgos y especial definiciones de la responsabilidad. De aquí, la razón por la cual, tal como afirma autor “*quien después de adoptar y aceptar este tipo de compromisos y las formas de distribuir el riesgo y la responsabilidad, acude, para fundar su demanda, a las reglas de la responsabilidad extracontractual, está haciendo algún tipo de trampas en el juego, que deben determinar la inadecuación de dicha demanda*”.

⁸³⁵ Acedo Penco, *Derecho de...*, 343.

⁸³⁶ Veáse, análisis de la STS, 1ª, 30.5.2014, (RJ 2014\4217). MP: Ignacio Sancho Gargallo. Responsabilidad contractual, extracontractual y doctrina de la unidad de la culpa civil: reclamación por responsabilidad profesional, en Salvador Coderch y Ramos González, «150 casos», 27-28,

⁸³⁷ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 227.

En la misma línea trazada por este profesor, Yzquierdo Tolsada,⁸³⁸ exterioriza su desacuerdo con la pretendida teoría. Centra su posición en dos vicisitudes, al tenor de las cuales, *“una cosa es que el concepto de culpa del artículo 1104 de CC español valga para definir también la culpa extracontractual y otra bien distinta que cada vez que nos situemos ante un supuesto de los pretendidamente borrosos ... se pueda ejercer una acción determinada, darle cumplido etiquetaje, configurar la litis y, de repente, como quien no quiera la cosa, caer en la cuenta de que en realidad se desea ejercitar una acción distinta...”*; y, otra, que según su criterio *“no es viable... en ordenamientos que, como el español, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No parece bueno para la seguridad jurídica que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, y hasta en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de derecho...”*, criticando la extensa discrecionalidad del juez.

Entonces, ***¿Cuál sería la solución para resolver el problema de la concurrencia de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual?*** Una vez más, Díez-Picazo,⁸³⁹ hace un aporte importante. El autor sugiere *“considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación se derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los unos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así, haciendo uso de lo necesario de la regla iura novit curia, una vez despejado el camino a través de la tesis sustancialista procesal”*.

La posición que adoptamos va de la mano con dicho criterio, más aún si nos remitimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (*artículo 218*),⁸⁴⁰ que a nuestro parecer nos coloca claramente ante a la teoría

⁸³⁸ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 134 - 139.

⁸³⁹ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 231.

⁸⁴⁰ Véase, Ley Enjuiciamiento Civil española. Artículo 218: *“Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación”*. 1. *“Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que*

individualista. Tomando en consideración que las sentencias “*deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes...*”, para quienes administran justicia, deberán resolver el pleito, sin apartarse de la “*causa petendi*”, atendiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los invocados por las partes, conforme a las normas aplicables al caso, así no hayan sido citadas o alegadas por los litigantes de manera acertada.

La norma invocada, hace referencia a un requisito obligatorio que debe ser impecable en las sentencias: “*La Motivación*”. Debe ir acompañada la motivación de los “*razonamientos fácticos y jurídicos*” tal como la “*causa petendi*”, que según la teoría individualista está integrada, es decir, no se compone únicamente por hechos fácticos, sino que está constituida por un ingrediente extra, el componente jurídico. Este último componente, va de la mano con el principio “*Iura Novit Curia*”, que reivindica el respeto a la “*causa petendi*” y limita el propio enjuiciamiento.

La doctrina jurisprudencial -*Tribunal Supremo español*-, demuestra que ha aplicado las diferentes teorías expuestas, que versan sobre la “*conurrencia*” de responsabilidad contractual y extracontractual, tratando de delimitar si el daño se ha producido dentro del marco contractual o si más bien su origen ha sido extracontractual. Si bien sus pronunciamientos no han sido muy uniformes, apreciándose incongruencia en varias sentencias, por haber establecido responsabilidad contractual cuando la acción ejercitada se fundaba única y exclusivamente en los artículos 1902 y concordantes del CC. No obstante, consciente de la vertiginosa problemática que esta

aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

delimitación conceptual constriñe, el TS ha optado por renunciar a las diversas tesis consideradas, enfocando sus pronunciamientos de diferente manera. Mientras tanto, en otros fallos, tal como se expuso al analizar la teoría de la yuxtaposición de responsabilidades, la jurisprudencia reconoce que en general, esta tesis “*da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso, de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos*”, todo ello con el único propósito “*a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible*”, con lo cual se convertiría en la nueva fórmula de estilo adoptada. Tal como podemos observar si nos ceñimos a algunas de las sentencias ya citadas en su momento y que nos demuestran lo dicho.

A partir de los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha arguido enfáticamente que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando de plena libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio “*iura novit curia*”.

En suma, en la actualidad, se ha pronunciado en un sentido combinado, es decir, ha concedido al perjudicado un derecho de opción en conjunción con los principios procesales “*iura novit curia*” y “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, en relación directa con la doctrina que excluye la vinculación de los órganos jurisdiccionales con la “*causa petendi*”, cuando ésta haya sido calificada y fundamentada jurídicamente por las partes.⁸⁴¹ Ahora bien, si el requisito de la congruencia se emprende desde una perspectiva constitucional, parece que lo que impera es que el demandado no sufra indefensión, respetando lo que dispone el artículo 24.1 CE; indefensión que podría surgir si entablada la acción en el artículo 1.902 CC, cuyo plazo aplicable sería el de un año en relación con el artículo 1968.2 CC, el demandado se defendiera únicamente de su culpa extra-contractual procurando dicho plazo de prescripción y,

⁸⁴¹ Reglero Campos, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 57.

sin embargo, resulta que posteriormente una sentencia rechaza su aplicabilidad por considerar aplicable el de 5 años⁸⁴² del artículo 1964 CC, por enmarcar el caso dentro de la responsabilidad contractual.⁸⁴³

Con la adopción de esta nueva tendencia doctrinal, la fórmula de la “*rigurosa órbita de lo pactado*” quedaría desertada en gran medida y aunque en alguna ocasiones se la continúe empleando, el enfoque tiene una mirada distinta, sin pretender que la acción tenga naturaleza extracontractual, sino más bien con la finalidad de que el perjudicado cuente con la opción de elegir la vía más propicia y conveniente, en virtud de las teorías de “*la unidad de culpa civil*” o “*la yuxtaposición de responsabilidades*”, a las que Reglero Campos,⁸⁴⁴ las considera “*títulos arquetípicos*”.

Sin duda, en razón de lo que la jurisprudencia reconoce, el demandante tiene la posibilidad de ejercer alternativa o subsidiariamente las acciones de ambos regímenes de responsabilidad ya descritos, y además, facilitar los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso, que más se ajusten a ellos. La conclusión a la que podemos llegar con todos estos precedentes, es que la jurisprudencia entiende que a pesar de la dualidad de sistemas de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, las normas que las rigen, regulan una única pretensión: la indemnización de los daños padecidos por la víctima - *el demandante- (el resarcimiento del daño lo más completo posible a favor de aquella)*. Claro está, que la calificación jurídica indemnizatoria de esta pretensión indemnizatoria para ser ejercitada, puede fundamentarse bien en las reglas de responsabilidad contractual, bien en las de responsabilidad extracontractual, o en ambos sistemas conjuntamente (*sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real*).

⁸⁴² Antes el plazo era de 15 años. Este cambio obedece a la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239 de fecha 6 de octubre de 2015), que entre sus cambios más significativos destaca el que afecta al régimen de prescripción por el que se reduce el plazo general establecido para las acciones personales de 15 a 5 años.

⁸⁴³ Reglero Campos, «Responsabilidad Extracontractual», 371. Análisis de la SSTs, 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82), Ponente: Exmo. SR. D. Francisco Marín Casán.

⁸⁴⁴ Reglero Campos, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 57.

Ésta sería la nueva fórmula de estilo adoptada, tal como podemos observar si nos ceñimos a algunas de las sentencias antes citadas. No obstante, una vez ejercitada esta pretensión, no cabe ni desestimación ni elusión del conocimiento de la causa, es decir, del fondo del asunto que versa sobre la materia de culpa civil, con la excusa de que la norma que el perjudicado ha invocado que sea aplicable, fue equivocada o errónea.

La petición lo que pretende es el resarcimiento, siendo indiferente que el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa, todo ello, en virtud de lo que emana el principio “*iura novit curia*”. Otra cosa sería, que el juez admita la posibilidad de que una de las partes, elija las normas de los dos sistemas que le resulten más convenientes, buscando aventajarse en su pretensión de la aplicación de aquellas que le sean más ventajosas o ejercitando ambas acciones simultáneamente (*no alternativamente*), aun cuando la lesión provenga de un mismo hecho y, buscando obviamente la duplicidad de indemnizaciones. Este hecho sí ha sido plenamente desechado por la jurisprudencia.⁸⁴⁵

c) La tendencia a la unificación

Ambos tipos de responsabilidades *-contractual y extracontractual-*, a pesar de tener varios puntos en comunes, no dejan de ser dos acciones sin pocas variantes, entre las cuales, aquella que versa sobre el plazo de prescripción para ejercer la acción determinada, ha sido una de las más controversiales dentro del campo doctrinario y jurisprudencial. Si a esto le sumamos además, la posición adoptada por el legislador español al promulgar la norma material, traducimos que la naturaleza jurídica de ambos regímenes es su transcendental característica distintiva.

No obstante, a pesar de las diferencias que pueden existir entre ambos tipos de responsabilidades, la doctrina mayoritaria considera que esta distinción es una cuestión de índole únicamente dogmática, además de innecesaria y contraproducente. Dejando al margen que un daño haya acaecido en la esfera contractual o no, la postulación de la doctrina, es que ante la presencia de un daño, éste debe ser

⁸⁴⁵ Ibid., 57-58.

reparado por quien lo cometió, siempre que éste le sea imputable claro está. Lamentablemente, atendiendo al origen del daño, a veces, la reclamación *-que pretende la indemnización-*, debe circunscribirse a un régimen jurídico diferente (*como sucede particularmente con los daños corporales o morales y de los perjuicios de orden patrimonial que de ellos se deriven*), lo cual puede resultar absurdo. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (*artículo 135 y ss TRLGDCU*), o del transporte de personas por carretera (*artículo 1.1. LRCSCVM*), aunque la uniformidad del régimen, salvo en el caso de la LRCSCVM, afecte tan sólo al ámbito en el que es aplicable la responsabilidad objetiva. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (*artículo 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*).⁸⁴⁶

Mientras tanto, todas las teorías que han florecido en el campo jurisprudencial (*Tribunal Supremo*), que han buscado delimitar su ámbito de aplicación, sobretodo en esas “*zonas grises*” a las que hemos hecho alusión, han sido calificadas de “*fórmulas compendiosas*” por Díez-Picazo,⁸⁴⁷ quien ha utilizado este término, para referirse a aquellas sentencias emanadas por el órgano rector de la justicia, que ha construido *-lamentablemente-*, toda la fundamentación jurídica, sobre la base de posibles soluciones heterogéneas, cuyo efecto colateral no ha sido otro que confundir, impidiendo comprenderlas porque cada una de ellas ofrece y conduce a soluciones distintas. Resultan ser, como expone el autor, teorías “*acientíficas*” (*la unidad de la culpa, el sistema opcional, el concurso de normas sustanciales en materia procesal “el factum como causa petendi”*), principalmente por el carácter retórico o argumentativo que conllevan, y por no perfilar ni concluir aquello que pudiese ser el punto de vista dominante, considerando además, que en algunas ocasiones aquellos criterios congregados en dichas fórmulas compendiosas son contradictorios entre sí, brindando soluciones heterogéneas.

Los autores que cooperan con este criterio, proclaman la unificación de ambos regímenes de responsabilidad o por qué no, la adopción

⁸⁴⁶ *Ibid.*, 53-54.

⁸⁴⁷ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 230-231.

de un régimen “autónomo”,⁸⁴⁸ para eliminar en definitiva esas “zonas grises”, con lo cual se erradicaría totalmente el problema del concurso de pretensiones y de normas que en la jurisprudencia se han hecho presentes. En este sentido, Yzquierdo,⁸⁴⁹ argumenta que “...Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar el resarcimiento de aquellos daños que guardan una adecuada relación de causalidad con la conducta del agente convertiría a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos, no ya a reglas comunes (...los arts. 1101 y ss. C.civ.), sino a la misma normativa...”.

Quienes adoptan la posición contraria, justifican la diversificación de las responsabilidades en la dificultad de calcular el riesgo, que en el caso del régimen extracontractual resultaría menos verosímil. Sin embargo, ante la proliferación de los contratos de adhesión, contratos-tipo, contratos normativos y tanta nueva variedad de modalidades de contratación, totalmente apartadas del “modelo romano”, la responsabilidad extracontractual ha resultado ser la modalidad que más se ajusta a ellos. No se puede dejar de reconocer que si comparamos la estructura del supuesto de hecho básico de una y otra responsabilidad, sí que existe una diferencia sustancial, que se encuentra detrás de todas las diferencias de cada régimen que hemos expuesto anteriormente. La primera radica en la existencia de una relación previa, acordada y consentida entre los

⁸⁴⁸ Viney, *Introduction à...*, 38-39. Así lo plantea la profesora respondienddo a dos preguntas que se plantea, “¿Pero, se dirá que ese régimen único debe ser acondicionado según qué modelo? ¿Debe éste inspirarse en las reglas extracontractuales o en las normas que se refieren al régimen contractual? Critica el régimen francés y al respecto cree, que lo que hace falta es “orientarse francamente hacia un régimen autónomo”, ya que “ni las reglas que forman el derecho común de la responsabilidad contractual ni aquellas que resultan de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés nos parecen convenir totalmente a la sanción de las obligaciones profesionales”. Manifiesta que el legislador francés se ha comprometido con esta vía “...sometiendo la responsabilidad de ciertos profesionales a un régimen legal especial. Reglamentaciones de este tipo existen en efecto actualmente en el campo del transporte aéreo y marítimo así como en el del transporte ferroviario internacional. Ciertas disposiciones legales específicas han sido igualmente establecidas respecto de la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de la salud”, de manera similar como ocurre en el ordenamiento jurídico español.

⁸⁴⁹ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 140.

protagonistas de la responsabilidad contractual, en la que se contemplan y valoran los bienes e intereses en juego, advirtiendo los riesgos que les afectan; y la segunda, se refiere a la condición de desconocidos, tanto de la víctima como del daño en el caso de la responsabilidad extracontractual.⁸⁵⁰

La experiencia en el extranjero nos confirma que tener un régimen binario o binomio es insuficiente. Efectivamente, en varios países, según se desprende de varios textos legales,⁸⁵¹ la distinción ha sido mitigada mediante la promulgación de una codificación normativa adherida a la unificación. Suiza es el ejemplo más antiguo.⁸⁵² En Europa occidental Austria, es el que mejor comporta el régimen jurídico unánime de responsabilidad.⁸⁵³ Siguiendo la misma premisa, en Europa del Este, en Polonia y en la antigua Checoslovaquia también se llevó a cabo la unificación del régimen de la responsabilidad, haya nacido de la inejecución de un contrato o de un delito.⁸⁵⁴ Finalmente, en cuanto a los Países Bajos, éstos son

⁸⁵⁰ Peña López, «Conceptos generales y elementos de delimitación», 54.

⁸⁵¹ Viney, *Introduction à...*, 142.

⁸⁵² Ley Federal Suiza de 1911 (*Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse*). Livre cinquième: Droit des obligations (*état le 1er mars 2012*). Artículo 99, inciso 3: “*Les règles relatives à la responsabilité dérivant d’actes illicites s’appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle*”. Traduciendo al castellano el precepto dispone que “*Las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la falta contractual*”. Sin duda la norma alude al régimen extracontractual. Para algunos, los autores suizos “(no) restan más que algunas diferencias, teóricas más que prácticas, entre esos dos regímenes de responsabilidad”. Otro profesor, ve las cosas de distinta manera, resultando ser que “...las normas que dicen qué consecuencias tiene el incumplimiento del deber de no dañar a “otro” constituyen una suerte de norma general de la cual es Derecho especial cuanto suceda cuando ese “otro” es un concreto acreedor con el que existía vínculo contractual preestablecido: aquí el “*naeminen laedere*” pasa a ser no dañar al comprador, al comodatario, al arrendatario, al cliente” (Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 142).

⁸⁵³ Código Civil de Austria de 1 de junio de 1811, (*en alemán: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch y abreviado ABGB*), artículo 1295, inciso primero.

⁸⁵⁴ Viney, *Introduction à...*, 18. En este contexto, la autora hace mención a la ley yugoslava de 1978 sobre las obligaciones, y emite una crítica peculiar que es menester hacer referencia, dice respecto de aquella, “...que luego de haber consagrado las disposiciones detalladas a la responsabilidad extracontractual, se ha contenido de reglamentar algunas cuestiones relativas a la responsabilidad contractual, remitiendo, para el resto, a la aplicación de las reglas concernientes a los delitos”.

el ejemplo mas contemporáneo, en cuya nueva codificación la unificación también se manifiesta.⁸⁵⁵

En consecuencia, lo único que queda por recalcar es que la tendencia apoyada en la “*summa divisio*” de la responsabilidad civil además de haber generado muchas confusiones en la administración de justicia, se aleja cada vez más de la oportunidad de brindar una solución que de forma ecuánime nos permita resolver todos los daños que surgan indiferentemente por un incumplimiento de una norma contractual o por el incumplimiento genérico de no dañar al otro, cuando en realidad lo que verdaderamente nos debería importar, es que tal imperioso principio romano “*Naeminem Laedere*” quede “*intacto*”; caso contrario, si éste ha sido incumplido, pueda la víctima acudir a un sistema que consagre fórmulas sin diferencias injustificadas *-entre ambas responsabilidades-*, que viabilice el derecho al resarcimiento, lo que en términos de equidad evitaría injusticias.

En las últimas décadas, tanto en España como algunos países de su alrededor, la responsabilidad extracontractual ha adquirido una importancia capital. En el ámbito internacional, existen varios trabajos de armonización y reforma (*con la única excepción, en materia de daños causados por productos defectuosos que dio lugar una Directiva en 1985, pero con el propósito no de unificar la legislación de los Estados miembros, sino simplemente de armonizarla*), aunque no sean los únicos los *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (en adelante “PETL”)*, las reglas de responsabilidad extracontractual del *Marco Común de Referencia (en adelante “DCFR”)-* o en el ámbito estadounidense,

⁸⁵⁵ Viney, *Introduction à...*, 18. La autora critica la sección sobre las obligaciones que el nuevo Código Civil de los Países Bajos de 1992 contiene comparándola con la normativa unificada por los países antes referidos. En su opinión, “*El código tiene una sección que es común a las dos ramas de la responsabilidad y que es titulada: Las obligaciones legales de reparo del daño. Estas disposiciones son muy importantes: conciernen daños reparables, la valorización de las indemnidades, la pluralidad de las causas, las modalidades de la reparación, la fijación de los daños e intereses por el juez, etcétera. No obstante, ellas dejan subsistir los textos distintos rigiendo, por un lado, la responsabilidad contractual y, por otro lado, la responsabilidad extracontractual. En consecuencia, si se realiza un acercamiento entre esos dos regímenes, este código no persigue la unificación. En consecuencia, este código se encuentra en retroceso en comparación a las codificaciones de la generación precedente*”.

los trabajos del “*Restatement Third of Torts*”, ya que varias legislaciones nacionales han llevado a cabo una reforma de su regulación o se encuentran en la fase de elaboración de anteproyectos o proyectos de Ley. Sin embargo, en España, la *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos* no se ocupa aún de la responsabilidad extracontractual. Sin duda, la regulación de la responsabilidad extracontractual constituye una parte importante del Derecho de obligaciones: Por un lado, porque afecta la vida cotidiana de todos los ciudadanos y de quienes sufran accidentes en el país. Por otro lado, porque puede repercutir en la competitividad de las empresas (*principalmente en el sector asegurador*). Sin embargo, todavía hay poca probabilidad de un Derecho de responsabilidad extracontractual armonizado o uniforme en esta década a nivel europeo, cuyo estudio en España incluso hasta épocas relativamente recientes ha sido prácticamente inexistente.⁸⁵⁶

4.3 La responsabilidad civil extracontractual: la responsabilidad subjetiva y objetiva en el sistema español

En estricto sentido, nos situamos únicamente, ante la presencia de aquellas obligaciones que surgen a consecuencia de ciertos “...*actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”, tal como lo proclama el artículo 1.089 CC español. Una de las fuentes de las obligaciones, en adición a aquellas obligaciones que pueden nacer de la Ley, el contrato, el delito, el cuasicontrato y el cuasidelito.

Esta responsabilidad, de carácter civil y de naturaleza extracontractual, pertenece al campo jurídico del “*Derecho de Obligaciones*”. El precepto legal citado recoge la “*doble génesis de las obligaciones*”,⁸⁵⁷ que ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia, como el punto de partida para distinguir la responsabilidad civil contractual (*que nace por el incumplimiento de un deber estipulado en el contrato*), de aquella que según lo que la mayoría de la doctrina describe, presenta un “*carácter*

⁸⁵⁶ Miquel Martín-Casals, «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», 13-14.

⁸⁵⁷ Lasarte, *Curso de...*, 371.

negativo”,⁸⁵⁸ por aparecer en contraposición a la anterior: La responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad civil *-aludiendo a una de sus denotaciones-*, surge porque una conducta determinada *-acción u omisión-* ha ocasionado un daño, mediando culpa o negligencia (*sin que este hecho configure delito*), la cual está regida por los artículos 1902 y ss del CC español, que imponen el deber de “*reparar el daño causado*”, a quien lo haya causado.⁸⁵⁹ Esto no dista de que dichas normas sean las únicas que regulan las “*obligaciones que nacen de culpa o negligencia*”.⁸⁶⁰ Tampoco nos deben colocar en un espacio nebuloso que genere confusión, para lo cual, consideraremos que dichas normas configuran el marco que delimita su ámbito de aplicación, en el cual se cimentan los principios de la responsabilidad aquiliana que son principios “*comunes y generales en la medida en que se aplicarán cuando entre las partes no se haya convenido, por medio del contrato, un medio voluntario específico*”,⁸⁶¹ tal como ocurre en el campo de la responsabilidad contractual, que no se erige únicamente a partir de los artículos 1.254 y ss (*Título II “De los Contratos”*), sino en virtud de la Teoría General de la Obligaciones, a partir de los artículos 1.101 y ss (*sea cual fuere su fuente, independientemente del contrato*).

De esta manera, la responsabilidad civil extracontractual se edifica como una categoría general tal como ocurre con el contrato. El propósito de las normas reguladoras sobre responsabilidad, es determinar a quién se ha de imputar el daño que ha sufrido una persona en sus derechos o sobre algún bien jurídico protegido (*como la vida, la integridad física y psíquica, el honor, la intimidad, la imagen o el patrimonio, entre otros*). Para ello, el Derecho de Daños actúa como mecanismo coadyuvante para que quien ha padecido el daño fundamente su pretensión para lograr la reparación, atribuyendo la obligación de indemnizar los daños que esa otra persona que los ha causado.

⁸⁵⁸ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 108.

⁸⁵⁹ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 19.

⁸⁶⁰ Cf. CC. español. Tal como lo refiere el Capítulo II “*De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*”, perteneciente al Título XVI “*DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENIO*”, del Libro IV que trata “*DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS*”.

⁸⁶¹ Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad...*, 108-109.

La responsabilidad por daños se instaura sobre la base de la culpa - *el juicio de reproche por haber desarrollado una conducta negligente que se constituye en el origen del daño*- de quien causó el daño, apoyado en el principio “*causus sentit dominus*”, en virtud del cual las consecuencias de un suceso accidental o fortuito deben ser soportadas por quien las sufre.⁸⁶² No obstante, este marco que el derecho clásico o tradicional lo instauró épocas atrás, en la actualidad, ha evolucionado y la imputación por culpa que caracteriza a la responsabilidad aquiliana comparte dos criterios distintos, en atención a la conducta del sujeto causante del daño, compartiendo su función determinadora de la responsabilidad civil con otros títulos de imputación de naturaleza objetiva. De esta manera, se segmentan dos regímenes jurídicos de responsabilidad - *sin que sean excepcionales*-, en los que se utilizan estos criterios, el uno conocido como responsabilidad subjetiva o por culpa y el otro como responsabilidad objetiva.

a) Sistema de responsabilidad subjetiva⁸⁶³

Habremos de retornar, imperiosamente, al artículo 1.902 CC español, pues éste consagra el principio de carácter general de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva o por culpa, es decir, aquella en la que el agente o autor del daño tendrá la obligación de repararlo **únicamente** cuando su conducta pueda ser reprochada por haber incurrido en algún tipo de “*culpa o negligencia*”. del acto y, consecuentemente del daño. Es la responsabilidad que alude al acto y a su resultado, el daño. este sistema responde al principio “*Ninguna responsabilidad sin culpa*”.

Estos elementos -*resaltados a propósito*-, recaen sobre la persona (*culpa o negligencia*), y son los que permiten delimitar el alcance de la responsabilidad civil subjetiva. Está claro que para este sistema,

⁸⁶² Luis Fernando Reglero Campos (*versión actualizada de Fernando Peña López*), «Los sistemas de responsabilidad», en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por José Manuel Busto Lago y Luis Fernando Reglero Campos, segunda edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2013), 63-64.

⁸⁶³ Dominante desde el Derecho Romano hasta bien entrado el siglo XX. Evolucionó en paralelo al desarrollo industrial para convertirse en diversos sectores, como el de los daños causados por vehículos a motor, en un régimen de responsabilidad objetiva.

el ingrediente de “*culpabilidad*” en el sujeto causante del daño, es el principal detonante para establecer responsabilidad, en la medida en que la conducta de aquel, pueda ser merecedora del reproche jurídico, ya sea por su actuar o por su falta de cumplimiento en el deber de diligencia; así como también, se constituye en el factor que determina y atribuye a esta responsabilidad, el calificativo de subjetiva (*o por culpa*).

Ahora bien, en cuanto a la reparación del daño, según este sistema, compete a la víctima demostrar o probar que aquel daño que lo sufrió, se produjo debido a la actuación del agente, pero que además, quien lo causó, incurrió en culpa o negligencia.

Esta responsabilidad de tipo subjetiva, es el sistema que consagra el CC español, el cual posee características propias que le hacen distinto a los demás. No obstante, existen ciertas excepciones que los artículos 1.903, 1.904, 1.905, 1.908 y 1.910 las plasman. Queremos decir con esto, que en dichas normas se hace caso omiso a la culpa del agente. Son normas que consagran diferentes supuestos legales, en los que los daños han sido causados por otra persona distinta de quien debe responder. Comúnmente se le conoce en el campo doctrinario como responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos. Sin embargo, no deja de subsistir el carácter subjetivo en ella y aún estamos ante una responsabilidad civil extracontractual por culpa -*responsabilidad subjetiva*-. Aún así, el artículo 1.902 CC, constituye el Derecho común del sistema de responsabilidad extracontractual español, y puede ser extendida su aplicación a cualquier supuesto carente de regulación específica, supliendo de esta manera, las eventuales lagunas que regímenes que han incorporado criterios de imputación especiales pudiesen padecer.⁸⁶⁴

⁸⁶⁴ Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 64. Lo que pretende el autor demostrar, es que a pesar de que ambos regímenes respondan a una lógica jurídica diversa, constituyen supuestos de derecho normal, los cuales pueden ser interpretados extensivamente y aplicados por analogía.

b) La evolución de la responsabilidad subjetiva a la objetiva: la responsabilidad objetiva o sin culpa en el código civil español

La institución de responsabilidad subjetiva, surgió a la par del desarrollo industrial, propulsor del origen del régimen de responsabilidad objetiva, instaurado en principio por los daños suscitados por el transporte ferroviario, los vehículos a motor y los daños causados por animales. El Derecho Romano consagró principios fundamentales que llegaron a ser fuente inspiradora de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países occidentales y de origen latino, para adoptar, instituir y codificar un régimen de responsabilidad subjetiva, basado en la culpa de quien lo causó. Todo ello, sin desatender además, los precedentes constituidos por los canonistas medievales y la doctrina iusnaturalista, acogidos en el *Code* napoleónico de 1804 (*artículo 1382*); proliferada años después, en el vigente CC español de 1888 (*artículo 1902*).

Con el advenimiento del maquinismo (*empresas industriales y fabriles, principalmente la introducción de la máquina de vapor que mejoró enormemente la capacidad de producción industrial*), consecuencia directa de la revolución industrial (*comenzó en el siglo XVIII en Inglaterra, extendiéndose en diversas épocas primero a Europa continental y los Estados Unidos, luego al resto del mundo*), entendida como el proceso de transformación económico, social y tecnológico, que tornó la economía agrícola-rural (*basada en el comercio*) a una economía urbana -*industrializada y mecanizada*-, la situación social-europea cambió repentinamente. La aparición de nuevos medios de transporte y el progreso tecnológico (*como la construcción de barcos y ferrocarriles a vapor, vías férreas, canales y carreteras, el desarrollo del motor de combustión interna y la energía eléctrica*), el incremento constante de bienes de producción y servicios que trajo consigo la división de trabajo, considerando uno de sus efectos en la producción, generaron varias ventajas a los trabajadores, concentradas en la facilidad de acceso a ciertos bienes que antes pudieron haber sido inalcanzables (*la mano de obra y la utilización de la tracción animal fueron suplidas por maquinaria industrial, se*

*desarrolló el transporte de mercancías y pasajeros, se desplegó la extracción y utilización de carbón, entre otras).*⁸⁶⁵

No obstante, consecuencia del desarrollo tecnológico y empleo de la nueva maquinaria en la ejecución de las actividades humanas, se generaron muchos accidentes, debido al peligro y alto riesgo presentes, ocasionando daños a los demás. Éstas fueron las desventajas del proceso industrial, destacándose lo que en un comienzo mencionamos, los accidentes de tráfico causados por los vehículos motorizados. Este desarrollo social tuvo múltiples impactos en el campo jurídico.⁸⁶⁶ A partir de aquí, los conceptos de peligro y riesgo comienzan a jugar un rol preponderante. No obstante, desde el punto de vista sociológico, no son sinónimos. Los peligros se refieren a los acontecimientos naturales, que siempre han puesto en peligro a la humanidad (*por ejemplo: tempestades, animales salvajes en tierra y mar, epidemias, terremotos, tsunamis, entre otros*); mientras que, los riesgos son los peligros contingentes causados por el hombre (*surgidos sobretudo con el desarrollo industrial y técnico*), llevando incluso a que se hable de una “*sociedad del riesgo*” o la “*edad del riesgo*”.⁸⁶⁷

A pesar que el ferrocarril fue desarrollado en Inglaterra,⁸⁶⁸ Prusia, fue el Estado agrario -*que contaba con un sólo ferrocarril para operar entre Berlín y Potsdam*-, pionero en demostrar un verdadero acoplamiento a la evolución socio - económica, al desechar el criterio tradicional de la culpa, promulgando la primera norma especial⁸⁶⁹ que establecía responsabilidad objetiva o por riesgo

⁸⁶⁵ Gert Brüggemeier, «Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia», *European Review of Private Law* 4 (2013): 931-939.

⁸⁶⁶ Vid., Ken Oliphant, «Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England», *Revue de droit de McGill* 59:4 (2014): 826-832. El autor al analizar los impactos que trajo consigo la innovación tecnológica en materia de daños -“*Tort Law*”-, destacando como uno de ellos el transporte moderno, representado por los ferrocarriles y el vehículo a motor.

⁸⁶⁷ Brüggemeier, «Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia», 924.

⁸⁶⁸ La famosa “*era de los ferrocarriles*”, que comenzó a más tardar en 1830 cuando las locomotoras a vapor entraron en uso regular entre Liverpool y Manchester.

⁸⁶⁹ Railway Act of 1838 (*en su origen “Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen, Preußisches Gesetzesblatt (GS) 1838”*, es la Ley Prusiana de

causado por el transporte ferroviario privado. De esta manera, se obligaba a tanto a las víctimas dañadas a causa de dicho transporte, extendiendo su protección incluso a quienes no fueran viajeros, incluyendo sus bienes, lo cual hizo que su aplicación en principio no sea muy clara.⁸⁷⁰

Con la entrada en vigor de la Imperial Liability Act (*RHPfIG*), se determina de manera precisa la base de la responsabilidad, el

transporte ferroviario de 3 de noviembre de 1838, en la que estableció la responsabilidad por riesgo).

⁸⁷⁰ La Ley de Responsabilidad Ferroviaria prusiana -“*Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen, Preußisches Gesetzesblatt (GS) 1838-* que regulaba las condiciones para el otorgamiento de licencias estatales a compañías ferroviarias privadas, contenía una norma referente a la responsabilidad (*artículo 25*). Este artículo combinó elementos tradicionales y modernos. En principio intentó establecer una responsabilidad basada en la presunción de culpa de las compañías ferroviarias, pero la norma final que primó, se sustentó en la teoría objetiva, particularmente influenciada por el Consejo Estatal Prusiano. Según su criterio, la garantía de responsabilidad cuasi - contractual de la *actio ex recepto* parecía haber servido de modelo. De acuerdo con ello, los transportistas náuticos (*nautae*), los posaderos (*caupones*), y los establos (*stabularii*) eran responsables, independientemente de si intervino o no la culpa, en el caso de daños producidos en las mercancías traídas por los huéspedes dentro de sus instalaciones. Esta responsabilidad sólo podría evitarse en casos de fuerza mayor. De esta manera, se estableció que las compañías de transporte ferroviario sólo podrían exonerarse de dicha responsabilidad si el daño ocasionado se derivaba de la culpa personal de la persona lesionada (*la víctima*) o de factores externos inevitables. Sin embargo, el carácter arriesgado de los ferrocarriles en sí considerado, no constituían uno de esos factores. El objetivo principal del artículo 25 era la protección de la integridad de las personas y las mercancías transportadas. Sin embargo, el alcance de la protección se extendía a otras personas y sus cosas, lo que hacía que esta fórmula no sea clara. En primer lugar, se trataba de las supuestas víctimas de accidentes relacionados con los ferrocarriles, por ejemplo, en los cruces de ferrocarril. Además, se consideró que la protección debía abarcar también las pérdidas causadas durante el uso normal de los ferrocarriles “*arriesgados*”, en particular, los daños causados a las tierras vecinas por vibraciones o chispas. La aplicación del artículo 25 se extendió al personal ferroviario, cuya culpa tenía que ser imputada a la empresa. Un paso hacia la *Gefährdungshaftung* moderna, es la aclaración de que los riesgos inherentes a la explotación de un ferrocarril no son en sí mismos factores que excluyen. Una debilidad central de la sección 25 PrEBG está otra vez relacionada con sus raíces en la responsabilidad del receptor. El artículo 25 fue de mero efecto dispositivo y, por lo tanto, sujeto a renuncia contractual. Se utilizó regularmente esta posibilidad en los contratos de transporte con pasajeros y (*después de la extensión judicial a los accidentes de trabajo*) en los contratos de trabajo del personal ferroviario. Sobre “*Railway Liability Law*”, vid., Brüggemeier, «Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia», 928-931.

alcance de la protección y las excepciones a la responsabilidad. Esta Ley, ya no se ocupa del carácter contractual del transporte, sino centra su atención en la operación técnica. Sin embargo, el daño causado por el funcionamiento regular del transporte no conduce a responsabilidad, sino las lesiones causadas por los *accidentes* producidos en la operación del ferrocarril. El alcance de la protección se limita a las personas (*la propiedad no se incluyó*) a saber, el asesinato y el daño de personas transportadas, del personal ferroviario y de terceros. La responsabilidad de los ferrocarriles, en virtud de la RHPfG, esta vez es de carácter vinculante y por lo tanto ya no está sujeta a disposición de las partes contratantes. No prevé un límite máximo para la responsabilidad de las compañías ferroviarias. En cuanto a la exclusión de la responsabilidad, por un lado, se basa en actos de Dios, que sustienen la noción del factor externo inevitable; y, por otro lado, la responsabilidad quedó excluida en caso de negligencia contributiva de la persona lesionada. Sin embargo, todo esto cambió después de la entrada en vigor del Código Civil alemán (*BGB el 1 de enero de 1900*). Posteriormente, se aplicó un régimen de negligencia comparativa con una reducción proporcional de la cantidad de los daños, en vez de la confiscación o decomiso (*artículo 254 BGB*). Por lo que respecta a los daños económicos, al contrario de lo que disponía la PrEBG, los daños indirectos (*lucro cesante, pagos anuales por personas dependientes*) eran recuperables.⁸⁷¹

Alemania, se acogió a la doctrina del riesgo y extendió el ámbito de aplicación de la responsabilidad a las empresas,⁸⁷² presumiendo que

⁸⁷¹ Brüggemeier, «Risk and Strict Liability», 932-933.

⁸⁷² En Alemania, la primera respuesta legal a los accidentes laborales fue la *Unternehmenshaftung* (*responsabilidad empresarial o “enterprise liability”*) de conformidad con la RHPfG 1871 (*Reichshaftpflichtgesetz (RHPfG)*, (“*German Imperial Liability Act*”, de 7 de junio de 1871). En esta Ley se recogen dos tipos de responsabilidad empresarial objetiva: a) La responsabilidad sin culpa de las compañías ferroviarias, de conformidad con el artículo 1; y b) La responsabilidad de las empresas industriales por culpa de los ejecutivos, en virtud del artículo 2 (“*no-fault liability*” and “*quasi-strict enterprise liability*”). En 1884, el gran concepto nuevo y alternativo de seguro obligatorio del Estado para cubrir accidentes producidos en el lugar de trabajo (*reemplazo de la responsabilidad empresarial por la propagación de pérdidas*) entró en vigor; un modelo que los Estados continentales europeos adoptaron sucesivamente. La respuesta alemana a la “*era de los ferrocarriles*” (“*age of railways*”) era una especie de responsabilidad civil objetiva (1838-1871, basada en una irrefutable

éstas siempre serán responsables,⁸⁷³ salvo que se demuestre que el accidente ha sido causado por fuerza mayor o por culpa de la víctima (*herida o muerta*).⁸⁷⁴ Estas nuevas estrategias regulatorias

presunción de culpa en contra de las empresas ferroviarias o de sus empleados), en virtud de la cual se desarrolló la moderna *Gefährdungshaftung* (*Responsabilidad Objetiva*). Esta regla y excepción es lo que el legislador del Código Civil alemán (*BGB*) tenía en mente, cuando insistió en no sobrecargar el Código Civil y su principio de culpa personal ("*personal fault principle*") con disposiciones especiales de responsabilidad objetiva. En la actualidad, todavía este sesgo determina la relación entre el Código Penal alemán (*BGB law of delict*) y las reglas estatutarias de la *Gefährdungshaftung*. Así, se continuó paulatinamente incrementando para cada innovación tecnológica en particular un nuevo reglamento especial: automóviles, aeronaves, instalaciones energéticas, energía atómica, responsabilidad de las empresas industriales por daños al medio ambiente (*Water Resources Management Act/Wasserhaushaltsgesetz of 1957; Environmental Liability Act / Umwelthaftungsgesetz of 1990*) y tecnología genética. En cuanto a la responsabilidad objetiva del fabricante por productos defectuosos, ésta ocupa un lugar especial a nivel internacional, entre responsabilidad cuasi - objetiva de la empresa (*quasi-strict enterprise liability*) y *Gefährdungshaftung* (*aunque un correcto entendimiento es que se trata de responsabilidad objetiva*, salvo los casos de defectos de diseño y de advertencia cuya responsabilidad es por "*negligence liability*"-). Vid., Brüggemeier, «Risk and Strict Liability», 927-928, 934-938.

⁸⁷³ *Ibíd.*, 933-934. No obstante, el autor recalca que se debe distinguir de los clásicos casos de responsabilidad de los empleadores por los delitos de los empleados o la responsabilidad corporativa por los delitos de los ejecutivos, que en principio conducen a la responsabilidad solidaria. En este caso, la responsabilidad se canaliza exclusivamente a la empresa. Afortunadamente, en 1884, este problema se resolvió de una manera completamente diferente. Se utilizó el principio de reparto de la pérdida, mediante la introducción de un seguro estatal obligatorio de accidentes de trabajo. A través de su carga de financiación de los fondos de seguros. Había incentivos económicos para que los empleadores invirtieran en la prevención de accidentes. Este esquema de seguro social se ha extendido en el siglo XX a accidentes en el trabajo y en las escuelas públicas en general (*incluyendo a los accidentes ocasionados durante el transporte hacia y desde el trabajo o la escuela*).

⁸⁷⁴ José Manuel Martínez Pereda, «Accidentes en los ferrocarriles. Hechos de los animales. Caz», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord, por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, primera edición (Barcelona Bosch, 2008): 1109-1115. El autor expone que en el ordenamiento jurídico español, la responsabilidad civil derivada de la explotación de empresas ferroviarias, se deduce de los artículos 1902 y 1903 del CC español y de varias disposiciones de la nueva normativa. Esta responsabilidad surge cuando la empresa ferroviaria o similares como los tranvías o los ferrocarriles subterráneos causan daños a las persona o en las cosas, interviniendo culpa o negligencia por parte de sus funcionarios o empleados, o incluso, sin la intervención de dichos elementos subjetivos, cuando el accidente haya sobrevenido de la explotación sin que provenga de fuerza mayor o

servieron para hacer frente dichos riesgos, fuera de la línea trazada por la doctrina jurídica romanista-pandectista (*adoptadas frente al nuevo mundo técnico-industrial en relación con los accidentes relacionados con el lugar de trabajo y la motorización*).

A partir de aquí, se produce en el Derecho Privado en general, un cambio bastante innovador, aunque no respecto del ámbito contractual, sí en cuanto a la institución de responsabilidad civil. La insuficiencia del sistema jurídico tradicional o clásico que erigió un régimen de responsabilidad civil fundamentada en la culpa (*“Personal liability law - fault-based liability”*), profundamente arraigada antes de la revolución industrial, se puso de manifiesto. Ahora, los riesgos técnicos, las empresas y los seguros son los nuevos paradigmas del mundo industrial. Un mecanismo social de distribución de riesgos y pérdidas reemplaza la cultura de la responsabilidad individual por otra de carácter impersonal (*“Impersonal liability law”*). Las bases de esta nueva distribución de riesgo y la canalización de responsabilidad en las empresas se sustentan en la propagación de pérdidas a través de los esquemas de los seguros (*seguro social estatal y seguro privado de responsabilidad civil*) y la transferencia de sus costos a empleadores, empleados y clientes.⁸⁷⁵ En este contexto, la responsabilidad de la empresa, es *“stricter” (objetiva)* y no está fundada en la culpa.

En términos generales, la responsabilidad objetiva en el Derecho Civil es comúnmente conocida como *“responsabilidad sin culpa”*. Comprende elementos muy diferentes: *“inter alia”*, la garantía contractual; sucesores de la *“actio ex recepto”* romana; la responsabilidad sin culpa de los empleadores por los delitos o daños de los empleados y ejecutivos, compensación por el sacrificio de activos (*doctrine of “sacrifice of assets”*); responsabilidad del vecino por molestias, por sus animales o cosas que caen de los edificios; la responsabilidad por los productos defectuosos; y, la responsabilidad de los riesgos de las instalaciones técnicas, independientemente de

por la propia culpa del fallecido o lesionado o perjudicado en sus cosas. A pesar que esta responsabilidad pueda ser de naturaleza contractual o extracontractual, la tendencia de la jurisprudencia civil es que se trata de una responsabilidad de responsabilidad procedente de culpa extracontractual.

⁸⁷⁵ Brüggemeier, «Risk and Strict Liability», 924-925.

sus defectos. En Alemania, la responsabilidad objetiva (*Gefährdungshaftung*) se aplica exclusivamente dentro de la esfera de los riesgos técnico-industriales.⁸⁷⁶

No obstante, la instauración de un sistema de responsabilidad para romper los esquemas clásicos de la culpa tenía que tener argumentos sólidos para resolver cómo y cuándo una responsabilidad sin culpa podía estar social y moralmente justificada. La finalidad era determinar en qué casos el daño y sus consecuencias debían ser asumidas por la víctima y en cuáles debería recaer sobre otra persona, por estar relacionado con una actividad dentro de cuya esfera acaeció dicho hecho evento dañoso. De manera definitiva, este régimen, centrado en la situación de riesgo, se generalizó en el ámbito de los accidentes de trabajo, que obligaban siempre al empresario a responder con la única exclusión de la culpa intencional del asalariado víctima del accidente. Sistema que fue recogido por algunas leyes incorporadas y difundidas por varios ordenamientos jurídicos de algunos países modernos (*Suiza 1881, Austria 1887, Noruega 1894, Inglaterra 1897, Francia, Italia y Dinamarca 1898, Bélgica 1903 y España 1900*).⁸⁷⁷ Está claro, que la oscilación comparable entre la excesiva responsabilidad de la culpa (*especialmente en Francia*) y la tendencia hacia la indemnización sin culpa en el derecho de propiedad caracterizó y marcó el desarrollo jurídico de la mayoría de los Estados industriales-europeos.

La tendencia de ampliar el alcance de la responsabilidad objetiva⁸⁷⁸ comenzó en Austria a principios de los años cincuenta. Austria es uno de los pocos países que permite la extensión por analogía más allá de las disposiciones “*enumerated statutory provisions*”, desarrollando una especie de responsabilidad objetiva, sobre todo

⁸⁷⁶ *Ibid.*, 926-928.

⁸⁷⁷ Para profundizar sobre la evolución de la responsabilidad subjetiva a la objetiva, vid., Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 64-66. De esta manera, como manifiesta el autor, los sistemas objetivos de responsabilidad, han llegado a dominar la práctica totalidad de los ámbitos de riesgo, ya sea por la creación de leyes especiales o por la actual tendencia jurisprudencial al momento de aplicar el artículo 1.902 del CC. Acedo Penco, *Derecho de...*, 348-350.

⁸⁷⁸ Erendem Buyuksagis y Willem Van Boom, «Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn, between objects, activities, and their risk», *Georgetown journal of International Law* 44 (2013): 614-617.

para las actividades comerciales peligrosas, limitando su alcance a las operaciones comerciales cuyas actividades conllevan un riesgo mayor que el nivel aceptable basado en la frecuencia del peligro y la gravedad del daño.⁸⁷⁹ En algunos países -como Alemania, Suiza y Turquía-, la extensión por analogía es vista como “preemption” (*derecho preferente de compra*) del poder legislativo y por lo tanto se la considera impropia. Los tribunales alemanes han sido más reacios a extender la responsabilidad objetiva que los de Austria. El ordenamiento jurídico alemán atribuye la responsabilidad al comportamiento o conducta negligente del autor del daño “*tortfeasor*”. Excepcionalmente, el legislador ha previsto expresamente la responsabilidad objetiva; sólo la contempla para unas pocas situaciones excepcionales en las que encontró la necesidad de incursionar dentro del principio de negligencia. Los tribunales de estos países han desarrollado, en la responsabilidad por negligencia, el concepto de “*Verkehrssicherungspflicht*” (*deber de mantener la seguridad, es decir, deber de cuidado para proteger al público de lesiones*), el cual intensifica el “*standard of care*” (*nivel de cuidado o precaución*) en determinadas áreas, de tal manera que el causante del daño no puede aportar realmente ninguna “*exculpatory proof*” (*prueba de descargo*).⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ El Tribunal austriaco -OGH-, consideró a la luz de este criterio, que los peligros del encendido de los fuegos artificiales, el funcionamiento de una planta de munición o de una fábrica de gas altamente inflamable, un cable de alta tensión, un ferrocarril en una fábrica, un ferrocarril industrial, una telesilla y los trabajos con el magnesio, son superiores al umbral de aceptación. Sin embargo, otras fuentes de peligro, como el funcionamiento de un negocio de construcción o el funcionamiento de una excavadora las consideró que permanecen por debajo del umbral aceptado. Vid., *ibíd.*, 616.

⁸⁸⁰ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 617-619. Los autores ponen como ejemplo en el caso alemán, a los arquitectos, quienes de conformidad con la BGH, están bajo el deber de precaución con respecto a terceras personas. Explican los autores, que en muchos casos, el concepto de “*Verkehrssicherungspflicht*”, transfiere la responsabilidad por conducta negligente a una responsabilidad cuasi objetiva, dado el hecho de que el deber del acusado de actuar como persona razonablemente prudente es elevado por los tribunales a un deber de actuar con el mayor cuidado. Un enfoque similar puede observarse en Turquía, donde los tribunales están prohibidos de extender la responsabilidad objetiva por analogía. La Corte Suprema (*Yargitay*) ha extendido la aplicación de la responsabilidad por el mantenimiento inadecuado de las construcciones para acomodar la necesidad percibida para la compensación. Por ejemplo, ante el caso de un niño de ocho años que fue electrocutado cuando intentaba recuperar su cometa, que estaba pegada en la parte superior de un poste

En otros países, particularmente en Europa latina, los tribunales han desarrollado un régimen de responsabilidad verdaderamente objetiva por medio de la “*Custodian Liability*” (*responsabilidad custodiante*). Para los daños resultantes de una actividad peligrosa no mencionada en ningún texto legal, algunos tribunales comienzan desde una perspectiva *ex post*, creando un nuevo estándar para condenar esa actividad por estar en contra de la buena fe, lo que facilitará al juez para establecer responsabilidad al dañador.⁸⁸¹

de electricidad, se imputó responsabilidad a la compañía de distribución de electricidad por el mantenimiento inadecuado, debido a la ausencia de una señal de advertencia en el poste. Además, a falta de una regla especial de responsabilidad objetiva, los tribunales turcos han impuesto un mayor deber de evitar daños a las empresas que llevan a cabo operaciones comerciales peligrosas, así por ejemplo, la misma Corte responsabilizó a los propietarios de estaciones transeptores de base de teléfonos móviles, calificando sus actividades como anormalmente peligrosas para los habitantes que viven cerca, incluso si todavía no se había producido ningún daño. En el caso suizo, los demandantes instauran sus demandas sobre la base de que se ha violado la regla jurisprudencial que prohíbe la creación de un riesgo indebido, diseñada para las empresas, evitando de esta manera probar cualquier falla por parte de ésta o de sus empleados. En virtud del artículo 50 del Código de Obligaciones suizo (*SwCO* o *Schweizerisches Obligationenrecht*), el empleador es considerado responsable del perjuicio causado por sus empleados u otras personas auxiliares en el desempeño de su trabajo o actividades empresariales. El empleador puede ser exonerado de su responsabilidad si demuestra que ha tomado todas las medidas cautelares apropiadas en las circunstancias para prevenir el daño o que las lesiones se habrían producido a pesar de tales precauciones. Existe una alta barrera probatoria para el empleador, provocando que la responsabilidad basada en la culpa gravite hacia la responsabilidad objetiva de “*Gefahrensatz*” (*responsabilidad por daños o responsabilidad civil extracontractual*).

⁸⁸⁰ *Ibid.*, así lo explican los autores, quienes manifiestan que esta alta barrera es especialmente pertinente en los casos de responsabilidad por productos (*con un control final adecuado de la seguridad del producto se puede detectar todos los posibles defectos que pueden producirse durante la fabricación, aunque, prácticamente hablando, algunos defectos de fabricación son inevitables incluso con un cuidado razonable*).

⁸⁸¹ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 619-623. Los autores afirman que en Francia, el alcance de la responsabilidad objetiva, en la práctica, ha llegado a ser mayor que el de la responsabilidad basada en la culpa, una característica que no existe en otros sistemas de derecho europeo. A partir de la decisión de Jand'heur de la Cour de cassation française -(*ver más, en Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] ch. r'eun. Feb. 13, 1930, D.P. 1930 I 57, at 121-23 (Jand'heur c. Les Galeries belfortaises) (Fr.)*)-, se cambió fundamentalmente el contenido del artículo 1384 (1) del FrCC, que contiene una responsabilidad objetiva general, para todo daño causado por un objeto: “*una persona es responsable no sólo de los daños que causa por su propio acto, sino*

En múltiples ocasiones, cuando se buscaba aplicar la doctrina objetivadora de la culpa, justificaba su interpretación en tres supuestos: **a)** En el artículo 1.104 CC, que ordena atender a las circunstancias en cada caso en particular, para justificar una apreciación de la culpa en la que los cuidados exigidos son todos los que la prudencia imponga para prevenir los hechos dañosos; **b)** En la culpa levísima o la culpa social; y, **c)** En los requisitos de la previsibilidad y la evitabilidad del daño, con declaraciones genéricas acerca de la previsibilidad de ciertos eventos o sucesos, afirmando por ejemplo que el incendio siempre sería un hecho previsible, por lo cual el demandado habría actuado descuidadamente. Incluso, recurrió el TS al “*agotamiento de la diligencia*”, en virtud del cual si se probaba el daño y la causalidad, bastaba para demostrar que el demandado no actuó diligentemente y, de hecho éste debía resarcir dichos perjuicios. Con ello, este argumento que está totalmente desechado en la actualidad, se eliminaba toda posibilidad de culpabilidad del sistema común de responsabilidad español.⁸⁸²

A partir de aquí, la institución de la responsabilidad civil objetiva, ha requerido de los respectivos ordenamientos jurídicos una

también por lo que es causado... por las cosas que están bajo su custodia”. El guardián del objeto no puede eludir su responsabilidad al probar que el daño fue causado por fuerza mayor, es decir, ésta se instaura aunque el potencial herido no podría haber evitado el accidente. Por lo tanto, se cambió fundamentalmente el fundamento de dicho artículo, en un mandato de responsabilidad objetiva para el guardián de las cosas. (*En igual sentido, véase artículo 2051 ItCC o Codice Civile Italiano*). Ahora bien para los autores, las soluciones desarrolladas por los diferentes tribunales europeos acortan la brecha entre los sistemas de derecho civil de los países que niegan la aplicación de la analogía y los sistemas jurídicos que están más dispuestos a extender la responsabilidad objetiva. Sin embargo, recalcan que el problema del trato desigual de las víctimas de accidentes similares resultantes de actividades u objetos similares anormalmente peligrosos no será resuelto *-problema de la incertidumbre legal-*, a menos que los tribunales consideren extender la responsabilidad objetiva por analogía más allá de la “*specifically enumerated statutory provisions*”, como en Austria. La adopción de una cláusula general sobre la responsabilidad objetiva en lugar de regular los diferentes casos de acuerdo con diversas instancias legales, podría ser la solución para eliminar la inseguridad jurídica que resulta de la discriminación entre las víctimas de accidentes relativamente similares, a pesar de que la determinación del peligro potencial que se pretende cubrir con esta cláusula no sea una tarea fácil, ni para la mayoría de los países que han aceptado la idea de una cláusula general, ya que los elementos a incluir en tal concepto todavía están en debate.

⁸⁸² Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 70-72.

respuesta diferente a la pretendida por el artículo 1.902 CC y sus homólogos, buscando contar con otra perspectiva de la culpabilidad del agente. De esta manera, España, dentro de su propio Código Civil ha contemplado dos supuestos en los cuales opera la responsabilidad civil extracontractual objetiva por daños causados por alguien, a pesar de que no haya intervenido en su conducta ningún tipo de culpa o negligencia: **a)** El ser poseedor frente a los daños causados por sus animales (*artículo 1905 CC*); y, **b)** El propietario de árboles colocados en sitios de tránsito por su caída (*artículo 1908.3 CC*).⁸⁸³ Sin embargo, el legislador español no se ha quedado conformado con estas normas y las referentes a los accidentes laborales, sino que ha promulgado e incorporado dentro de su ordenamiento jurídico, normas especiales que contemplan responsabilidad civil objetiva, para aquellos casos en los cuales se hayan ocasionado daños en ciertas situaciones de especial riesgo (*energía nuclear*), o sean consecuencia de accidentes automovilísticos (*tráfico de vehículos a motor*), o causados por medios de transporte (*navegación aérea*), o por practicar actividades riesgosas (*la caza*), los causados por la Administración Pública (*terrorismo*), entre otros.

Compartiendo la opinión de Carlos Lasarte, diremos que *“Generalizada la situación de riesgo, se entiende correcto que debe generalizarse la reparación del daño de una forma objetiva (haya habido o no culpa), siempre y cuando se dé el correspondiente nexo de causalidad entre un determinado riesgo y los daños ocasionados. Así se produce, además, una inversión de la carga de la prueba...”*.⁸⁸⁴ No obstante, es importante recordar, que en todos

⁸⁸³ Lasarte, *Curso de...*, 376. Al respecto, el autor recalca el valor relativo que estas normas tienen en comparación con las demás referentes al sistema de la responsabilidad civil subjetiva, que están presentes en el Código Civil en el articulado dedicado a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, dichas normas sirven tal como manifiesta el autor, para poner de manifiesto que el propio CC no desconoce la presencia de la responsabilidad objetiva o sin culpa, que ha sido muy difundida en los textos legales de los últimos tiempos.

⁸⁸⁴ Así por ejemplo, al peatón le bastará acreditar que ha sido atropellado para reclamar su resarcimiento, aunque r quien ha originado realmene la situación de riesgo de. atropello es el automovilista (*haya cumplido o no las normas de circulación*). Hecho que consta en la Sentencia STS 10 julio 1943 (RJ 1943, 856), que marcó la evolución el sistema de la responsabilidad objetiva, al introducir el Tribunal Supremo al casar la sentencia de la Audiencia (*que absolvía al*

los casos aludidos, los agentes causantes del daño están exentos de responder si el daño ocasionado resulta ser un caso de fuerza mayor o por culpa de la víctima según cada caso en particular.

Finalmente, la institución de la responsabilidad civil objetiva va acompañada de una figura jurídica que el legislador español ha incorporado dentro de su ordenamiento jurídico con la finalidad de cubrir eventuales gastos para indemnizar a quienes han sufrido daños provenientes de la ejecución de esas actividades riesgosas: **“El Seguro Obligatorio”**.⁸⁸⁵ En definitiva, lo que se busca con esta contratación,⁸⁸⁶ es asegurar que todas aquellas personas que se encuentren en situación de crear riesgo o que utilicen medios peligrosos, colaboren a sufragar los daños que efectivamente se produzcan en el sector.⁸⁸⁷

demandado) la inversión de la carga de la prueba, presumiendo la culpa y obligando al demandado a desvirtuar dicha presunción.

⁸⁸⁵ Luis Fernando Reglero Campos (*versión actualizada por José Manuel Busto Lago*), «El Seguro de Responsabilidad Civil», en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. por José Manuel Busto Lago y L. Fernando Reglero Campos, segunda edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2013), 215 y 249.

⁸⁸⁶ En el contexto germánico, la *Gefährdungshaftung* (*responsabilidad objetiva*) por asumir riesgos al realizar actividades industriales-comerciales, ha sido justificada continuamente con tres argumentos: 1) El crecimiento y el progreso de las innovaciones tecnológicas con su potencial contingente de riesgo sólo pueden ser comprado al precio de una “garantía de responsabilidad” del riesgo del tomador; 2) Las empresas de riesgo pueden obtener cobertura de seguro y repercutir sus costos a otros (*clientes, empleados*); 3) Las empresas pueden minimizar el riesgo a través de la organización y las precauciones de seguridad. En virtud de los dos tipos de responsabilidad consagrados en la RHPFG 1871, que trajo consigo disponibilidad de un seguro de responsabilidad (*una nueva rama independiente de la industria de seguros privados en Alemania - seguros para terceros-*), con el efecto concomitante para las empresas de repercutir sus costes en el público (*a través de las tarifas y los precios*), sirvió a su vez de estímulo dominante para la propagación de formas de responsabilidad objetiva: La posibilidad de externalizar los riesgos de las actividades comerciales a las aseguradoras y los clientes hizo más sensatos a los tribunales para internalizar las pérdidas causadas por las actividades y los costos del riesgo creado por las empresas. Vid., Brüggemeier, «Risk and Strict Liability», 928 y 934.

⁸⁸⁷ Un ejemplo claro es el de los vehículos a motor. Todos los automóviles de motor que tengan su estacionamiento habitual en España deben ser asegurados (*véase Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor -LRCSCVM-, en correlación con su Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor -RSOCVM-, artículo 1.1 que regula cuáles son considerados vehículos a motor, excluyendo de dicha categoría por ejemplo: remolques, semirremolques y máquinas remolcadas de*

c) Sistema de responsabilidad objetiva

Este sistema responde al constante progreso de una sociedad, cada vez más industrializada, mucho más propensa a generar riesgos y por ende daños que repercuten sobre las personas *-posibles víctimas-*, quienes pretenderán quedar indemnes frente a estas situaciones lesivas. De esta manera, la preocupación del sistema se revierte, ahora gira en oposición al sistema clásico de responsabilidad subjetiva, en torno a la víctima, sin centrar su atención en la conducta del agente causante del daño (*en la "culpabilidad"*), la cual es sustituida por otro criterio de imputación: ***El Riesgo***.

Muchos marcos legislativos nacionales en Europa *-codificaciones europeas-*, limitan el alcance de la responsabilidad objetiva a las fuentes específicas de peligro enumeradas por la Ley. Esta receta ha conllevado a un tratamiento dispar de peligros aparentemente similares, ya que legislativamente se cubren algunas situaciones inherentemente peligrosas, pero no otras. De hecho, el que los tribunales a veces se sientan incómodos al ampliar el ámbito de aplicación de estas instancias legales, a menudo conduce a

hasta 750 kilogramos; y el artículo 2 que refiere a los hechos o accidentes de circulación, con sus causas de exoneración artículo 2.2). Los propietarios por el mero hecho de poner el coche en posibilidad de circular han de abonar anualmente una cuota de seguro obligatorio, sufragándose así colectivamente los daños que ocasionen a terceros. Cf. Vid., Pedro González Poveda, «La responsabilidad civil derivada del uso y circulación del motor», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, primera edición (Barcelona: Bosch, 2008), 13-42; 42-67. El autor, analiza la responsabilidad objetiva como criterio de imputación por los daños causados por el uso y circulación de los vehículos a motor así como el establecimiento del Seguro Obligatorio, principio que fue introducido en el ordenamiento español por la Ley 122/1967, de 24 de diciembre, de Uso y Circulación de automóviles (*artículos 39, 40 y 41 específicamente*). Hace además, entre otros, un análisis de la responsabilidad del conductor del vehículo causante de los daños (*a las personas -que están bajo el régimen de responsabilidad objetiva con algunas causas de exoneración-, o en sus bienes -regidos bajo el sistema general de responsabilidad por culpa, artículo 1.902 CC-*) y del propietario no conductor, siendo este último responsable cuando esté vinculado al conductor por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal, respectivamente (veáse, Lasarte, *Curso de...*, 377). El seguro es obligatorio como dice el autor, aunque no saquen los vehículos del garaje, vid., Reglero Campos, «El Seguro de Responsabilidad Civil», 253- 295.

soluciones contradictorias. Esto ha contribuido además, a que se reflexione respecto a la adopción de una “*cláusula general*” en el ámbito de la responsabilidad objetiva, con el fin de evitar esa forma de aplicación de la Ley -*al azar*- a un caso, pero no a otro aparentemente similar. Es un planteamiento que doctos académicos -*en el actual debate académico europeo sobre la elaboración de normas satisfactorias*-, han sugerido por una parte, como una reacción al llamado doctrinal por la coherencia; y por otra, pretendiendo ampliar el alcance de las cláusulas de responsabilidad objetiva, proponiendo al efecto, soluciones estatutarias y propuestas, con el único fin de lograr un equilibrio entre dos extremos opuestos: restringir la aplicación de fuentes legales de responsabilidad objetiva o utilizar una “*cláusula general*” de responsabilidad objetiva, para permitir que la formulación de “*judicial policymaking*” (*políticas judiciales*) sin restricciones moldee la responsabilidad objetiva.

Buyuksagis y Van Boom,⁸⁸⁸ son quienes han tomado la posta en este planteamiento. Para lograr el equilibrio esbozado, han recurrido a requisitos fundamentales como la seguridad jurídica, la previsibilidad (*y por tanto el aseguramiento*) y la igualdad de trato de las mismas fuentes de peligro. No obstante, se han referido también, al ámbito de aplicación de las normas, cuestionándose si *¿Deberían limitarse las normas a la realización de actividades*

⁸⁸⁸ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 609-611. Los autores tratan de explicar las estrategias que los tribunales aplican cuando se enfrentan a los límites legales de la responsabilidad objetiva y cómo pueden o no éstos permitir un ámbito más amplio de la responsabilidad objetiva, sobre la base de propuestas para ampliar el ámbito de la responsabilidad objetiva mediante cláusulas generales. Examinan si la “actividad” puede considerarse un criterio coherente para la aplicación de una “cláusula general”, enfatizando las dificultades de evaluar y comparar la peligrosidad de las actividades. Para ello, presentan y apoyan un enfoque alternativo: Al tomar el “objeto” en lugar de la “actividad” como concepto central para la responsabilidad objetiva estatutaria, es posible evitar las trampas del desarrollo fragmentario centrado en la corte de tal responsabilidad, considerando que este enfoque puede promover una política de responsabilidad objetiva coherente, viable y sólida. En efecto, a pesar de que su crítica gira alrededor de la falta de intervención legislativa que permita tener un alcance más amplio de la responsabilidad objetiva, aunque varios tribunales europeos se han relajado en la interpretación de los estatutos específicos, la cuestión de fondo que se plantean es si esta intervención judicial resuelve el problema de tal manera que haga innecesaria una posible aplicación legislativa de una “cláusula general” de responsabilidad objetiva.

anormalmente peligrosas (como muchos proyectos proponen) o al control de objetos anormalmente peligrosos? Dado que el concepto de “*actividad*” puede abarcar prácticamente cualquier empresa humana o profesional, argumentan que la adopción de una actividad peligrosa como criterio para la “*cláusula general*” haría impredecible su alcance. Defienden, que un marco legislativo preferido tomaría un “*objeto*” más que una “*actividad*”, como criterio central para la responsabilidad objetiva estatutaria.⁸⁸⁹

El concepto de la responsabilidad objetiva se consolidó a partir del principio “*ubi est emulumentum ibi est onus esse debet (o cuius commoda, eidus incommoda)*” -sustento de la teoría utilitaria-, a partir del cual se concibe a esta responsabilidad como el régimen legal en el que quien causa un daño o emprende una actividad generadora de riesgos a terceros con el propósito de obtener un beneficio, tiene el deber de indemnizar y de reparar los daños que de tal actividad se deriven, sin importar su culpa. Se basa en la mera existencia y producción del riesgo. De esta manera, quien se beneficia de una actividad, debe soportar los riesgos que genera e indemnizar el daño causado, por estar beneficiándose o aprovechándose de los frutos que ésta le genera.⁸⁹⁰ Sin embargo,

⁸⁸⁹ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 424. Los autores mencionan que en los supuestos en los que la responsabilidad es objetiva, “... para garantizar la seguridad jurídica (dados los graves efectos de ese tipo de responsabilidad), establecer un listado o inventario de actividades es una fórmula que se ha considerado pertinente...”.

⁸⁹⁰ Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 67; Acedo Penco, *Derecho de...*, 349. En igual sentido, Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 612-613. Los autores consideran que en muchos países europeos, la responsabilidad sin culpa sigue estando limitada a instrumentos legislativos específicos que establecen actividades u objetos extremadamente definidos y anormalmente peligrosos, debido a las razones históricas en gran medida. Observan como a la luz de los desarrollos industriales de comienzos del siglo XX, la responsabilidad por los daños causados por actividades u objetos que presentan un riesgo residual significativo, -es decir, el riesgo que no se elimina ni siquiera cuando se toma un cuidado razonable-, ha sido tradicionalmente considerada como excepción a la “*generally fault-centered Tort Law*” (responsabilidad civil generalmente culpable). Se dice que los accidentes resultantes del riesgo residual son “*inevitables*”, en el sentido de que el agente humano no puede evitarlos. Los bienes como los alimentos, las medicinas, los productos químicos o las máquinas, incluso cuando se producen bajo las mejores prácticas actuales de fabricación (por ejemplo, Six Sigma), pueden presentar defectos inevitables que podrían provocar accidentes. El sistema tolera una serie de actividades u objetos que

este postulado del riesgo-beneficio sólo podía ser invocado cuando la actividad fuera susceptible de reportar beneficios para su titular, generalmente una explotación profesional o empresaria, razón por la que se le negó una validez general. Además, con la creación del seguro de responsabilidad civil y de los seguros patronales, la idea riesgo-provecho se fue desvaneciendo.⁸⁹¹

Para algunos autores, la imposición de la responsabilidad objetiva también tiene por objeto incentivar al causante a evitar los accidentes que pudieran derivarse de la práctica de actividades anormalmente peligrosas y el uso de objetos peligrosos. Para otros, la doctrina de la responsabilidad objetiva se ocupa en gran medida de corregir los desequilibrios sustanciales resultantes del daño que la debida atención no evitó. Cualquiera que sea la justificación, las limitaciones de este enfoque varían de una cultura jurídica a otra. Es decir, *¿Por qué hay que subrayar desde el principio que no existe un “núcleo común” europeo de principios jurídicos de responsabilidad objetiva?* Sin embargo, también es cierto que, en la mayoría de los países europeos, las disposiciones legales dan derecho a las víctimas a una compensación simplemente porque han sufrido un daño debido a la exposición a un riesgo específico.

presentan riesgo residual en la medida en que se consideren necesarios para el bien de la sociedad. Cuando los accidentes ocurren por riesgo residual, la responsabilidad basada en culpa no permite que funcionen los mecanismos de compensación y disuasión. En general, se considera que la responsabilidad por negligencia se basa en la idea fundamental de que la persona que crea un riesgo debe ser considerada responsable de los daños causados por dicho riesgo, siempre y cuando el costo de la evasión de accidentes sea menor que las pérdidas que de lo contrario podrían resultar. Por lo tanto, la responsabilidad por negligencia no tiene por objeto erradicar los riesgos residuales incrementales. En algún momento, los costos de atención adicional compensarían el probable valor del riesgo evitado. Es por ello, que para garantizar una protección adecuada contra los daños, el sistema jurídico puede aplicar una responsabilidad objetiva a la persona que crea una situación peligrosa y que obtiene beneficios económicos de ella. En consecuencia, la filosofía de la imposición de la responsabilidad objetiva es utilitaria: ubi emolumentum, ibi onus esse debet (donde uno tiene un derecho, uno debe asumir sus obligaciones correspondientes).

⁸⁹¹ Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 67. De este modo, como nos recuerda el autor, el coste de los daños derivados de la explotación de una actividad empresarial o profesional se distribuye entre todos los consumidores y usuarios de los bienes y servicios que las empresas que realizan dichas actividades producen o prestan, incorporándose un elemento más que deberá ser tomado en consideración a la hora de determinar su rentabilidad.

Muchos países europeos adoptaron el sistema de responsabilidad objetiva, por ejemplo, para las centrales nucleares, la contaminación del ambiente, los operadores de ferrocarriles y los propietarios y/o guardianes. Aunque estos regímenes específicos han sido tradicionalmente interpretados estrechamente, la tendencia en las últimas décadas ha sido apartarse del concepto tradicional de regímenes de responsabilidad objetiva bien delineados y extender la responsabilidad objetiva más allá de su ámbito original. De hecho, muchos tribunales han relajado su interpretación estatutaria como respuesta a la tensión entre las restricciones legales y la necesidad percibida de extender la responsabilidad objetiva a fuentes similares de peligro.⁸⁹²

No obstante, aunque para muchos en la doctrina, la noción de este tipo de responsabilidad *-objetiva-*, parte del “*carácter negativo*” (*no hay responsabilidad sin culpa*), para otros como González Poveda,⁸⁹³ no es totalmente identificable la responsabilidad objetiva con la idea de la responsabilidad sin culpa; es decir, la culpa no

⁸⁹² Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 613-614. Las reglas pueden relajarse de varias maneras para permitir un alcance más amplio de responsabilidad objetiva. Austria es uno de los pocos países que permite la extensión por analogía más allá de las disposiciones estatutarias específicamente enumeradas. En algunos países -como Alemania, Suiza y Turquía- la extensión por analogía es vista como la preemption del poder legislativo y por lo tanto se considera impropia. Los tribunales de estos países han desarrollado, en la responsabilidad por negligencia, el concepto de Verkehrssicherungspflicht (deber de mantener la seguridad, es decir, deber de cuidado para proteger al público de lesiones), lo que aumenta el nivel de atención de tal manera que el no puede aportar de manera realista ninguna prueba de descargo “*exculpatory proof*”. Otros países, particularmente en Europa latina, los tribunales han desarrollado un régimen de responsabilidad verdaderamente objetiva como “*custodian liability*” (*responsabilidad custodiente*).

⁸⁹³ González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», 699-700. En igual sentido, Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 77-78. No obstante, como manifiesta el autor, el concepto de responsabilidad objetiva “*no es un concepto absoluto que responda exclusivamente a esa noción negativa*”, sino que en su seno se desarrollan diferentes clases de responsabilidad, aunque caracterizándoles un denominador común (*la no exigencia de la culpa*), “*contienen cada uno de ellos una serie de elementos diferenciales. De este modo, la responsabilidad sin culpa constituye el centro de gravedad sobre el que orbitan formas específicas de responsabilidad que, perteneciendo a la misma familia, difieren entre sí. Se trata, de un fenómeno universal que puede presentarse en forma pura, pero también con caracteres híbridos. Así, la responsabilidad objetiva no es en sí una única alternativa a la responsabilidad por culpa sino un conjunto de alternativas*”.

constituye el fundamento de esta responsabilidad. A criterio del autor “*no es necesario que dicha responsabilidad se base en la culpa del responsable*”; más bien, se insta en contraposición al axioma “*no hay responsabilidad sin culpa*”, las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aunque lícitas y permitidas, deben recaer sobre quien ha creado a través de ellas, “*riesgos*” o “*peligros*” para terceros. Es imputable un daño al obligado -*quien deberá resarcirlo*-, en virtud del principio del control del riesgo y de las características de los riesgos específicos inherentes.

En el sistema estadounidense, dentro del Derecho de Daños o más comúnmente conocido como “*Tort Law*” -*que analizaremos más adelante*-, existe un importante tipo de responsabilidad vinculado a conceptos intrigantes: “*peculiar-risk*” (*riesgo peculiar*); “*special risk*” (*peligro especial*) y “*special risk inherent in the work*” (*riesgo especial inherente a la obra*), entre otros. Alrededor de ellos gira la doctrina del “*peculiar-risk*”,⁸⁹⁴ el cual sienta una base sobre la cual instaurar una responsabilidad diferente de otros estándares o acciones que desencadenan responsabilidad en el marco del “*Tort Law*”. La noción del “*peculiar risk*” (*riesgo peculiar*), difiere de la intención, imprudencia, negligencia, molestia y actividad anormalmente peligrosa.

La doctrina del riesgo peculiar es una pieza del derecho estadounidense, relativo al hecho de que si el trabajo envuelve un riesgo peculiar y el contratista independiente es negligente, el contratante está bajo el techo de responsabilidad vicaria, por los daños causados por dicho contratista. No obstante, el principio rector que rige en esta área del “*Tort Law*”, es que la persona que trabaja con un contratista independiente no está sujeta a responsabilidad por los daños causados por la negligencia de este último,⁸⁹⁵ aspecto que cuenta con algunas excepciones, las cuales se dividen en dos categorías:⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ Cf. Ellen S. Pryor., «Peculiar Risk In American Tort Law», *Pepperdine Law Review*, vol. 38, article 11, issue 2 (2011): 393-395.

⁸⁹⁵ Ver **Restatement (Second) of Torts § 409**, “*The employer of an independent contractor is not liable for physical harm caused to another by an act or omission of the contractor or his servants*”.

⁸⁹⁶ Pryor, «Peculiar Risk In American Tort Law», 394-395.

- a) Cuando el contratante ha resultado ser el negligente, -*contratación negligente*-; y,
- b) Casos de responsabilidad vicaria, (*por ejemplo, “nuisance”, daños por la ejecución de actividades anormalmente peligrosas, por el mantenimiento de carreteras y otros lugares públicos o el incumplimiento de precauciones, requeridas por estatutos o reglamentos, entre otros*). Justamente, uno de los casos de responsabilidad vicaria lo es también el “*peculiar risk*”. Sin embargo, si el trabajo implica un “*peculiar risk*” y el contratista es el negligente, el contratante será quien esté sujeto a responsabilidad. De esta manera, múltiples sombras de la “*peculiar risk doctrine*”, aparecen en varios casos estatales y federales.

Esta situación se asemeja a lo que los Principios regulan también bajo el concepto de responsabilidad vicaria (*artículo 4:202 Responsabilidad de la empresa*⁸⁹⁷).

En efecto, dentro de la normativa del “*Restatement (Second) of Torts*”, -*que básicamente importó esta doctrina del “Restatement (First) of Torts”*-,⁸⁹⁸ encontramos el supuesto de que una persona que contrata a un contratista independiente, resulta responsable por los daños causados por este último cuando ha ocasionado daños, interviniendo negligencia. Varios de sus artículos incluyen definiciones referentes al “*peculiar risk*” y al “*inherent danger*”. Así, el § 416 se refiere a la responsabilidad vicaria frente a los daños causados por negligencia del contratista independiente, en virtud del cual, el contratante es responsable por haber empleado a

⁸⁹⁷ “(1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible”.

⁸⁹⁸ Los artículos 413, 416, and 427 del “*Restatement (Second) of Torts*” que articulan la doctrina del “*peculiar risk*” son prácticamente importados de los artículos 413, 416, and 427 del “*Restatement First of Torts*”. Cabe resaltar que el “*First Restatement*”, incluye esta doctrina en el artículo 427 e incorpora una disposición distinta (*artículo 416*), referente al “*peculiar risk*” que sirvió como vía para explicar el crucial requerimiento de que el daño realizado por el contratista independiente, debe estar conectado con el trabajo.

un contratista independiente para hacer el trabajo que debió -*el contratante*- haber reconocido o previsto que podría crear durante su ejecución un riesgo particular de daño físico a otros, a menos que se tomen precauciones especiales.⁸⁹⁹ En suma, la aplicabilidad de esta doctrina del riesgo respecto de una situación de hecho particular, debería esclarecer la presencia de dos elementos: **1)** Si el trabajo es probable de crear un riesgo particular de sufrir daños, si no se toman precauciones especiales, y **2)** Si el empleador debería haber reconocido que el trabajo era susceptible de crear tal riesgo.

Corolario a este aspecto, el § 427 que también alude a la responsabilidad vicaria, establece que ésta se instaurará por la negligencia de un contratista independiente, en los casos en los que el contratante/empleador haya empleado a dicho contratista para realizar cualquier trabajo que implique un “*peligro especial*” para otros y que conoce que ese peligro es inherente o normal a la obra o tiene razones para saberlo. A partir de aquí, el fundamento para imputar responsabilidad al empleador deviene en ocasión de los daños físicos causados a otros, por la falta de toma de precauciones razonables del contratista contra tal peligro.⁹⁰⁰

Notamos que a pesar de las diferentes declaraciones constantes en dichos artículos, ambos tienen el mismo significado sustantivo, traducido en diferentes formas de declaración de la misma regla general.⁹⁰¹ La diferencia -*si es que existe alguna*-, radica en que el § 416 es comúnmente más aplicado cuando el tipo de precaución es específica; mientras que el § 427 se aplica cuando los peligros del trabajo requieren una serie de precauciones. De cualquier forma,

⁸⁹⁹ Véase, Restatement (Second) of Torts § 416: “*One who employs an contractor to do work which the employer should recognize as necessarily likely to create during its progress a peculiar risk of physical harm to others unless special precautions are taken, is subject to liability for physical harm caused to them by the failure of the contractor to exercise reasonable care to take such precautions, even though the employer has provided for such precautions in the contract or otherwise*”.

⁹⁰⁰ Véase, Restatement (Second) of Torts § 427 “*One who employs an independent contractor to do work involving a special danger to others which the employer knows or has reason to know to be inherent in or normal to the work, or which he contemplates or has reason to contemplate when making the contract, is subject to liability for physical harm caused to such others by the contractor's failure to take reasonable precautions against such danger*”.

⁹⁰¹ Véase, Restatement (Second) of Torts § 416, cmt. a)

conceptualmente, el “*Restatement*” considera a estas normas como un reflejo de la misma noción, las cuales se han aplicado además, más o menos de forma intercambiable, en los casos del mismo tipo. Ahora bien, no podemos pasar por alto el alcance de un “*peculiar risk*”. Para ello, nos remitimos nuevamente al “*Restatement (Second)*”, el cual establece que “*a peculiar risk*”, lo constituyen los riesgos especiales, peculiares al trabajo que debe ser realizados y que surjan de su naturaleza o fuera del lugar donde éste debe ser realizado, contra los cuales un hombre razonable reconocería la necesidad de tomar precauciones especiales (§ 413).⁹⁰² La situación es aquella en la que un riesgo es creado, pero no es normal, no es un asunto rutinario de la actividad humana habitual, como lo es conducir un automóvil, sino que es un “*peligro especial*” para los vecinos o terceros, que surge de la situación particular creada, exigiendo precauciones especiales. “*Peculiar*” no significa que el riesgo debe ser anormal al tipo de trabajo realizado o que debe ser un riesgo anormalmente grande. Se refiere sólo a un peligro especial y reconocible que surge de la obra misma. El concepto de “*riesgo peculiar*” sigue siendo distinto del concepto de “*negligencia*” y de “*la actividad anormalmente peligrosa*”, tanto en el “*Restatement*” como en la amplia jurisprudencia.⁹⁰³

⁹⁰² Traducción personal de la descripción de “*peculiar risk*” que brinda el “*Restatement (Second) of Torts*”, en el comentario b), inserto en § 413. Justamente el § 413, es la primera norma que alude al “*peculiar risk*” e insta a su definición, a pesar de no referirse a la responsabilidad vicaria, que posteriormente lo hacen sus preceptos hermanos, (§ 416 y 427).

⁹⁰³ Pryor, «*Peculiar Risk In American Tort Law*», 396-398. Al efecto, la autora hace hincapié en dos aspectos. Por una parte, se refiere a que la mayoría de los estados siguen esta doctrina, imponiendo responsabilidad vicaria al contratante por la negligencia del contratista independiente, cuando la actividad se constituye en un riesgo peculiar, riesgo especial inherente a la actividad o en un peligro inherente. La mayoría de los estados -dice-, se basan en gran medida en el “*Restatement*” para definir qué actividades encajan dentro de esta categoría. Cita a algunas de la amplia gama de actividades involucradas en litigios de “*riesgo peculiar*”, como por ejemplo los trabajos de construcción, transporte, recreación y uso de productos. Por otra parte, alude la autora, que aunque la actividad anormalmente peligrosa y el riesgo peculiar comparten alguna dimensión de riesgo inusual o poco común, una diferencia clave es que la actividad anormalmente peligrosa representa un riesgo altamente significativo aún cuando se haya ejercido un cuidado razonable; mientras que, al sucede contrario con el “*riesgo peculiar*”, el cual es un “*peligro especial*”, a menos que se hayan tomado precauciones especiales. De esta manera, una actividad que plantee un “*riesgo peculiar*”, será ubicada en un espectro de actividades. Cualquier

El concepto de “*an abnormally dangerous activity*” puede servir de base para entablar responsabilidad objetiva sobre quien la lleva a cabo. Además, en el escenario del contratista independiente, quien contrata a un “*independent contractor*” para llevar a cabo una actividad anormalmente peligrosa, estaría sujeto a responsabilidad vicaria en la misma medida en la que el contratista sería responsable (*objetivamente responsable*).⁹⁰⁴

Durante varios años, esta doctrina era semejante tanto Inglaterra como en los Estados Unidos (1935). Sin embargo, a partir de 1965 se marcó una notable diferencia con la introducción del “*Restatement Second*” of Torts, que alcanzó una posición doctrinaria dominante en los Estados Unidos. Así, la doctrina del “*peculiar risk*” persistió sin mucha controversia en los Estados Unidos,⁹⁰⁵ -a diferencia de Inglaterra y otros países, que la han

actividad que plantee un riesgo a otro, puede ser la base de una demanda, como consecuencia de la negligencia. En cuanto que una actividad es anormalmente peligrosa, sólo si es poco común y si representa un riesgo altamente significativo y permanece incluso si se han tomado las precauciones razonables. Las actividades que suponen un riesgo especial se sitúan en los extremos de este espectro.

⁹⁰⁴ Ver *Restatement (Second) of Torts* § 427 A).

⁹⁰⁵ Para profundizar en el tema y estudiar las razones por las cuales esta doctrina no predominó en Inglaterra y por qué sí en los Estados Unidos, así como por qué aún persiste dicha distinción, a pesar de la reforma de la “*American Tort*”. Vid., Pryor, «*Peculiar Risk In American Tort Law*», 393-394; 398-408, quien al respecto plantea que en los Estados Unidos la doctrina ha escapado en gran medida a las críticas que detuvieron su aplicación, siendo más mansa debido a dos factores que los destaca como claves: 1.- En los últimos años, los tribunales americanos se han pronunciado negativamente ante la duda de si el propio empleado del contratista independiente, puede acudir en contra de la persona o entidad contratante, para lograr una indemnización bajo cualquiera de las vías de la responsabilidad vicaria (*lo cual afecta enormemente el alcance de la doctrina en su real funcionamiento*). Ante ello, se reduce drásticamente la exposición potencial que plantea la doctrina del “*peculiar risk*”. Muchos de los riesgos que posiblemente ocurren en el lugar de trabajo podrían ser “*riesgos peculiares*”. En la construcción u otros contextos de trabajo, casi cualquier persona potencialmente lesionada por aquello que puede ser considerado como “*riesgo peculiar*”, resulta ser un empleado - *de la empresa o de un contratista o subcontratista*;- 2.- Después del “*Second Restatement*”, el desarrollo de la doctrina siguió límites más estrechos. “*Riesgo peculiar*” no significa riesgo único o particular de la actividad. Dejar caer una lata de pintura sobre alguien no podría ser un “*riesgo peculiar*”, en el ámbito de la actividad de la pintura. Más bien,

rechazado o limitado severamente, por su falta de definición, por la indeterminación decisional, además de las justificaciones históricas y normativas-, debido a la evolución que se logró al aprehender y desarrollar esa categoría de actividad específica y constreñida entre las actividades ordinariamente riesgosas y las actividades anormalmente peligrosas: *“the inherently or intrinsically dangerous activity” (la actividad inherentemente o intrínsecamente peligrosa)*.

Tal como iniciamos la explicación de esta doctrina, ésta fue adoptada como una excepción a la regla general de que *“los contratantes no son responsables por el trabajo realizado por el contratista independiente”*, cuando el trabajo es peligroso en sí mismo, sin importar si fue hecho cuidadosamente o como se demuestra en otros casos jurisprudenciales, si el propio cuidado no fue tomado (*por ejemplo en los casos de explosivos y voladura (demolición con explosivos “blasting”*), lo cual sigue persistiendo aún como un concepto distinto. Mientras tanto, en Inglaterra (*justo después de la aparición del “First Restatement”*), a partir del caso *Honeywill & Stein Ltd. v. Larkin Bros*, se aplicó la doctrina *“inherently dangerous” (inherentemente peligrosa)* de la actividad, para atribuir responsabilidad a una empresa por la negligencia de un contratista independiente, aplicando la excepción para las *“extra-hazardous or dangerous operations” (“Operaciones extra-peligrosas o peligrosas”)*. El caso atrajo severas críticas, en cuanto a la aplicación y alcance de la doctrina misma. La doctrina del *“peculiar risk”* apareció como una forma de explicar el requisito crucial de que el daño estuviera conectada al trabajo. Así, mientras la decisión de *Honeywill* anunció un concepto controvertido *-tal vez*

para demostrar un *“riesgo peculiar”*, se requirió probar que el riesgo es poco común en relación con los riesgos plateados por las formas ordinarias o comunes de la negligencia (*ver Restatement (Second) of Torts § 416, cmt. d*). Por lo tanto, el *“special or peculiar risk”* se convirtió en una versión *“ligera”* de una actividad anormalmente peligrosa, más no en un riesgo que es específico a una línea de trabajo en particular. En el ejemplo de la pintura, podría calificarse como un riesgo específico de la pintura, pero no se acerca a una actividad de riesgo poco común (*“uncommonly risky activity”*). Estos dos factores *-tal como explica la autora-*, son los que han minimizado en gran medida la exposición que presenta la doctrina del *“peculiar risk”*. Operativamente, ha sido domada en la vía de la responsabilidad. Dada la exclusión de los empleados de contratistas independientes, la doctrina está fuera de la mesa, como una vía de recuperación para la mayoría de los riesgos industriales. El énfasis en un *“uncommon risk” (riesgo poco común)*, ha reducido la vía para otros posibles demandantes.

innecesario-, para imponer responsabilidad a quien contrató con un contratista independiente, el “*First Restatement*” -*que apareció en EE.UU. al mismo tiempo que la decisión sobre este caso, incluyó ya las nociones de “inherent risk” y “peculiar risk”-*, enunció una doctrina similar, atada al concepto de “*peculiar risk*”, desde un contexto diferente, que le permitió ganar más solidez.⁹⁰⁶

⁹⁰⁶ Pryor, «Peculiar Risk In American Tort Law», 411-417. La autora se pregunta si *¿La doctrina americana del “peculiar risk” ofrece alguna lección para la Tort Law, fuera de los Estados Unidos?* Arguye que esta doctrina en los Estados Unidos soporta el escepticismo que existe sobre ella en otros países y que se torna en una doctrina manejable ahí, porque su operación ha sido dramáticamente limitada. El alcance de su aplicación no se extiende a las lesiones en el lugar de trabajo y cuando se aplica, es bastante similar al concepto de actividad anormalmente peligrosa. No obstante, *-recalca la autora-*, la historia del “*peculiar risk*” en la “*American Tort Law*” ofrece una lección diferente. Ese riesgo peculiar puede ser moldeado dentro de una doctrina significativamente distinta que evita los problemas que otros países del “*Common Law*” temían que resultasen desde la doctrina del riesgo especial. Sí, la doctrina es muy estrecha dice, pero muy significativa por dos razones: **1.-** La doctrina capta una porción de actividad que se sitúa entre las actividades que sólo plantean un riesgo de daño y las actividades que presentan daños que son altamente significativos y que no pueden evitarse mediante el uso de un cuidado razonable (*las actividades anormalmente peligrosas*); **2.-** Los fundamentos normativos apoyan la aplicación de la responsabilidad vicaria en cuanto a esta porción de actividades. Aunque la categoría puede ser bastante limitada en su funcionamiento, rechazando incluso su aplicabilidad para los empleados de los contratistas independientes, sus límites proporcionan un camino de recuperación a través de la responsabilidad vicaria, la cual no está disponible para actividades meramente riesgosas y que es menos exigente que la doctrina de las actividades anormalmente peligrosas. Para explorar el “*estrecho pero significativo*” alcance doctrinario del “*peculiar risk*”, la autora sugiere examinar las **justificaciones normativas** de la responsabilidad vicaria en contextos del riesgo peculiar. Un objetivo importante es **la justicia correctiva**, aunque ésta podría no apoyar generalmente a la responsabilidad vicaria por los actos de contratistas independientes, sino que podría favorecer a la responsabilidad vicaria en el contexto de riesgos peculiares. Un riesgo peculiar presenta un riesgo no recíproco, que es identificable desde el principio por el contratante *-quien pone en marcha la actividad-*. **Otro tema normativo es la disuasión óptima**, que incluye lograr el nivel óptimo de actividad justificado por los costos y las precauciones óptimas del contratante y del contratista independiente. Varios factores pueden influir sobre los efectos disuasorios de la responsabilidad vicaria: Si las precauciones del empleador/contratante son difíciles identificar, la habilidad de monitorear esas precauciones al empleado/agente y la solvencia o solvencia parcial del empleado/contratista. Tal como se aplica a los contextos de contratistas independientes, estos factores generalmente se suman a un caso mucho más débil para la responsabilidad vicaria en el contexto del contratista independiente que los contextos del empleador -

empleado. Frente a ello, plantea *-la autora-* si *¿Mejora el caso cuando el contratista independiente se dedica a una actividad que plantea un riesgo peculiar?* En su mayor parte no, *-explica-*. Posiblemente, una consideración a favor de la responsabilidad vicaria es más fuerte en casos de riesgo peculiar, como los casos en los que el contratista es insolvente o parcialmente solvente; situación que reduce su incentivo para utilizar las precauciones apropiadas (*aunque generalmente los que causan pequeños daños son actores solventes, sin embargo, actores bien asegurados, que pueden ser insolventes por grandes daños. Si bien los actores no saben, ex ante, la lesión o juicio que se derivará de sus acciones. Sin embargo, pueden formar un sentido aproximado de la gama de posibles daños y ser conscientes del riesgo de responsabilidad que esto crea para ellos. La perspectiva de responsabilidad no disuadirá en la medida en que el actor crea que la insolvencia es prueba en un juicio “judgment-proof”*). Luego de ello entonces, plantea otra pregunta *¿La responsabilidad vicaria puede brindar un monitoreo mejorado o conllevar incentivos para el empleador o contratante, con el fin de mejorar la seguridad de los empleados-contratistas?* Para la profesora, lejos de esto, la responsabilidad vicaria proporciona un beneficio disuasorio porque pretende que el empleador-contratante asuma todos los costos de una actividad, los cuales serían subestimados si el empleado-contratista resulta ser insolvente. De hecho, el contratante de un contratista independiente tal vez tiene más poder que un empleador para ver que su contratista es solvente respecto al daño producido. El contratante puede exigir un seguro u otra prueba de solvencia o seleccionar otro contratista (*los empleadores deberían tener menos opciones que los contratantes de contratistas independientes para asegurar que el empleado se enfrenta a los costos totales de su comportamiento irrazonablemente riesgoso. Un empleador no podría factiblemente exigir este tipo de prueba. Actualmente, en el mercado de seguros no hay productos que aseguren a los empleados por lesiones que causen en el trabajo*). El efecto crucial de esto no radica sólo en la determinación de quién paga (*el contratista*); sino más bien, en que el contratista, siendo financieramente responsable de la pérdida (*por sus propios activos o a través de seguros*), tendrá incentivos apropiados para tener cuidado. Incluso, si esta consideración no es suficientemente estimada para que sea una regla general de la responsabilidad vicaria en cuanto al trabajo realizado por contratistas independientes, podría reforzar el tema de la responsabilidad vicaria en los casos de actividades que entrañan un *“peculiar risk”*. Ahora bien, la profesora también considera que el objetivo del *“cost-spreading”* (*propagación de costos*), es también importante en el análisis de la responsabilidad vicaria. En efecto, la pérdida de propagación (*“loss-spreading”*) reduce los costos de los daños inevitables, porque si se distribuyen eficazmente, los costos de un accidente dado son menos dislocantes y onerosos que cuando son llevados por un solo actor. La consideración de la propagación de los costos tiende a favorecer a la responsabilidad vicaria de los empleadores más que a la responsabilidad personal de los empleados (*los empleadores son mejores autoaseguradores o más capaces de obtener un seguro que los empleados*). No obstante, esta consideración no apoya a la responsabilidad vicaria de los contratistas independientes y no varía si el contratista está involucrado en una *“peculiarly risky activity”* (*actividad peculiarmente riesgosa*), porque en muchas situaciones, el contratista

La viabilidad de esta doctrina, tiene su aforo también desde la óptica de los seguros. Específicamente, la evolución del “*riesgo peculiar*” en el mercado de seguros, se manifiesta en los casos de los daños causados por los contratistas independientes, las cuales son manejadas por pólizas de seguro “*estándar*” y especializadas. Una gran porción de la cobertura del seguro de empresa, es la póliza que cubre la compensación a los trabajadores y la responsabilidad del empleador (*pues en EE.UU. existe la obligación de proveer el seguro de compensación al trabajador, aunque en algunos estados, se podría optar por someterse a la ley de responsabilidad civil*).

De aquí, que las pólizas de seguro “*estándar*” contienen dos categorías de cobertura: **a)** La compensación de los trabajadores; es decir, el seguro que cubre los beneficios requeridos por la ley estatal de compensación de los trabajadores; **b)** Un seguro de responsabilidad del empleador, que cubre su obligación legal de pagar los daños sufridos por un trabajador por accidente o enfermedad. Este último tipo de cobertura es conocido como “*tort coverage*” (*cobertura de daños*); entra en juego -sólo- si el empleado tiene una demanda de responsabilidad civil contra su empleador. No obstante, existen otro tipo de pólizas de seguro “*estándar*”. El seguro de responsabilidad civil comercial (“*CGL*”), que excluye de su cobertura aquellas lesiones que surjan en el

independiente resulta ser el mejor distribuidor de costos. Estas situaciones incluyen a contratistas para servicios infrecuentes o indeterminados, no estrechamente vinculados a la experiencia del individuo o de la pequeña empresa como por ejemplo: servicio de taxi, servicio de limpieza, servicio de jardinería (“*yard service*”), servicio nocturno de seguridad privada o servicio de entrega de paquetes. También incluye a los contratistas dentro de la misma área general de la empresa, cuyo trabajo represente una especialidad o subcategoría de la empresa (*por ejemplo, laboratorios para un diagnóstico independiente, subcontratistas de la construcción*). Desde una perspectiva de seguros, el seguro de responsabilidad civil estaría disponible para todos estos contratistas y lo que es más importante aún, este seguro sería más eficiente que el proporcionado de acuerdo con las empresas. De esta manera, concluye la autora, ni el “*Tort Law*” estadounidense ni el “*Tort Law*” fuera de los Estados Unidos, tienen mucho que aprender de las experiencias de los otros en relación con la doctrina del “*peculiar risk*”. Esta doctrina en EE.UU., se ha desarrollado de tal manera que ha logrado eludir las serias críticas que atrajo en Inglaterra, sugiriendo mejor una lección: “*The peculiar risk doctrine*” (*la doctrina del riesgo peculiar*), no tiene que ser ilimitada e indeterminada. Sin embargo -*insta a reflexionar*-, que la doctrina en sí y su alcance práctico, puedan causar algún cambio en el campo del Derecho de Daños en otros lugares.

ámbito del empleo (*porque son lesiones cubiertas por las políticas de compensación de los trabajadores o de responsabilidad de los empleadores*).

La política de esta póliza es que *-potencialmente-* podría ser aprovechada cuando una empresa que contrata a un contratista independiente es responsable (*directa o indirectamente*), por los daños que éste haya causado a terceros.⁹⁰⁷

Hace algún tiempo, Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz,⁹⁰⁸ pusieron ya de manifiesto que es frecuente hablar en España de “*responsabilidad por riesgo*” como si fuera una expresión sinónima de “*responsabilidad objetiva*”, pretendiendo asociar en ambos casos, la responsabilidad a la simple causación de daños. Para los partidarios de la “*responsabilidad por riesgo*”, ésta deriva del hecho de que el demandado ha creado un riesgo o ha incrementado su probabilidad y que, por ello, cuando el riesgo se concreta y se produce el daño, deberá responder obligatoriamente. Mientras que los seguidores de la “*responsabilidad objetiva*”, definen

⁹⁰⁷ Vid., Pryor, «Peculiar Risk In American Tort Law», 408-416. La autora recomienda que si esta categoría de seguros (“*CGL*”) presentase algún problema o preocupación a las aseguradoras, se debe ver si han surgido cambios en la suscripción y en caso de existir, ver si están vinculados a dichas preocupaciones. Ejemplifica la situación de la siguiente manera: La evolución de la exclusión de la contaminación en la póliza estándar de los “*CGL*” refleja los problemas persistentes desplegados por el asbesto (*amianto*) y las exposiciones a la contaminación durante los últimos cincuenta años. De esta manera, explica la autora que una exposición potencial de daños puede plantear problemas desde una perspectiva de los seguros por varias razones: La indeterminación sobre la frecuencia y el tamaño de la pérdida, el potencial de pérdidas correlacionadas, el riesgo moral u otros factores que pudieran socavar la distribución efectiva de los riesgos (“*the effective risk-pooling*”). Sin embargo, enfatiza, que la póliza estándar de los “*CGL*” en las últimas décadas, no ha cambiado en la manera en la que parece vincularse a los riesgos asociados con los contratistas independientes. Actualmente, la “*póliza estándar CGL*” contiene exclusiones para lesiones premeditadas o intencionadas, responsabilidad contractual, responsabilidad por licores, compensación de trabajadores, responsabilidad del empleador por los empleados del asegurado, aeronave o embarcaciones. Algunos de éstas han cambiado o se han añadido en las diferentes versiones de la póliza estándar. No obstante, este tipo de póliza nunca ha incluido una exclusión de responsabilidad vinculada con los actos de los contratistas independientes.

⁹⁰⁸ Pablo Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz García, «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia (Nota a las SSTs, 1a, 5.7.2001 y 17.10.2001)», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2 (2002): 2, ISSN-e: 1698-739X.

negativamente este tipo de responsabilidad, por constituirse en oposición a la responsabilidad por culpa, insistiendo en que aquélla deriva de la simple causación material de daños, y que ésta exige además la negligencia del causante, es decir, la falta de precauciones razonables o su ausencia total. Los juristas exponen dos casos jurisprudenciales para ejemplificar las razones por las que manifiestan su rechazo a ambas tesis: *las SSTS, 1a, 5.7.2001*⁹⁰⁹ y *17.10.2001*.⁹¹⁰

⁹⁰⁹ Vid., *Ibíd.*, 2-3. Estudio de la STS, 1a, 5.7.2001 (Ar. 4991; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, en la cual se relata que una niña de 8 años de edad fue atrapada por la puerta basculante de un garaje, resultó asfixiada y murió pocos días después. Su padre demandó a la comunidad de propietarios del edificio y pidió una indemnización de 120.202 euros. La demanda fue desestimada en las dos instancias y el Tribunal Supremo desestimó a su vez el recurso de casación interpuesto por el demandante. Éste alegaba en el primer motivo de su recurso que los demandados “*crearon una situación de riesgo objetivo*”, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, debía responder. El ponente relaciona la responsabilidad por riesgo con el criterio del beneficio (“*ubi emolumentum ibi onus*” o “*cuius commoda eius incommoda*”), uno de los tópicos más socorridos de la manida retórica doctrinal y jurisprudencial sobre responsabilidad civil. Al efecto, establece una distinción: **1.** “Dichas reglas y dicha responsabilidad objetiva, sí pueden explicarse cuando el diseño de esa actividad económica instaura o crea una actividad tendente a una finalidad de agiotaje o especulación (...); **2.** Mas cuando, como en autos, el mecanismo puesto en uso por la Comunidad de Propietarios –aplicable el supuesto a otros análogos- es la existencia de una puerta de acceso al Garaje para satisfacer las necesidades de sus usuarios, no es posible apreciar la responsabilidad de esa propiedad por sucesos como el enjuiciado (...)” (F.J. 6o). La distinción es sin duda popular pero no necesariamente plausible. Las reglas de la responsabilidad civil están pensadas para hacer pagar a uno los costes de los accidentes que causa a terceros. Dicho sea en términos económicos, uno ha de internalizar las externalidades negativas subproducto de su actividad pero, como debería saberse, las externalidades pueden darse tanto en la producción como en el consumo, e InDret no ve razón alguna por la cual el criterio de delimitación de la responsabilidad por riesgo se establezca dejando dentro de ella las externalidades en la producción y fuera las que tienen lugar en el consumo. InDret no tiene nada en contra de las comunidades de propietarios que lo son de pisos y de garajes, pero no ve razón alguna por la cual los propietarios y usuarios del garaje no hayan de responder en casos como este pero en cambio hubieran de hacerlo los dueños del garaje que hubieran arrendado plazas de aparcamiento a los vecinos de un bloque de pisos. Todo el mundo trata de maximizar su utilidad –no sólo los empresarios-: el *homo economicus* no es necesariamente un comerciante. El anterior es, pues, un intento bien intencionado en acotar la responsabilidad por simple creación o incremento de riesgos, pero que en la práctica y desafortunadamente queda en subsidio perverso al consumo de cosas peligrosas.

⁹¹⁰ *Ibíd.*, 3-4. Los autores resumen el caso de la STS, 1a, 17.10.2001, (Ar. 8639;

Sin desacreditar lo dicho, González Poveda,⁹¹¹ ha reclutado los factores o elementos que caracterizan a este tipo de responsabilidad, estableciendo que son cinco, tanto desde el punto positivo como negativo:

MP: Jesús Corbal Fernández), de la siguiente manera: *“un joven de 21 años de edad haciendo ráfting en el río Gállego cayó de la balsa neumática a su paso por el punto conocido como Paso del embudo”, un desfiladero de especial dificultad, se golpeó la cabeza y murió. También en esta ocasión, su padre y heredero del fallecido demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. Por el hecho se siguieron diligencias penales, posteriormente archivadas. En el pleito civil, las dos sentencias de instancias fueron desestimatorias, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación del actor. En este caso, se plantea la cuestión de si la asunción de un riesgo conlleva por sí sola responsabilidad civil cuando el riesgo se concreta en un daño”. Confieren razón, al ponente de esta sentencia quien manifiesta que “En el sistema de culpa extracontractual del art. 1902 CC no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir el resultado dañoso. En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (...) pero se trataba de una actividad voluntaria cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido (F.J 4o).” Para argumentar el fallo, se alude a las sentencias de “22.10.1992 (Ar. 8399, lesiones sufridas con ocasión de juego de pelota a pala), 20.3.1996 (Ar. 2244, accidente de esquí), 20.5.1996 (Ar. 3879, colisión de lancha a motor con escollo sumergido a escasa profundidad en pantano), 14.4.1999 (Ar. 3140, accidente en curso de aprendizaje de parapente”. **La crítica de los autores**, parte de la razón básica de la decisión (*fundamento de derecho Cuarto*), cuando el ponente establece que “No se advierte que es lo que se dejó de hacer, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que efectuado, pudiera haber evitado el resultado lesivo, salvo la no realización de la actividad”. A partir de aquí, manifiestan que “Para el Tribunal, en definitiva, la actividad es legal, libre y voluntariamente realizada por los participantes en ella, mucho más peligrosa por supuesto que otras actividades más seguras pero también más anodinas, como practicar el senderismo, pero sin efectos a terceros. El riesgo es insular, afecta a quienes deciden y resuelven participar en una actividad peligrosa, y desde el momento en que esta actividad es legal podemos asumir que la sociedad la considera más beneficiosa que perjudicial. Una de las demandadas era una asociación cultural deportiva, no por tanto una entidad con ánimo de lucro, pero dadas las restantes circunstancias del caso, la resolución habría sido la misma aun en el caso de que la actividad hubiera sido organizada por una empresa mercantil dedicada al aventurismo. De hecho, en los casos que la misma sentencia cita como antecedentes se incluyen algunos en los que la actividad la había organizado una entidad mercantil con ánimo de lucro. Hay riesgos permitidos y riesgos asumidos. El de la responsabilidad por riesgo es un tópico en el peor sentido de la palabra”.*

⁹¹¹ González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», 699-700.

1.- La mera causación (*la relación causal material*) no es la base de la imputación derivada de la “*responsabilidad por riesgo*” (*ejemplo claro de que el autor se refiere a responsabilidad objetiva*). El concepto de responsabilidad por el resultado basado en la relación causal, carece de valor y es insuficiente para determinar quién debe responder por los daños provenientes de un accidente. Tampoco -*arguye el autor*-, se trata de una responsabilidad por la propia acción u omisión, porque muchas veces surge independientemente de la conducta del obligado a indemnizar, a pesar que aparezca un hecho pretérito en el momento de establecer el nexo causal. Este último viene determinado por el titular de la esfera de riesgo en que el daño tenga su origen.

No obstante, existen postulaciones doctrinarias que determinan que el simple nexo causal establecido entre el acto del agente y el daño, es el que genera la obligación de resarcimiento, independientemente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia. Para quienes se apoyan en esta postura, “*Basta que se produzca el daño para que el responsable del mismo, aun sin culpa, haya de indemnizar a la víctima*”.⁹¹²

2.- Presupone un cierto riesgo de peligro siempre, que debe ser el específico derivado de la empresa o de circunstancias objetivas. Debe excluirse el peligro general inherente a toda actividad humana. Como dice Acedo Penco,⁹¹³ “*riesgos especiales, más allá del riesgo de la vida general*”.

Varios países, entre ellos, Alemania, Francia e Italia, han integrado dentro de su ordenamiento jurídico la modalidad de responsabilidad objetiva, en virtud de la cual, no es imprescindible la concurrencia de elementos subjetivos -*culpa o negligencia*- en la conducta del agente dañoso, ni radica el reproche que se pueda hacer a su conducta como fundamento principal para imputar responsabilidad.

⁹¹² Lasarte, *Curso de...*, 372.

⁹¹³ Acedo Penco, *Derecho de...*, 350. En efecto, el autor propone al respecto algunas de las actividades de riesgo como la navegación aérea, daños derivados de la energía nuclear. Además, deja en claro que este sistema es más dudoso de aplicar de forma puramente objetiva cuanto estamos ante la presencia de daños causados por productos defectuosos o por los vehículos a motor.

Determinan simplemente, que quien ocasiona un daño debe repararlo, así, objetivamente.

El epicentro de este tipo de responsabilidad, radica entonces en la situación de riesgo, siempre y cuando una norma jurídica así lo determine. Todos los ordenamientos presentan una amplia y diversa gama de obligaciones “*ex lege*” que el ciudadano debe cumplirlas, las cuales traen consigo fines públicos y privados por el hecho de convivir, dependiendo del tipo de relación que tenga con otros seres humanos, dentro de una sociedad. La exigencia expuesta, es aplicable para España, en razón del sistema opuesto *-de carácter subjetivo-*. En definitiva, únicamente se considerarán como actividades generadoras de riesgos, aquellas que por mandato expreso de la Ley (*normas especiales*), se establezcan.

Además, será la Ley la que demarcará sus requisitos, contenido y alcance, para que este régimen les sea aplicable.

3.- Es relevante la coacción que las circunstancias sociales determinan para tolerar el peligro por cada individuo y la inexistencia que el eventual perjudicado posea estructura o medios propios de defensa, como por ejemplo, en la circulación de vehículos o en la navegación aérea. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad se caracteriza por ser inevitable.

4.- El daño sobreviene en relación interna con la fuente de riesgo. Aquél debe tener lugar precisamente como realización del riesgo por el que responde el obligado.

5.- La Ley fija la delimitación cuantitativa de las indemnizaciones que surgen de este tipo de responsabilidad, considerando sumas máximas.

De lo expuesto, colige el profesor referido (González Poveda), que el fundamento de la responsabilidad por riesgo (*entiéndase responsabilidad objetiva*), se asienta en la justicia distributiva: “*La coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados es desplazada sobre aquel que, aunque en forma lícita*

y permitida ha creado los riesgos”.⁹¹⁴ De esta manera, justifica el hecho de que la doctrina y legislaciones modernas instauren el nuevo principio de la responsabilidad sin culpa frente al tradicional principio de la culpa, ajustándolo a las exigencias contemporáneas. Establece el autor un neto dualismo. Por una parte, el principio de la “*responsabilidad por culpa*” no debe ser defendido a ultranza ni ser considerado que le brinda más sentido a la responsabilidad individual, porque la “*responsabilidad por riesgo*” (que prescinde de la culpa), extiende y no comprime el área tradicional de la responsabilidad, generando mayores probabilidades de resarcir un daño, lo cual eleva aún más el sentido de la responsabilidad.

4.4 Criterios que fundamentan la responsabilidad objetiva

Buyuksagis y Van Voom,⁹¹⁵ reflexionan sobre los dos criterios que existen -en Europa-, para fundamentar la responsabilidad objetiva. Uno versa sobre el “*control de las cosas peligrosas*”; y el otro, se refiere a “*la práctica de una actividad peligrosa*”. Los legisladores holandeses así como la Junta Directiva del Grupo de Estudio sobre el Código Civil Europeo, optaron por adoptar el primer criterio, mientras que los legisladores italianos, portugueses y turcos, el Grupo Europeo de Derecho de la Corrupción y los franceses y suizos, decidieron basarse en el segundo criterio.

⁹¹⁴ En igual sentido, Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 67-68. El autor enfatiza en el tema de la justicia distributiva, cuando se refiere a la innovación que representó el seguro de responsabilidad civil, ya que esto trajo consigo una evolución del sistema de responsabilidad objetiva, cuyo fundamento residiría no sólo en la función social de asegurar a la víctima que existe un sujeto responsable, sino también en la de hacer socialmente soportable el daño a través de una amplia repartición del mismo. Desde esta perspectiva, si bien el empresario es quien debe soportar el riesgo, por sí inculpable, proveniente de su actividad empresarial, no lo es por beneficiarse de ella, sino por encontrarse en la mejor situación para repercutirlo en el precio de los bienes y servicios. Esta es la idea que como bien expone, se extendió a todo aquel que sin ser necesariamente empresario, realizara alguna actividad generadora de riesgos para terceros, y que se encontrara en disposición de asegurar su responsabilidad.

⁹¹⁵ Cf. Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 623-634.

a) Primer criterio: “Control de objetos peligrosos”

El punto común de todos los sistemas legales europeos de responsabilidad objetiva que toman el “*control de las cosas peligrosas*” como criterio, a pesar de las críticas sobre posibles complicaciones de aplicación, hacen una distinción entre objetos peligrosos y no peligrosos o más peligrosos y menos peligrosos. Desde el punto de vista de una posible codificación europea, el Proyecto de Marco Común de Referencia (*DCFR*) refleja esta idea. Ha incorporado una norma general sobre responsabilidad por riesgo que establece que el poseedor de sustancias (*tales como sustancias químicas, sólidos, líquidos o gaseosos incluidos los microorganismos*) y el operador de una instalación (*móvil o una instalación bajo construcción o no en uso*) son responsables por lesiones personales, pérdida de propiedades y pérdidas consecuentes causadas por esa sustancia o emisiones de la instalación (*como la liberación o escape de sustancias, la conducción de electricidad, el calor, la luz y otra radiación, el ruido y otras vibraciones; etc*). La responsabilidad dependerá de la alta probabilidad de que sustancia o la emisión causará tales daños a menos que se controle adecuadamente o ha cumplido con las normas legales de control de la sustancia o gestión de la instalación (*VI.-3:206*).⁹¹⁶

⁹¹⁶ Véase, VI.-3:206: “*Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions*”: “(1) A keeper of a substance or an operator of an installation is accountable for the causation by that substance or by emissions from that installation of personal injury and consequential loss, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death), loss resulting from property damage, and burdens within VI. – 2:209 (Burdens incurred by the State upon environmental impairment), if: (a) having regard to their quantity and attributes, at the time of the emission, or, failing an emission, at the time of contact with the substance it is very likely that the substance or emission will cause such damage unless adequately controlled; and (b) the damage results from the realisation of that danger. (2) “Substance” includes chemicals (whether solid, liquid or gaseous). Microorganisms are to be treated like substances. (3) “Emission” includes: (a) the release or escape of substances; (b) the conduction of electricity; (c) heat, light and other radiation; (d) noise and other vibrations; and (e) other incorporeal impact on the environment. (4) “Installation” includes a mobile installation and an installation under construction or not in use. (5) However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person: (a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related

En efecto, el principio bajo el cual se aplica la cláusula general sobre responsabilidad objetiva no es el control de una actividad peligrosa, sino el control de sustancias o emisiones peligrosas. Por lo tanto, la persona que ejerce control sobre una sustancia o una instalación y la utiliza en el marco de una actividad lucrativa, es responsable de las lesiones y pérdidas personales causadas por esta sustancia o las emisiones de esta instalación si es altamente probable que, dada su cantidad y características, la sustancia o las emisiones pueden crear un peligro que excede el umbral de aceptabilidad. Con esta formulación, el DCFR pretende aplicar el principio de responsabilidad objetiva a cualquier actividad que requiera el uso de sustancias, instrumentos, instalaciones o energías que realicen tal actividad peligrosa, siempre y cuando el poseedor ejerza control sobre ellos para su oficio, negocio o profesión.

b) Segundo criterio: “La práctica de una actividad peligrosa”

Los Principios de la Ley Europea de Conflictos (*PETL*) son un ejemplo claro de la preferencia de la cláusula general de responsabilidad objetiva basada en el criterio de “*la práctica de una actividad peligrosa*” y no en el “*control de las cosas peligrosas*”. De acuerdo con el artículo 5:101 de la *PETL*:

(1) *“La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.*

(2) *Una actividad es anormalmente peligrosa si:*

- a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y*
- b) no es una actividad que sea objeto de uso común”.*

Esta disposición da la impresión de que se apoya en gran medida en el artículo 20 (*Abnormally Dangerous Activities*) del “*Restatement*

to that person’s trade, business or profession; or (b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation”.

(Third) of Torts”, de los Estados Unidos, que establece la responsabilidad objetiva para las actividades anormalmente peligrosas y también define a una actividad anormalmente peligrosa como:

“(1) *the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors, and (2) the activity is not a matter of common usage*”.⁹¹⁷

Tal formulación plantea muchas cuestiones, particularmente en lo que se refiere a la definición de un riesgo altamente significativo y previsible y el alcance de las actividades de uso común.⁹¹⁸ En los Estados Unidos, estas cuestiones pueden aclararse en cierta medida por la jurisprudencia establecida. Sin embargo, en Europa, no existe una tradición de Common Law en la que los tribunales civiles puedan retroceder. Por lo tanto, no existe un principio rector común a todos los Estados miembros. Las legislaciones nacionales dan un margen considerable al poder discrecional de los jueces sobre estas cuestiones, lo que ha dado lugar a una amplia variación de la responsabilidad objetiva en Europa.⁹¹⁹ Así por ejemplo, Italia y cuyo Código Civil (*artículo 2050*), prevé que una persona es responsable si causa daño a otra persona por “*realizar una actividad peligrosa en sí misma o por los medios empleados o por las condiciones objetivas en que la actividad se llevó a cabo*”.⁹²⁰

Teniendo en cuenta esta discusión, Buyuksagis y Van Voom,⁹²¹ consideran que no existe un criterio objetivo para que los tribunales evalúen la peligrosidad de las actividades como tales. De hecho, creen que la jurisprudencia muestra que los tribunales están lejos de

⁹¹⁷ Restatement (Third) Torts § 20 (2010). (1) la actividad crea un riesgo previsible y altamente significativo de daño físico incluso cuando el cuidado razonable es ejercido por todos los actores, y (2) la actividad no es una cuestión de uso común. La traducción es mía.

⁹¹⁸ Para evitar posibles complicaciones relacionadas con la definición de nociones como “*riesgo previsible*” o “*actividad de uso común*”, los legisladores turcos así como los redactores de la Reforma francesa del Derecho de Obligaciones (*FrRLO*) y los redactores de proyectos suizos han preferido no hacer referencia a ellos. Vid., Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 629.

⁹¹⁹ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 627-628.

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ *Ibid.*, 630-634.

ser los asesores de el riesgo perfecto y que el sistema de “*Tort Law*” típicamente lleva a los tribunales casos que no involucran a las actividades más peligrosas. Consideran que el criterio de “uso común” en la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas es impracticable. Por ello, se muestran correligionarios de que el “*objeto*” es preferible a la “*actividad*” como criterio central. No obstante, afirman que el criterio de “*objeto anormalmente peligroso*” hace necesario adoptar una tabla de peligrosidad.

Para ello, parten del siguiente interrogante: *¿Las actividades como tales pueden ser peligrosas?* Deliberan que de forma paralela, la jurisprudencia europea y los legisladores nacionales han ideado normas de responsabilidad que coexisten con conceptos ampliamente aceptados, como la responsabilidad objetiva para los accidentes de tráfico, así como con un número cada vez mayor de soluciones híbridas, como la presunción de culpa, los deberes de cuidado, las limitadas defensas, y así sucesivamente. En general, -*para ellos*-, estas medidas judiciales y legislativas han reducido la importancia del principio de la culpa, al tiempo que suscitan un creciente interés entre los académicos por la responsabilidad objetiva y las polémicas acerca de la incertidumbre respecto a su significado y sus límites. Esta incertidumbre se hace evidente cuando se comparan varios sistemas nacionales de daños en Europa. De hecho, esquematizan como ejemplos la lista de actividades que fueron y no consideradas como peligrosas bajo los sistemas legales de Portugal e Italia, denotando la difícil tarea que implica clasificar los riesgos por las consecuencias de la “*cláusula general*” de responsabilidad por actividades peligrosas:

ACTIVIDADES NO PELIGROSAS	ACTIVIDADES PELIGROSAS
Operar un conducto de agua	Operar un conducto de agua
Operación de un cajero automático	Fabricación de medicamentos
Trabajos de enlucido	Almacenamiento de datos personales
Operación de aeronaves y trenes	Caza
Comercio de líquidos de gas	Ofrecer lecciones de equitación
	Organizar un espectáculo de fuegos artificiales

	Molestias causadas por el uso de un martillo de perforación
	Quemar basura del jardín cerca de una carretera principal
	Un proceso de fabricación por el cual escapan sustancias peligrosas al ambiente

Estos ejemplos, según los doctrinarios referidos, demuestran que es difícil aprehender firmemente el concepto de riesgo y categorizar racionalmente las actividades apropiadamente. Esta tarea es aún más difícil en virtud de los regímenes que sostienen que la anomalía del peligro se evalúa con respecto, tanto a la gravedad como a la probabilidad del daño resultante de la actividad. En estos sistemas legales, la misma categoría incluye tanto accidentes menores que ocurren con alta frecuencia como accidentes catastróficos que ocurren con baja frecuencia. Tal combinación de dos extremos lo podemos ver en los PETL. La mezcla de acontecimientos comunes y extraordinarios en un solo régimen de responsabilidad pone a la explosión catastrófica de una fábrica de municiones al mismo nivel que un accidente de tráfico, aunque la naturaleza de tales accidentes difiere considerablemente. Desde un punto de vista social, los acontecimientos son incomparables: los mecanismos causales son distintos, la exposición masiva es diferente, las consecuencias son totalmente diferentes y el aseguramiento es incomparable. Por lo tanto, poner estos dos extremos en la misma categoría no es útil, y el concepto de *“actividades peligrosas” -tal como lo califican los profesores-*, es demasiado vago. De hecho, algún día se puede llegar a incluir actividades tales como proporcionar papas fritas a los que tienen sobrepeso u ofrecer actividades recreativas a los no aptos.

Por otra parte, ante algunas de las fuentes más importantes de riesgo para la salud humana, por citar algunas: fumar, el alcoholismo, la obesidad, la comida insalubre, accidentes de tránsito, contaminación del aire, el *“Tort Law”* no está *-según lo arguyen los profesores-*, plenamente comprometida con todos los riesgos a los que se enfrenta la sociedad. Se preguntan *¿Por qué un vehículo a motor se considera una fuente de peligro inherente, por ejemplo?, -*

*continúan-, ¿Es porque las estadísticas muestran que el tráfico es una fuente importante de accidentes mortales? Aunque ésta puede ser una respuesta correcta, también es peligrosa. El “Tort Law”, si deriva su categorización del riesgo de estadísticas, puede estar dirigiendo los riesgos incorrectos: los “accidentes exóticos”, en los cuales la causación es fácil de probar, pero que no deja de ser un acontecimiento estadísticamente insignificante.*⁹²²

c) “Common usage”: Criterio impracticable

Los legisladores que favorecen el criterio de “*actividad anormalmente peligrosa*” defienden que cuanto más común sea la actividad, más probable es que sus beneficios afecten a gran parte de la comunidad. Por lo tanto, según ellos, la responsabilidad objetiva está bien justificada cuando los riesgos de una actividad se imponen al público en general, mientras que sus beneficios se acumulan sólo en unos pocos. Mientras que una actividad perseguida por un gran número de personas por lo general será una cuestión de “*uso común*”, el revés no es necesariamente cierto. Incluso, si sólo unas pocas persiguen una actividad que conlleva un riesgo altamente significativo de daño, todavía puede ser de “*uso común*”. Esto es cierto, por ejemplo, para ciertos servicios públicos. La transmisión de electricidad a través de líneas eléctricas o la transmisión de gas a través de las líneas de metro, son típicamente proporcionadas por sólo unas pocas empresas, pero serán consideradas como una actividad cotidiana, comprendida en el artículo 5:101 (2b) del PETL y por tanto, fuera del ámbito de la

⁹²² *Ibíd.* 633-634. Así como bien ejemplifican los autores, en Suiza, por ejemplo, practicar un deporte es cinco veces más peligroso que conducir un coche. Naturalmente, la cadena de causa y efecto se extiende hasta un extremo en todos estos casos y el comportamiento intermitente de otros (o posiblemente la propia víctima) puede estar involucrado. Sin embargo, manifiestan que desde un punto de vista estadístico, los riesgos en estos casos no son diferentes de los que implican los vehículos a motor. Los profesores no abogan por la inclusión o exclusión de estos casos en un sistema de responsabilidad objetiva para actividades peligrosas, únicamente se limitan a señalar que, incluso en la “*Tort Law policy*”, la racionalidad exige la categorización del riesgo de acuerdo con un punto de referencia objetivo. Tal categorización necesariamente hará referencia a datos objetivos, como el número de vidas en riesgo, el impacto en la sociedad o la gravedad de las lesiones sufridas; método objetivo -que a sus ojos-, en la actualidad, parece faltar en los textos legislativos que toman como criterio la “*actividad peligrosa*”.

cláusula general de responsabilidad objetiva.⁹²³ Es clarísimo el artículo 5:101 (2b) de los PETL cuando exigen *-expresamente-* que, para justificar el recurso a la responsabilidad objetiva, el riesgo debe estar vinculado a una práctica “*poco común*”. Por lo tanto, como vemos, los autores del PETL, influenciados por el “*Restatement (Third) of Torts*”,⁹²⁴ limitaron el alcance de la cláusula general a las “*actividades exóticas*”, es decir, a las “*uncommon activities*”.⁹²⁵

A partir de estos precedentes, Buyuksagis y Van Voom,⁹²⁶ plantean *-en lugar del criterio de “actividad peligrosa”-* lo siguiente: *¿No sería mejor adoptar el criterio del “control of ultra-hazardous dangerous things”, como fundamento de la responsabilidad objetiva?* De hecho, resaltan que la jurisprudencia de muchos países europeos amplía las circunstancias que justifican la responsabilidad objetiva, porque quienes mantienen y/o utilizan máquinas y sustancias peligrosas sitúan a las víctimas potenciales en una situación peligrosa, mientras que las víctimas no sujetan a la otra a

⁹²³ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 634-635. El problema con tal norma, según los autores, es que puede ser difícil definir si la actividad en cuestión es un asunto de “*common usage*”. Para las personas que viven en islas o en regiones costeras, donde la probabilidad del daño resultante de la conducción de una lancha a motor (*motorboat*) es significativa, la conducción en lancha debe ser calificada como “*common activity*” (*actividad común*), y por ende no estaría sujeta a responsabilidad objetiva. Sin embargo, para las personas que viven en el campo, donde la probabilidad de un accidente de lancha no es significativa, conducir en lancha no califica como una cuestión de “*common usage*”, por lo que estaría sujeto a la responsabilidad objetiva. En tales circunstancias, es difícil decir que el criterio de “*dangerous activity*” proporciona una norma coherente de responsabilidad objetiva

⁹²⁴ Ver *Restatement (Third) of Torts* (2010): Phys. & Emot. Harm § 20: “*an activity is plainly of common usage if it is carried out by a large fraction of the people in the community*” (*una actividad es claramente de uso común si es llevada a cabo por una gran fracción de la gente o en la comunidad*).

⁹²⁵ Siguiendo el mismo enfoque descrito por el Restatement, algunos comentan que conducir un automóvil es ciertamente una cuestión de “*common usage*”, por lo que cae fuera del alcance del artículo 5:101 PETL *-aunque puede estar sujeto a una responsabilidad objetiva bajo los regímenes nacionales-*, mientras que el transporte de productos químicos altamente explosivos en un gran camión petrolero no puede ser excluido por esta disposición. El criterio de la “*dangerous activity*” aumentaría de manera no razonable el alcance de la cláusula general en detrimento de la responsabilidad por negligencia, mientras que el criterio de “*uncommon activity*” reduciría considerablemente su alcance, derrotando así el objetivo de tal cláusula. Vid., Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 636.

⁹²⁶ *Ibid.*, 637-639.

ningún riesgo (*riesgos no recíprocos*). No es una coincidencia -para los profesores-, que, más de dos siglos después de la Revolución Industrial, la noción de “*dangerous things in one’s care*” (*cosas peligrosas a su cuidado*), siga siendo el criterio para imponer la responsabilidad objetiva en la cultura jurídica latina europea (*como por ejemplo, el artículo 1384 (1) de la FrCC*), cuyo carácter racional fue favorecido por los defensores de la regla de la razón: una persona debe ser responsable del daño causado por las cosas que están bajo su cuidado. Mientas tanto, los autores, consideran que en un sistema basado en el criterio de “*control de las ultra-hazardous dangerous things*”, impera la necesidad de una tabla de peligrosidad para sustancias y emisiones, ya que los gráficos que describen los peligros vinculados a algunas sustancias (*como los organismos genéticamente modificados*) o las emisiones (*como la radioactividad*), proporcionarán los instrumentos necesarios a los profesionales-practicantes, estableciendo valores científicos para la probabilidad de la ocurrencia y para la gravedad del riesgo. De esta manera, la persona que utilice sustancias peligrosas o que opere una instalación peligrosa que esté sujeta a responsabilidad objetiva estaría prevenida, y por ende, tendría más probabilidades de quitar el seguro que cubre el riesgo en cuestión.⁹²⁷

⁹²⁷ *Ibíd.*, 638-639. Además, -*hacen hincapié los autores*-, para saber si una persona debe depender de la cláusula general sobre la responsabilidad objetiva o volver a la responsabilidad por negligencia, al juez se le debe dar las herramientas apropiadas para determinar si la gravedad de un determinado tipo de accidente y su frecuencia caen por encima o por debajo de cierto nivel. Un modelo que consiste en una cláusula general establecida en el código civil, así como en gráficos o cuadros más detallados establecidas en varios decretos, le permitiría determinar con precisión el nivel de riesgo. Los autores ponderan como ejemplo de dicho marco, la Ordenanza suiza, sobre protección contra los accidentes graves (1991), aprobada después del desastre ambiental ocurrido en Basilea el 1 de noviembre de 1986. Conforme al artículo 1.1 de la Ordenanza, su objetivo es proteger al público y al ambiente contra la realización de riesgos graves. Su artículo 2, apartado 5, establece que el riesgo debe determinarse en función del posible perjuicio para el público o el daño ambiental resultante de los accidentes graves y de la probabilidad de su acaecimiento. En su anexo, la Ordenanza establece las cantidades umbral para las sustancias, preparados u otros objetos tales como los desechos especiales. Cuando, de acuerdo con los datos establecidos en el Anexo, exista un riesgo grave, la persona que mantenga el objeto peligroso o la sustancia debe cumplir con los principios de prevención establecidos en la Sección 2 de la Ordenanza. Si bien tiene por objeto proteger al público y al ambiente contra daños graves o daños resultantes de accidentes, la Ordenanza no establece *per sé*, reglas de responsabilidad por daños. Sin embargo,

De todo el análisis que los catedráticos han realizado, ponderan que una “*cláusula general*” ofrecería una mayor claridad que el actual método europeo “*fragmentario*”, como así lo reputan, por “*ampliar lenta e intermitentemente los límites de la responsabilidad objetiva*”. Además, creen que tal cláusula haría de la responsabilidad objetiva una contrapartida más manejable a la responsabilidad por negligencia estándar; es decir, la cuestión sustancial es qué debe incluirse en una cláusula general. Proponen dos maneras principales para formular tal cláusula en Europa. Uno toma la “*actividad anormalmente peligrosa*” como el criterio para establecer la responsabilidad objetiva, mientras que el otro toma los “*objetos peligrosos*”. De su investigación, indican que una actividad coherente y un sistema de responsabilidad objetiva normativa, debe estar unida a los objetos en lugar de las actividades por tres razones principales:⁹²⁸

a) El concepto de “*actividades peligrosas*” es demasiado vago y, puesto que no existe un criterio objetivo para que los tribunales evalúen la peligrosidad de las actividades en sí, el concepto puede evolucionar para incluir actividades tales como el sobrepeso u ofreciendo actividades recreativas a los incapaces.

b) Puesto que el criterio de “*actividad anormalmente peligrosa*” se

cuando se produzca el riesgo, dicho marco legislativo ayudaría al juez a determinar si el almacenamiento o uso de la sustancia u objeto en cuestión es peligroso y si el nivel de riesgo en cuestión es lo suficientemente severo como para mantener al “*keeper*” (poseedor) como responsable objetivamente por el daño causado. También le proporcionaría las herramientas necesarias para decidir si éste cumplió debidamente con sus deberes o se desvió del estándar de cuidado que ciertos estatutos establecen para situaciones particulares. Critan los autores, que en muchas leyes nacionales en Europa, *el cumplimiento de los deberes de cuidado para proteger al público de los accidentes no permite que el acusado sea relevado de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, tal conducta puede ser considerada por el juez en la determinación del grado de la compensación prevista por la pérdida o el daño incurrido. Añaden que, al determinar si la gravedad de un accidente y su frecuencia caen por encima o por debajo de un determinado nivel, el juez puede utilizar los datos establecidos por una Ley, incluso para sustancias y objetos que están más allá de los especificados por tal legislación. Afirman que “una analogía es posible” y que el proceder de tal manera hace posible distinguir entre peligro y fantasía, contribuyendo además, a brindar seguridad jurídica respecto con la aplicación de la responsabilidad objetiva.*

⁹²⁸ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 639-640.

basa en la idea de que cuanto más común sea la actividad, menos justificada será la responsabilidad objetiva, el alcance de una posible cláusula general se reducirá a “*actividades exóticas*”. Esto consideran que es impracticable e impide una norma coherente de responsabilidad objetiva que beneficie a la mayoría de las víctimas y va en contra de la finalidad de una cláusula general.

c) Por último, los tribunales europeos suelen tener a alguien responsable objetivamente, porque el poseedor y/o usuario de las máquinas y sustancias peligrosas coloca a la víctima en una situación peligrosa, mientras que la víctima a su vez no presenta ningún riesgo (*riesgos no recíprocos*). Un sistema que se base en “*objetos peligrosos*” y no en “*actividades peligrosas*” como criterio central para una “*cláusula general*”, funcionará mejor si combina la cláusula general de la legislación primaria con las listas no exhaustivas más detalladas de sustancias peligrosas, emisiones e instalaciones en la legislación secundaria. Esta solución proporcionaría una mejor orientación tanto a los tribunales como a las personas que trabajan con tales objetos.

Ante la concepción doctrinal de que no debe ser caracterizada la responsabilidad por riesgo exclusivamente mediante la nota negativa de ser una responsabilidad sin culpa, González Poveda,⁹²⁹ propone además, que conjuntamente con la doctrina moderna, se reconozca que se basa en un principio propio de imputación positiva-objetiva, basado en la creación de un riesgo, pero admitiendo que en muchos casos no existe ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños. Buyuksagis y Van Boom,⁹³⁰ manifiestan que en la legislación de los Estados Unidos, que establece disposiciones explícitas para la responsabilidad objetiva de las actividades anormalmente peligrosas, hay muchos casos en que se sostiene que

⁹²⁹ Pedro González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, segunda edición (Barcelona: Bosch S.A., 2008), 699-701.

⁹³⁰ Buyuksagis y Van Boom, «Strict Liability», 637. Arguyen los autores, que bajo las leyes europeas y estadounidenses, la razón de la adopción de la prueba de “*control de las cosas peligrosas ultra-peligrosas*”, es que permite que la doctrina de la responsabilidad objetiva se aplique más fácilmente a los casos en los que no hay actividad; pero, materiales anormalmente peligrosos, sustancias o emisiones, están implicadas.

quien para sus propios propósitos, mantiene cosas anormalmente peligrosas, es objetivamente responsable ante otros por el daño causado por ellas. Incluso, varias legislaciones, cuando de titulares de aeronave o de las instalaciones de energía nuclear se trata, consagran esta responsabilidad.

Ofrece una mayor depuración de la idea de responsabilidad por riesgo distinguiéndola de la llamada responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas y permitidas. El mismo doctrinario antes referido, distinguió estos supuestos de los de la responsabilidad por riesgo, entendiendo que esta última es una responsabilidad por un resultado dañoso derivado de riesgos no completamente controlables (*por ejemplo, por tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, tenencia de vehículo de motor, tráfico aéreo, instalaciones productoras de energía nuclear*), cuya dificultad de dominación conllevó a que se prohíba su explotación o uso de no darse para su admisión un interés general predominante; pero como la explotación o uso beneficia de antemano al empresario o al usuario, es juston que éstos y no la comunidad sean quienes soporten los riesgos específicos no controlables. Riesgos no dominables que imponen la obligación de resarcir los daños, no sólo por los riesgos antes descritos sino también, los daños ordinarios derivados de esa explotación o uso en instalaciones permitidas a las que son inherentes peligros (*chispas, escapes, ruido de motores, etc.*). Considera además, que es indiferente que el causante del daño esté autorizado o no por un acto de la Administración (*concesión*) para la explotación que desarrolle, ya que le afecta el principio de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas. Es decisivo que el amenazado tenga que soportar esas transgresiones, ya que en otro caso se le permitiría actuar preventivamente contra las causas del daño; pero debe quedar indemne contra las consecuencias nocivas que se le obliga a tolerar.⁹³¹

La razón o el fundamento de la obligación compensatoria no radica en estos supuestos en la antijuridicidad del acto, ya que éstos se operan conforme a derecho, ni en la imputación de un determinado riesgo, sino en la exigencia de la justicia conmutativa de aquel que ha defendido su interés en perjuicio del que hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho. La responsabilidad

⁹³¹ González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», 701-703.

patrimonial del Estado por las lesiones o daños que sufran los particulares son un ejemplo claro en el ordenamiento jurídico español de responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas⁹³² (hoy regulado en la 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, del Régimen del Sector Público).

Expone que la tendencia de cierta doctrina busca ampliar la instauración de responsabilidad por riesgo más allá del ámbito de la explotación de industrias y uso de cosas peligrosas a órbitas como el derecho de propiedad o el contrato de compraventa. Así, en la materia relativa a las relaciones de vecindad entre predios contiguos, autores como Josserand y Ripert⁹³³ han acudido a la teoría del riesgo, para fundamentar la responsabilidad surgida de las perturbaciones motivadas por el propietario colindante. El primero, estima que la responsabilidad nacida de las perturbaciones entre inmuebles contiguos es extraña a la idea de culpa y sólo debe tenerse en cuenta la importancia del daño. Y, el segundo, categóricamente expone que en este ámbito puede ser sin culpa, aunque se ejercite un derecho que nos corresponda simplemente a través del ejercicio normal de aquel. Estas ideas, han sido rechazadas por la jurisprudencia y la doctrina dominante, tendiendo más bien a considerar demasiado rígida la teoría del riesgo para aplicarla a las relaciones de vecindad, aparte de que el daño causado en estas situaciones no significa la realización de un riesgo. En cuanto al contrato de compraventa de mercancías, con vista a justificar la responsabilidad del fabricante frente a terceros, Diedereichsen,⁹³⁴ llegó a una conclusión negativa, sobre todo por carecer el supuesto contractual de una presunción general de riesgo en la manera en que ésta se da, por ejemplo, el uso del vehículo. Posición superada en la doctrina y en la legislación que no fundan la responsabilidad del fabricante en la relación contractual.

Con estos antecedentes, diremos en cuanto al Derecho español, que la concepción de la responsabilidad culposa o subjetiva no es la única. En la contemporaneidad, la responsabilidad objetiva ha ido

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ Cf. Josserand y Ripert, citado por, González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», 701-703.

⁹³⁴ Cf. *Ibid.*

cobrando cada vez mayor fuerza y ha sido recogida con bastante frecuencia en los considerandos de las sentencias emitidas por los altos tribunales de justicia.⁹³⁵ Estos antecedentes, nos conducen a determinar que el sistema jurídico español se cohesiona con supuestos de responsabilidad objetiva, lo cual nos permite afirmar tal como muchos autores lo hacen, que el sistema clásico de responsabilidad civil extracontractual *-subjetiva-*, fundamentado en la culpa, ya no resulta ser la regla general, sino más bien la excepción,⁹³⁶ transponiéndose a aquella, la responsabilidad civil de carácter objetivo.

No obstante, en los últimos tiempos ha surgido una tendencia doctrinaria, construida sobre la base de la mayoría de los asuntos que resuelve el TS, aplicando la doctrina objetivadora de la culpa. El TS, se ha limitado al momento de establecer la culpabilidad del demandado. Se ha pronunciado al respecto, sin argumentar cómo se tenía que haber comportado determinado sujeto para no haber incurrido en responsabilidad. El efecto colateral de esta posición va ligada con los futuros demandados (*del mismo sector de actividad*), quienes se ven impedidos en adoptar las medidas necesarias para evitar el posible daño como futuras condenas, así como con el sistema de responsabilidad por culpa para que logre instaurar una corriente preventiva de daños. Es por ello, que a partir del año 2005, esta tendencia advierte y denota un claro regreso a la teoría de la responsabilidad por culpa, limitándose la jurisprudencia a aplicar la teoría de la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, únicamente en aquellos supuestos en los que la actividad del demandado, genere un riesgo superior a los estándares normales.⁹³⁷

No obstante, para otros doctrinarios,⁹³⁸ no son dos los sistemas que dentro del ordenamiento jurídico español coexisten y conforman las reglas de imputación de la responsabilidad civil extracontractual,

⁹³⁵

⁹³⁶ Así lo renocen varios autores. Acedo Penco, *Derecho de...*, 350; Lasarte, *Curso de...*, 372.

⁹³⁷ Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 72. El autor toma como base la manifestación hecha por el Presidente de la Sala primera del TS para exponer los argumentos de esta tendencia.

⁹³⁸ Cf. Acedo Penco, *Derecho de contratos...*, 250. Vid., Reglero Campos, «Los sistemas de responsabilidad», 78.

sino que hay un tercer sistema: “**La responsabilidad subjetiva con presunción de culpa**”, del agente que causó el daño, cuya carga de la prueba recae sobre él, debiendo para dicho efecto, demostrar que su actuación no incurrió en culpa o negligencia (*inversión de la carga de la prueba*). En virtud de este sistema según denota el autor, el ámbito de aplicación abarcaría los supuestos en los que la prueba es especialmente técnica y compleja, como sucede en los casos de daños ocasionados por actividades médicas o en la ruina de edificios.

4.5 La responsabilidad civil extracontractual directa por hechos propios

Estamos hablando de responsabilidad civil extracontractual de tipo subjetiva. Los elementos necesarios que han de concurrir para que opere el sistema de responsabilidad civil clásico devienen del artículo 1902 del CC, y los podemos exponer de la siguiente manera:

- 1.- La existencia probada de una acción u omisión (antijurídica);
- 2.- La realidad de un daño indemnizable, esto es, la prueba de un daño efectivo;
- 3.- La culpa o negligencia del agente;
- 4.- El nexo causal (la existencia probada, de la relación entre la acción u omisión culposa o negligente y el daño causado).

Todos estos elementos como los exponen algunos doctrinarios,⁹³⁹ nos permiten analizar este tipo de responsabilidad, *extracontractual*,

⁹³⁹ Acedo Penco, *Derecho de...*, 363-364. Este autor reconoce 4 elementos como lo ha hecho la jurisprudencia. Sin embargo, recomienda añadir como presupuestos autónomos a la **antijuridicidad** (*que suele ubicarse dentro de la acción u omisión*) y a la **imputabilidad** (*que suele estar incluida generalmente en el requisito de la culpabilidad*); Fátima Yáñez Vivero, «Culpa Civil y Daño Extracontractual Originado por Persona Incapaz (Un Análisis en el Marco del Derecho Europeo de Daños)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* 22, primera edición (Navarra: Aranzadi SA, 2009), 35-43. La autora sigue la misma línea que el anterior autor, recalcando que el propio Código Civil español admite otros posibles criterios de imputación, no sólo la “*culpa o negligencia*”. No ostante, a nombre de otros autores, discrepa en cuanto a la antijuridicidad del daño como requisito necesario para apreciar la responsabilidad civil del autor del daño. Enfatiza la autora que es un elemento que no menciona el artículo 1902 CC español. Sí es la antijuridicidad, en cambio, un requisito necesario en el ámbito

subjetiva, directa, por hechos propios, denominada así, porque es el propio agente el causante de los daños y quien ha de reponder igualmente por ellos.

Acudimos a los elementos o presupuestos (*subjetivos cuanto objetivos*)⁹⁴⁰ que han de estar presentes para que se logre atribuir este tipo de responsabilidad civil extracontractual al sujeto causante del daño. Debemos decir que los presupuestos son comúnmente aplicables a la responsabilidad subjetiva como a la objetiva, con excepción del elemento subjetivo “*culpa o negligencia*”; requisito indispensable para que opere, únicamente, la primera de ellas.

a) Presupuestos de carácter objetivo:

a.1 La acción u omisión.- Es la conducta del sujeto que va ser reprochada por haber causado un daño (“*El que por acción u omisión causa daño a otro...*”). La “*acción*” del agente causante del hecho dañoso, puede provenir de un acto consiente y voluntario o simplemente puede consistir en un hecho involuntario. Mientras tanto, la “*omisión*” que presupone la responsabilidad civil extracontractual, sólo nacerá si se omitió un deber legal o se abstuvo el agente de actuar con la intención de dañar. Existen determinados supuestos en los cuales la duda puede presentarse a la hora de dirimir un conflicto, en cuyo caso el criterio de “*la conducta normalmente exigible*”,⁹⁴¹ es el más apto para enjuiciar cualquier tipo de omisión o determinar su ausencia.

En consecuencia, el agente tendrá que cumplir con la obligación reparadora, sin importar si incurrió en una falta realizada por medio de un hecho activo “*culpa in committendo*” o de una simple abstención “*culpa in omittendo*”.⁹⁴² En este último caso, el artículo

penal; Lasarte, *Curso de...*, 372-375. Este autor prefiere ordenarlos únicamente en razón de 3 presupuestos, incluyendo a la antijuridicidad como uno de ellos: 1.- presupuesto objetivo: a) acción u omisión, b) La ilicitud o antijuridicidad, c) El daño: referencia al daño moral; 2.- presupuesto subjetivo: la culpa o negligencia; y, 3.- presupuesto causal: la relación de causalidad; Acedo Penco, *Derecho de...*, 363; Véase STS de 17 de julio 2008.

⁹⁴⁰ Tal como lo hace Lasarte, *Curso de...*, 372-375.

⁹⁴¹ Acedo Penco, *Derecho de...*, 364.

⁹⁴² *Ibid.*

1903 CC, expone claramente los supuestos legales en los que la omisión o conducta omisiva del sujeto dañoso está presente.⁹⁴³

a.2 La ilicitud o antijuridicidad.- No es un requisito expreso. Sin embargo, se refiere a la característica que debe cumplir la conducta (*acción u omisión*) del agente, que conllevará a que sea reprochada mediante el régimen de responsabilidad civil extracontractual, para luego exigirle que cubra los gastos que demande la reparación del daño causado (*la indemnización*).

A pesar de que el artículo 1902 CC, hace caso omiso a este requisito, todo acto u omisión que cause daño a otro debe ser ilícito es decir, contraria a Derecho (*antijurídica*). No obstante, esto no significa que se requiera siempre infringir una norma para ser calificada de esta manera; bastará que tan sólo se vulnere el principio ético y moral “*alterum non laedere*”, axioma principal de este tipo de responsabilidad y que obliga a todos quienes convivimos dentro de una sociedad.

De esta manera, toda actuación que cause un perjuicio o daño que recaiga sobre una persona, sus bienes o algún derecho subjetivo (*daño moral*), sin que ésta tenga el deber de soportarlo, se presume que es antijurídica e ilícita civilmente.⁹⁴⁴ Sin embargo, cabe la posibilidad de que surjan algunas circunstancias que excluyan la antijuridicidad. Estamos ante las denominadas “*causas de exoneración*”, que a pesar de estar previstas dentro del sistema penal, eximen de responsabilidad no sólo penal sino que son extensibles además a la responsabilidad civil que deriva de ella:

- a) Los casos de legítima defensa o estado de necesidad.
- b) Cuando el daño se causa con consentimiento de la víctima; a no ser que ese consentimiento sea contrario a una prohibición legal o a las buenas costumbres o ineficaz por otras razones.

Se exonera del daño, desapareciendo toda antijuridicidad, cuando el perjudicado, libre y voluntariamente, sin alterar el orden público,

⁹⁴³ Lasarte, *Curso de...*, 372.

⁹⁴⁴ Acedo Penco, *Derecho de...*, 364.

acepta por anticipado asumir el riesgo de la actividad que causó el daño.⁹⁴⁵

c) Cuando se obre en virtud de un derecho. Sin embargo, cuando el uso de un derecho resulte ser abusivo, puede constituirse en un acto ilícito. Este principio viene a configurar la teoría del abuso del derecho recogida en el Código Civil (*artículo 7*) que, inequívocamente, es aplicable al tema que nos atañe,⁹⁴⁶ al decir el “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*” (*artículo 7.2*).

a.3 El daño.- Es el presupuesto que configura la condición sine qua non de la responsabilidad. Sin daño no hay reparación. Es el requisito que impera en todo tipo de responsabilidad civil extracontractual (es indiferente el carácter subjetivo u objetivo). Lo que verdaderamente importa, es que exista un daño cierto e indemnizable, caso contrario el sistema jurídico de responsabilidad civil no se instaurará. No hemos de inmiscuirnos más en el alcance, tipos de daño y sus principales peculiaridades, por haberle dedicado un capítulo entero, para cuya referencia habrá que remitirse a las primeras páginas.

a.3.1 Daño moral.- Hacemos una particular referencia a este tipo de daño, en virtud de una pregunta que ha estado siempre latente y que de forma general, tenemos que tener presente y resolver: *¿Los daños morales son indemnizables en la obligaciones contractuales y en las extracontractuales?* En el primer caso, la doctrina discute y pone el tema sobre tela de juicio; mientras tanto, en el segundo caso, se ha mostrado unánime en afirmar que el daño moral es indemnizable. El problema que se había planteado resolver, es si el daño moral y el daño material conforman un concepto único o difieren entre sí; estableciendo al respecto, que sólo el daño

⁹⁴⁵ Ibid.

⁹⁴⁶ Lasarte, *Curso de...*, 373.

patrimonial puede ser resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, y sí sólo, en algún modo, compensables.

En igual sentido, el Tribunal Supremo, ha manifestado que la pretensión busca el pago de una cantidad de dinero que cumple con la finalidad de compensación de los sufrimientos del perjudicado, más que con una función reparadora.⁹⁴⁷ De esta manera, la cuantía de los daños acometidos, ha de ser fijada en virtud del sano criterio de este órgano jurisprudencial.

b) Presupuesto de carácter subjetivo

Este es el elemento de la “*culpabilidad*”. Presupuesto que una vez más, reincide sobre la conducta del sujeto causante del daño. Es el que constituye el principio rector que delimita y diferencia la responsabilidad civil extracontractual de cualquier otro tipo de responsabilidad. Indudablemente, es un elemento de carácter subjetivo, puesto que recae intrínsecamente sobre la persona, ya sea porque su actuar o su falta de cumplimiento en cuanto al deber de diligencia haya motivado o sea la causa del daño.

El sistema jurídico exige siempre *-en todas las circunstancias de la vida-* un comportamiento en términos de prudencia que la jurisprudencia la denominan diligencia exigible. Ésta se compara con el comportamiento adoptado por quien causó el daño y si se alcanza (*supera*), se entiende que no es negligente y, por tanto, no está obligado a indemnizar los daños causados. Pero si sucede lo contrario, es decir, que el causante adoptó un cuidado que no se ajusta al nivel de diligencia exigible (*está por debajo*), será culpable o negligente y deberá indemnizar los daños que ha causado. Los Códigos no suministran un catálogo de todos los niveles de diligencia exigibles para todas las situaciones de la vida susceptibles de ocasionar acciones, sino que utilizan modelos, roles sociales, etc. (*por ejemplo: la diligencia de un buen padre de familia*). Quien determina el nivel de diligencia exigible en una determinada situación es el tribunal que conoce del caso.⁹⁴⁸

⁹⁴⁷ *Ibid.*, 373-374.

⁹⁴⁸ Gómez Pomar, *Curso de...*, 12-13.

En efecto, únicamente quien haya actuado “...*interviniendo culpa o negligencia,...*”, será imputable civilmente, activará el régimen de responsabilidad, que trae consigo el efecto de cumplir con su deber legal de “*reparar el daño*”. Así ordena el artículo 1902 del CC español, precepto legal rector de esta institución (*responsabilidad civil extracontractual*), que a su vez sigue siendo la regla general del ordenamiento español y la regla tradicional de los códigos civiles europeos, la responsabilidad por culpa. La obligación de indemnizar los daños causados depende también de un juicio del comportamiento del causante en términos de culpa o negligencia.⁹⁴⁹

El daño, es resultado de la acción u omisión del agente (*que se presume ilícita o antijurídica*), pero es reprochable y sancionado jurídicamente, en consideración a la intención que tuvo al momento de causarlo o porque pudiendo y debiendo preverlo, en circunstancias normales, no lo hizo, incurriendo en negligencia inexcusable. En suma, la culpabilidad exige la “*previsibilidad del daño*”.⁹⁵⁰ De aquí, que la culpa pueda ser calificada de consciente o inconsciente, dependiendo si el agente actuó sabiendo a ciencia cierta que el daño se puede producir, pero espera que no ocurra o simplemente ignora que su actuación dañosa tenía carácter antijurídico. La culpabilidad del agente puede ser además, intencional -*dolosa*-, o simplemente imprudente -*culposa o negligente*-.⁹⁵¹

La norma que recoge este presupuesto subjetivo, hace caso omiso al “*dolo*”. No obstante, también serán consideradas las conductas dolosas -*excluyendo los delitos o faltas que se ventilarán en la vía penal*-, siempre que causen un daño indemnizable y que recaiga sobre una persona -*física o jurídica*-, sus bienes o derechos, como hemos dicho previamente.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, 12. En igual sentido, Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 253-254. El autor considera que la línea que parece seguir la jurisprudencia -*el Tribunal Supremo*- es la de un retorno a la responsabilidad por culpa sentada como un principio, con la consideración excepcional de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque si el concepto de culpa no se precisa, ese retorno termina siendo menos real y más aparente.

⁹⁵⁰ Acedo Penco, *Derecho de...*, 365.

⁹⁵¹ *Ibid.*

4.6 La culpa y el riesgo como elementos de la responsabilidad civil extracontractual

Si buscamos una norma en el Código Civil español (1902 CC) que defina qué se ha de comprender por culpa (*negligencia, imprudencia, etc*), ya que no se ha delimitado en dicho cuerpo legal. Lo único que sabemos y que está claro es que la culpa es el reverso de la diligencia. A partir de aquí, hemos de conectar a ambos (*la culpa y el riesgo*) para instituir un concepto a partir del cual se ha de imputar. Lo que no tiene sentido es hablar de un reproche culpabilístico si no se sabe cómo hacerse dicho reproche y éste no se lleva a cabo con alguna dosis de rigor. La culpa presenta un carácter borroso que colabora a que se la predique como imprudencia o negligencia pues la aplicación en materia civil de las figuras del dolo, dolo eventual y preterintencional no constituyen un problema.⁹⁵²

De esta manera, con el fin de encontrar los criterios claves, nos remitimos a las categorías de la diligencia que Díez-Picazo,⁹⁵³ expone:

- a) Los tribunales sitúan a la culpa en “*reprobación social*”. Con ella se hace juicio de desvalor de la conducta generalizada en todo o en la mayor parte de las áreas sociales, pero sin explicitar la razones sobre las que tal juicio se funda. A veces puede dar la idea de desvalor del resultado producido por el comportamiento de la persona afectada. El docto profesor al que referimos considera que éste es un proceder metodológico incorrecto, daño y culpa son dos cosas diferentes. Por más importantes que los daños sean, la culpa necesariamente tiene que existir.
- b) La culpa se extrae de lo anterior. Es un criterio que está circunscrito en el mismo ámbito doctrinal de los daños “*desproporcionados*”. Sin embargo, no se sabe con exactitud en qué consiste la desproporción del daño; qué puede significar un daño muy importante con una gran

⁹⁵² Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 253-254.

⁹⁵³ *Ibid.*, 259-262.

pérdida de valores, pero se puede decir también un daño que presenta una relación anómala con el resultado producido.⁹⁵⁴

Esta regla nace de la doctrina inglesa. No es un método de valoración de la negligencia sino una regla de prueba o una regla de presunciones. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características o circunstancias de este hecho. Esto conduce a pensar que sin negligencia no se habría producido aquel suceso, sobretodo si el demandado hubiese manejado o tenido bajo su control las cosas con las que el daño se causó (*los instrumentos que causaron la lesión deben estar bajo el exclusivo control del demandado y se debe tener la experiencia de que el accidente pertenecía a un tipo de los que no ocurren sin negligencia*).

- c)** Existen casos en los que los tribunales determinan la presencia de culpa pero no la definen ni la especifican.⁹⁵⁵
- d)** Hay casos en los que para fundar la culpa, los tribunales arguyen que existían deberes específicos, que nadie los reconoce fácilmente o son discutibles.⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ Pueder ser el caso, como propone a manera de ejemplo Díez-Picazo, de una infección postoperatoria que condujo a la muerte del paciente. Se dio por tétanos, lo cual significa que se originó por un tratamiento anterior. Se puede suponer que estuvieron esterilizados los instrumentos o puede decirse que los tétanos requieren esterilizaciones especiales. De esta manera, según el maestro, si el tipo de daño pertenece al grupo en que la experiencia detecta con anterioridad a la existencia de la culpa, éstas pueden ser deducidas en el caso concreto arrancando del tipo sin especial prueba.

⁹⁵⁵ Por ejemplo, como expone el mismo profesor, una máquina que había sido manipulada descuidada e imprudentemente o un extintor caducado que se encuentre abandonado, en los cuales no se entiende las razones por las cuales se establece la conclusión del tribunal.

⁹⁵⁶ Díez-Picazo, postula dos ejemplos al respecto. El primero se refiere a un suicida Zaragoza en un hospital con ventanas sin rejas, pero que pasa si tendría rejas y se produce incendio. Considera el maestro referido, que no se explica bien la razón por la cual había negligencia en que las ventanas carecieran de rejas, aunque en caso de haberlas si el suicidio pudo ser evitado. El segundo, es el caso de un incendio en una autopista; un choque en cadena inevitable. Se trata de un caso en el que se concluyó que la empresa concesionaria de la autopista era la responsable por no tener un empleado dedicado a atender los problemas que con tal suceso se pueden ocasionar. No acaba de entender el docto maestro, por qué el tribunal decidió la política laboral y organizativa de una empresa, cuáles son las

- e) Hay casos en los que se requiere dilucidar si los demandados tenían o no deberes específicos en una determinada situación.

Al ceñirnos a la materia de responsabilidad civil extracontractual, se puede decir que existe un criterio unánime de lo que por culpa se puede entender. Culpa es la “*desviación*” respecto de un “*modelo*” de conducta o de un estándar.⁹⁵⁷

También se han planteado los “*usos*” como “*modelos de conducta*”, sosteniendo que para la ley son como modelos de conducta social que indican el tipo de conducta que una persona debe tener o el límite de una actuación que no puede sobrepasar lícitamente y sirven para precisar si ha habido diligencia o negligencia en el cumplimiento de la obligación contractual y extracontractual. No obstante, la vía de los usos conlleva un problema, que versa sobre su alcance. Una posibilidad es que los usos sean una mera actividad, lo que en la realidad es usual que se practique en un determinado ámbito de actuación. Si esto fuera así, no sería útil el concepto, porque bastaría que un alto porcentaje de individuos en el sector sean descuidados para que se construya ese modelo a partir de ese dato. La segunda posibilidad, es que los usos no sean una mera actividad sino que tengan un contenido normativo por la vía de la convicción. Los usos pueden ser normas de conducta, es decir, lo que define aquí son las reglas de conducta que los usos contienen, pero que en tal caso son las reglas y no su fuente las que definen el modelo.⁹⁵⁸

En palabras de Díez-Picazo,⁹⁵⁹ el modelo más cercano para quienes buscan comprender la culpa, es el valorista. Los defensores del “*reproche culpabilístico*” siguen esta línea y tratan de dotar a la noción de culpa de un fundamento ético o hablan de una concepción social de la culpa o de la culpa como conducta socialmente desaprobada y reprochable. El argumento más sólido, es que constituye una renuncia a dibujar el modelo de cuya desviación

probabilidades de un incendio en las proximidades y la oportunidad de tener una sola persona dedicada a esa tarea.

⁹⁵⁷ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 262 - 263.

⁹⁵⁸ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 262.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, 263-264.

referimos, la cual surge únicamente tras realizar el juicio de valor y de desvalor. De hecho, sólo con el último, se puede llegar a saber lo que el modelo debió haber sido; una concepción que no sea normativa, introduce inseguridad.

Al instituir el régimen de la responsabilidad, observamos que al lado de la regla de responsabilidad por culpa está también la responsabilidad objetiva, sin culpa o por riesgo (*como la llama desafortunadamente, a veces, el TS*),⁹⁶⁰ que obliga a resarcir los daños ocasionados con independencia de un juicio basado en la culpa o negligencia, es decir, independientemente del nivel de culpa o cuidado, salvo que surga un factor extraordinario que anule esta responsabilidad (*los factores extraordinarios varían según ante que tipo de responsabilidad objetiva estemos. Así por ejemplo, en la conducción de automóviles son dos, la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento normal del vehículo y la culpa exclusiva de la víctima*).⁹⁶¹

En una primera impresión, la diferencia entre responsabilidad por culpa y objetiva parece muy clara. Para esclarecer esta situación recurrimos a los cuatro supuestos propuestos como ejemplos por el profesor Gómez Pomar:⁹⁶²

1.- Los accidentes de circulación. La conducción de automóviles se rige por una regla de responsabilidad objetiva. Si sufro un infarto y salgo de la calzada y atropello a un peatón, estaré obligado a indemnizar. No hay un caso de fuerza mayor ajena a la conducción que exonere de responsabilidad. Si la regla fuera por culpa o negligencia, esta conducta no sería responsable, dado que existe un riesgo que no podía preverse.

2.- La responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en clave de responsabilidad civil es por culpa y no objetiva (STS, 1a, 28.4.2006 (RJ 2006\4087)).

3.- Un alumno piloto fallecido al estrellarse el ultraligero que

⁹⁶⁰ Aunque en la legislación estadounidense también hemos encontrado que se refiera a este tipo de responsabilidad como “*non-fault strict liability*”.

⁹⁶¹ Gómez Pomar, *Curso de...*, 13.

⁹⁶² *ibid.*, 13.

pilotaba. La actividad de formación de pilotos implica responsabilidad objetiva y seguro obligatorio (*STS, 1a, 15.4.2009 (RJ 2009\1764)*).

4.- La caída a la vía del tren. Responsabilidad por culpa. Es el renacer de la negligencia. No obstante, se rechaza la responsabilidad por riesgo de RENFE (*STS, 1a, 25.3.2009 (RJ 2009\1663)*).⁹⁶³

Gómez-Pomar continúa exponiendo y reluciendo la diferencia entre responsabilidad objetiva y por culpa, estableciendo que ésta última se ha visto reducida por dos actuaciones del TS:⁹⁶⁴

a) La inversión de la carga de la prueba: Una vez producido el daño, se presume que su causación fue negligente, salvo que se pueda acreditar que la conducta del causante fue diligente. La víctima en este caso goza de una ventaja, pues la presunción juega a favor del demandante, por razones de protección de las víctimas. En algunas ocasiones, la inversión de la carga de la prueba es más matizada en actividades inocuas u ordinarias, pues la presunción de culpa requiere de una prueba de algún hecho antecedente que permita apoyar esa inversión (*STS, 1a, 25.7.2002*). Entre algunos ejemplos, tenemos los siguientes:⁹⁶⁵

- El fallecimiento por caída en una balsa no vallada. El propietario del embalse no adoptó las medidas suficientes de precaución consistentes en el vallado del embalse. No se ha probado que la fallecida se hubiera suicidado, lo que habría dado lugar a constatar la culpa exclusiva de la víctima o, en su caso, la compensación de culpas (*STS, 1a, 18.3.2002 (RJ 2002\2413)*).

- Un accidente en una autovía sin alumbrado por el choque con un animal: recae sobre el presunto responsable la prueba de que no fue

⁹⁶³ *ibid.*, 13. Opina el profesor, que este caso, en términos de culpa o negligencia, en la práctica, supondría un obstáculo para que la víctima pueda recibir una indemnización, ya que no siempre la víctima sabe con exactitud cómo ha sido el comportamiento del causante para acreditar si se ajusta al nivel de diligencia exigible. Además, tiene dificultades para apreciar, ante un tribunal de justicia que efectivamente el causante ha sido culpable y que se ha apartado del comportamiento debido.

⁹⁶⁴ *ibid.*, 13-14.

⁹⁶⁵

su negligencia la que causó el daño (*STS, 1a, 12.4.2002 (RJ 2002\2607)*).

- Una caída en una discoteca. La actora de la demanda no ha probado que la pista de baile estuviera en malas condiciones o que existiera un hueco o un escalón no señalados. Por lo tanto, no se puede presumir la culpa del demandado, es decir, invertir la carga de la prueba en un supuesto de responsabilidad por riesgo (*STS, 1a, 25.7.2002 (RJ 2002\7864)*).

- El desalojo de locales y viviendas como consecuencia del incendio de un local en un edificio adyacente. El TS establece la inversión de la carga de la prueba en la regla de responsabilidad por culpa, desde luego en el ámbito de control del poseedor de la cosa (*STS, 1a, 3.2.2005 (JUR 2005\61644)*).

b) Doctrina del agotamiento de la diligencia:⁹⁶⁶ Se refiere a la prueba liberatoria de culpa. El causante del daño deberá “*agotar*” la diligencia, pues constituye la única manera para demostrar que no ha sido culpable o negligente. No obstante, la jurisprudencia, respecto del “*agotamiento de la diligencia*” considera que éste implica algo más que ajustarse a las reglas de comportamiento y medidas de precaución que pueden imponer las normas legales o reglamentarias en determinadas circunstancias: significa adoptar todos los medios para evitar que el daño se materialice.⁹⁶⁷

STS, 1a, 24.9.2002 (RJ 2002\7869): Accidente de trabajo al desprenderse el techo de una cantera. Se resolvió en el sentido de que la empresa no ha probado una actuación diligente suficiente, esto es, por medio de comprobaciones periódicas del estado de los bloques o adoptando medidas de seguridad. En las actividades que

⁹⁶⁶ Esta corriente doctrinaria se empezó a desarrollar en el TS a principios de los 70.

⁹⁶⁷ Gómez Pomar, *Curso de...*, 14. El profesor para esclarecer la regla de responsabilidad por culpa, con la inversión de la carga de la prueba, la cual se presume que ha sido negligente, recurre al ejemplo de un atropello de un peatón por una bicicleta. Ilustra que el causante del daño podrá exonerarse si prueba que circulaba por debajo de la velocidad máxima establecida para el carril de bicicletas que es, por ejemplo, 20 km/h. Sin embargo, recalca que para el TS no sería suficiente que se ajuste a las leyes y reglamentos, pues ello no acredita que haya agotado la diligencia exigible en las concretas circunstancias concurrentes.

impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, no resulta suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, ya que el principio de responsabilidad por riesgo obliga al demandado a acreditar que había adoptado todas las medidas necesarias para evitar que la proximidad del daño se transforme en siniestro.

La jurisprudencia ha reconocido en sus resoluciones judiciales y de manera reiterada a este elemento *-la culpa-*, a pesar de que en la actualidad, existen casos en los cuales se ha atenuado la necesidad de este elemento subjetivo. En su versión extrema, el TS eliminó prácticamente la responsabilidad por culpa. A mediados de los años ochenta se llegó a establecer que la producción del daño acredita que no se ha agotado toda la diligencia exigible y por tanto el causante es responsable, identificándose entonces una responsabilidad objetiva. Esto condujo a que el TS siga la tendencia (*desacertada a menudo*) de aplicar el principio de responsabilidad objetiva fuera de los ámbitos legalmente previstos para ella (*navegación aérea, circulación...*), extendiendo el principio de responsabilidad por riesgo. De esta manera, quien creaba un riesgo con su actividad, debía ser responsable objetivamente y sumado esto a la doctrina del agotamiento de la diligencia, conduce casi a eliminar la responsabilidad por culpa. Sin embargo, a inicios de los años noventa, el TS abandona esa modalidad extrema del agotamiento de la diligencia y reaparece la idea de que la responsabilidad objetiva se aplica a ámbitos legalmente establecidos (*no es un principio general*); es decir, no se constituye como un principio aplicable a su conveniencia a cualquier caso de daño. Empero, la regla más básica y de aplicación más amplia para el TS, sigue siendo aún la del artículo 1902 CC español: la responsabilidad por culpa.⁹⁶⁸

De todos modos, el juez, será el único facultado en evaluar la presencia de la culpa o negligencia en el actuar del agente (*falta de diligencia*), al igual que en el caso de la responsabilidad contractual⁹⁶⁹ (*artículo 1.104 CC*). Prosperará la imputabilidad que conlleva su existencia, para cuyo efecto se ha de estar a las

⁹⁶⁸ Vid. Gómez Pomar, *Curso de...*, 14.

⁹⁶⁹ Lasarte, *Curso de...*, 374.

circunstancias específicas de cada caso en particular.⁹⁷⁰

4.7 La Prueba

¿Compete exclusivamente a la víctima (del daño)? En principio, quien ha sufrido el daño debe probarlo, *-según se infiere del artículo 1902 CC y de reiteradas resoluciones jurisprudenciales-*, el daño en sí mismo considerado así como la culpa del agente que lo causó.

Es una particularidad de la responsabilidad civil extracontractual, la necesidad de prueba de la culpa o negligencia del agente. No obstante, la doctrina admite la posibilidad de un mero principio de prueba; mientras tanto, la jurisprudencia ha evolucionado en las últimas décadas, haciendo alusión a la **“inversión de la carga de la prueba”**, principio en virtud del cual se presume la culpa del agente, debido al riesgo y cantidad de accidentes que se producen por el desarrollo de esas actividades, cada vez más industrializadas y tecnificadas que opera, por ser consideradas altamente generadoras de daños. Corresponde entonces, por esta razón, al autor del hecho dañoso, probar su correcto actuar, es decir, que en su comportamiento (*durante la ejecución de la actividad*) no incurrió en dolo, culpa ni negligencia.⁹⁷¹ En suma, que actuó en perfecta armonía con el deber de cuidado.

4.8 Requisitos de la culpabilidad

La culpabilidad tiene dos presupuestos básicos:⁹⁷²

a) La imputabilidad del autor

Para que una persona sea imputable, es decir, obligada a responder civilmente por el daño que causó, ha de ser primero culpable.

⁹⁷⁰ Acedo Penco, *Derecho de...*, 365; Lasarte, *Curso de...*, 374.

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² Lasarte, *Curso de...*, 374.

Efectivamente, la imputabilidad se deriva de la culpabilidad;⁹⁷³ y se la debe tener presente por ser una exigencia de la culpa que sí es requisito imprescindible para que el sistema de responsabilidad civil extracontractual subjetiva se configure como tal.

El término imputar (*in putare en latín*) significa adscribir, atribuir a alguien la responsabilidad dimanante del daño realizado y, ser imputables de un acto, equivale a tener capacidad de entender y querer o tener conciencia del alcance de la propia actuación. El autor del daño debe ser imputable para que la culpa le pueda ser imputada se pregunta (Lasarte 2006 le cita Fátima yáñez). No obstante, la normativa del Código Civil que alude a la responsabilidad extracontractual, no recoge ni hace alusión alguna a este factor, introducido más bien por la doctrina y la jurisprudencia. En la concepción de responsabilidad extracontractual subjetiva desemboca en la confusión de la nociones de culpa e imputabilidad y se habla de sujetos imputables y no imputables en vez de sujetos culpables y no culpables.⁹⁷⁴

En el Derecho Civil, la imputabilidad, es un préstamo del Derecho Penal donde imputabilidad subjetiva y capacidad de culpa se identifican para referirse a la madurez biológica y psíquica de una persona para ser motivado racionalmente por las normas penales (*muñoz conde – manual de parte general mir puts*). En el campo del acto ilícito, imputabilidad es la capacidad o aptitud del sujeto para comprender y asumir las consecuencia de sus actos. Esto tiene mucho que ver con la capacidad de entender y querer en que consiste la capacidad de obrar.

Tan cierto es lo dicho, que aquella persona que incurra en culpa en su conducta (*ya sea, por su acción u omisión*), sin que necesariamente sea ésta dolosa, debe haber generado el hecho dañoso, con plena conciencia, discernimiento y libertad. Esto justifica, la imposibilidad de imputar responsabilidad civil a quienes actúan sin libertad de conciencia ni discernimiento (*personas con transtornos psíquicos o mentales, menores de edad, etc, que afectan a su capacidad de comprender y querer las consecuencias de sus*

⁹⁷³ *Ibid.*; Acedo Penco, *Derecho de...*, 367.

⁹⁷⁴ Yáñez Vivero, «Culpa Civil y Daño Extracontractual», 36-39.

actos).⁹⁷⁵ En efecto, no responderían por los daños causados; no serían imputables.

La imputabilidad se convierte así en un presupuesto previo para que la conducta sea calificada como culposa o negligente, y al sujeto inimputable no le puede ser imputable la culpa y no podrá ser declarado responsable. La culpa o negligencia del autor del daño sí es un requisito legalmente exigido para afijar la responsabilidad, que no hay por qué hacerla depender necesariamente del previo juicio de imputabilidad. La imputabilidad deja de ser, por tanto, un elemento decisivo para determinar la existencia de la responsabilidad civil de una persona. En tal caso, en cuyo caso será el representante legal, quien responda por aquellos daños que pudiesen haber causado.⁹⁷⁶

⁹⁷⁵ Yáñez Vivero, «Culpa Civil y Daño Extracontractual», 35-43; 115-122. Manifiesta la autora que la regla de la no responsabilidad del incapaz constituye la regla “*disabling*” por excelencia. Sin embargo, aunque la capacidad esté cercenada, puede haber culpa en el sujeto que padece trastornos psíquicos (acciones liberae in causa del incapaz, que el ordenamiento civil español no lo regula directamente). Es el criterio de culpa el que determinará la responsabilidad en cada caso. Al respecto, hace hincapié en que “*incapacidad no es igual a irresponsabilidad, porque incapacidad y culpa son... nociones compatibles*”, siendo necesario incluso acudir a criterios subjetivos, considerando las características físicas y psíquicas de las personas, para modular la culpa, la cual es concebida generalmente como la “*infracción de la diligencia correspondiente al hombre medio*”, para cuyo efecto se fijan como parámetros de medida baremos inferiores y superiores a la media. No obstante, -*critica la autora*-, en los Principios Europeos de Derecho de Daños (PETL), la imputabilidad es entendida como una noción independiente de la culpa, como sinónimo de imputación, es decir, de atribución del acto dañoso, independientemente de la capacidad del sujeto, cuando entre los criterios de imputación o atribución, la culpa es uno de ellos.

⁹⁷⁶ *Ibíd.*, 127-134. La autora recalca que en Europa la mayor tendencia opta por la responsabilidad objetiva, es decir, presumiéndose “*iuris tantum*”, la responsabilidad de la persona que está a cargo de los incapaces (por ejemplo: *menores de edad o persona con discapacidad psíquica, etc.*), los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), también conciben dicha modalidad de responsabilidad basada en la culpa “*in vigilando*”, contemplando la inversión de la carga de la prueba para los padres o guardadores y sustituyendo el criterio “*de buen padre de familia*” que contempla el artículo 1903 CC español por el de “*estándar exigible en su supervisión*”. Entonces, lo más importante es verificar si existe o no ese deber de diligencia que impone la vigilancia. No obstante, en la actualidad, no se le puede exigir al “*vicario*” como denomina la autora, que ejerza un control exhaustivo sobre el “*dependiente*” que coarte su libertad de movimiento o el desarrollo de sus actividades para el libre desarrollo de su personalidad. De aquí, emana su crítica a la severa inversión de la carga de

b) Conducta dolosa o culposa por parte del autor del hecho

Indudablemente, el dolo (*conducta deliberada y consciente dirigida a producir daño a otro*) es de mayor gravedad que la culpa. Por esta razón, éste debe ser considerado inmerso dentro de aquellos preceptos que se refieren únicamente a la culpa (*artículos 1902 y 1903 del CC*), entendiendo a la culpa en un sentido genérico, sin importar el “*género de culpa o negligencia*” (*artículo 1089*),⁹⁷⁷ generando por ende responsabilidad civil extracontractual, tanto el dolo como la culpa.

4.9 La responsabilidad civil por hecho ajeno (indirecta o directa)

Ante el análisis de la institución de la responsabilidad civil extracontractual *-subjetiva-*, resulta ser este tipo de responsabilidad (*por hecho ajeno*) un poco “*particular*”, configurándose como una excepción al principio general consagrado en el artículo 1.902 del Código Civil. Se triza de alguna manera y se ve un poco desvirtuado el sistema tradicional (*responsabilidad civil extracontractual por hechos propios*), por la no intervención directa del agente. De ahí que doctrinariamente esta institución jurídica haya sido bautizada como “*Responsabilidad por Hecho Ajeno*”, “*Responsabilidad por Hecho de Otro*”, “*Acto Ilícito Ajeno*”⁹⁷⁸ u “*Obligación por Actos Ajenos*”, sin dejar de ser un tipo de responsabilidad civil extracontractual.

la prueba establecida, la cual según expresa vendría a tambalear por dichas circunstancias, pues la responsabilidad de los guardadores no puede ser considerada hoy en día como sustitutiva de la individual, correspondiente al autor material del hecho.

⁹⁷⁷ Lasarte, *Curso de...*, 374. Tal como expone el autor, la graduación de la culpa (*o sea, distinguir entre la culpa grave, leve y levísima*) no es de suma importancia en la responsabilidad extracontractual, como ocurre al contrario en la responsabilidad contractual, ya que el autor del acto ilícito debe responder siempre por el daño que haya causado, cualquiera que sea el grado de la falta.

⁹⁷⁸ Jaime Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, segunda edición (Barcelona: Bosch, 2008), 653.

En este caso, el agente, a pesar de no haber causado el hecho dañoso por su propia conducta, responde por el actuar de un tercero, es decir, “...la persona que origina el daño y quien ha de responder del mismo no son coincidentes”.⁹⁷⁹ En principio, el carácter indirecto y subjetivo, aún predomina. El artículo 1903.1 CC afirmaría lo dicho. La obligación civil de reparar el daño causado extracontractualmente interviniendo culpa o negligencia, se origina y “...es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

a) Los supuestos de responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno en el sistema español

En efecto, este tipo de responsabilidad, no es más que una “obligación impuesta por la ley”,⁹⁸⁰ apoyada en una presunción “*iuris tantum*” de culpa de prefijadas personas que el Código Civil español (artículo 1903, último párrafo) consagra. De esta manera, a partir de algunos supuestos, los causantes del daño y los sujetos responsables están perfectamente identificados:

- 1.- Los padres, respecto de los daños causados por sus hijos.⁹⁸¹
- 2.- Los tutores, de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.⁹⁸²
- 3.- Los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.
- 4.- Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del

⁹⁷⁹ Lasarte, *Curso de...*, 375.

⁹⁸⁰ Acedo Penco, *Derecho de...*, 371.

⁹⁸¹ La Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la que incorporó esta redacción. Lasarte, *Curso de...*, 375-376.

⁹⁸² Condiciones ambas que han de darse de forma concurrente.

profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.⁹⁸³

Si nos remitimos a cada supuesto, observamos que la presunción de culpa o negligencia en contra del agente (*ya sea porque existe relación de dependencia, guarda, cuidado o jerarquía sobre otras personas*), conlleva a determinar que el daño ha sido provocado por su falta de cuidado o diligencia respecto de “...*aquellas personas de quienes se debe responder*” (artículo 1903.1 CC), permitiendo que estas últimas (*podría tratarse de un inimputable*), causen daños a terceros mediante un comportamiento activo u omisivo.

Esta situación que es permitible en el campo civil, a diferencia de lo que hoy en día, la mayoría de Códigos Penales establecen, no cabe obligar a alguien para que responda penalmente por los hechos de otro. Así lo manifiesta Acedo.⁹⁸⁴ No obstante, Santos Briz,⁹⁸⁵ cuando habla de la fundamentación jurídica de la responsabilidad civil declarada en el artículo 120 del Código Penal, colige que en esencia es la misma que la prevista por el artículo 1903 CC. Cree que el principio “*cuus est commodum eius est periculum*” (*Los intereses o la ventaja de quién está en peligro*) que, al lado de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, base de la responsabilidad subsidiaria por razón de delito, puede también aplicarse a los supuestos de dueños o directores de establecimientos o empresas y a los titulares y profesores de los centros docentes que alude el artículo 1903 CC. Sin embargo, admite que ambas disposiciones difieren en cuanto a la prueba, ya que en la vía civil, el presunto responsable puede probar que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, mientras que el artículo 120 del Código Penal no contenía norma análoga.

b) Crítica al artículo 1903

⁹⁸³ Esta redacción responde a la reforma introducida por la Ley 1/1991, de 7 de enero, la cual además, eliminó la del CC la regulación de la responsabilidad del Estado, con ocasión del advenimiento de nuevas normas. En virtud de esta regulación, sólo podrá exigirse a los profesores por parte de los titulares de los Centros Docentes, las cantidades satisfechas cuando hubiesen incurrido en dolo o culpa grave (*artículo 1904.2 CC español*). Lasarte, *Curso de...*, 375-376.

⁹⁸⁴ Acedo Penco, *Derecho de...*, 371.

⁹⁸⁵ Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», 656-657.

Para algunos autores, como Lacruz,⁹⁸⁶ “*por la enumeración concreta y precisa que determina el artículo en cuestión*”, dicha enumeración tiene un carácter limitativo o exhaustivo, por ceñir la responsabilidad por hecho ajeno únicamente a los supuestos que el aludido precepto contempla. No obstante, existe quien sostiene que este criterio es erróneo en términos de justicia material. Así, Lasarte,⁹⁸⁷ a pesar de reconocer que el código no enumera todos los diversos supuestos posibles (*por ejemplo, los responsables de un centro psiquiátrico cerrado, el monitor de un grupo de niños en un viaje de estudios al extranjero, etc.*); no obstante, argumenta que el Código Civil “*lo único que exige es que entre responsable y agente del daño, exista una relación de subordinación o de particular custodia o vigilancia. Por tanto, basta con dicha relación para que pueda (y deba) predicarse la vigencia de responsabilidad por hecho ajeno*”.

Santos Briz,⁹⁸⁸ considera la posibilidad de extender por analogía incluyendo a las personas jurídicas como responsables, sin considerar que dicha numeración que trae consigo el artículo 1903 CC español, sea exhaustiva o “*numerus clausus*”, aunque trate de imponer una obligación, sino más bien es meramente enunciativa o “*ad exemplum*”. Asimismo, (atendiendo al espíritu y finalidad de las normas (*artículo 3.1 CC y a la analogía prevista en el artículo 4.1 del mismo CC*).

En suma, surge la obligación de indemnizar los hechos dañosos, ejecutados por personas diferentes del obligado a su reparación, en los casos que las leyes preven.⁹⁸⁹

Así, por ejemplo los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (*PETL*), consagran tres supuestos que configuran la norma fundamental de responsabilidad (*art. 1:101.1 y 2*), en virtud de la cual se puede imputar jurídicamente a una

⁹⁸⁶ Lacruz, citado por, Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», 654.

⁹⁸⁷ Lasarte, *Curso de...*, 376.

⁹⁸⁸ Cf. Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», 654.

⁹⁸⁹ Acedo Penco, *Derecho de...*, 371.

persona el daño sufrido por otra, y puede ser obligada *-la primera-* a repararlo, siempre y cuando la causa del daño provenga de:

- a) Una conducta culposa.
- b) Una actividad anormalmente peligrosa.
- c) La conducta de un auxiliar (*acción u omisión*), en el ejercicio de sus funciones.

La norma fundamental que el Grupo Europeo ha consagrado en los Principios, hace referencia a la “*vicarious liability*” (*responsabilidad vicaria*). No obstante, *a posteriori* (artículo 6:101), se usa un término más genérico, el de “*liability for others*” (*responsabilidad por otros*), que abarca dos situaciones distintas, que ya no se enmarcarían dentro de la esfera de la responsabilidad vicaria, a saber:

a) Responsabilidad por los actos de los menores y de las personas discapacitadas psíquicas, fundamentada en una culpa presunta, la cual admite prueba en contrario (*presunción iuris tantum*). Esta responsabilidad que depende de la presencia de la culpa del principal era desconocida en el Derecho inglés tradicional. Sin embargo, ahora se ha introducido en el Derecho inglés “*of torts*” y algunos doctrinarios se refieren a ella como “*non-vicarious liability for the acts of others*” (*responsabilidad no vicaria por los actos de otros*).

b) Responsabilidad por los auxiliares, sustentada en que la culpa del principal no es presupuesto de su responsabilidad. Se remite a aquellas situaciones en las que un principal (*en el sentido más amplio*) responde por el daño causado por sus auxiliares. Para algunos doctrinarios, estaríamos ante un tipo de responsabilidad objetiva.

Hay quienes sostienen que el supuesto de responsabilidad subjetiva al que alude la norma fundamental de los Principios (artículo 1:101), que a su vez, da lugar al capítulo de “*responsabilidad por otros*” era innecesario, ya que se podría haber reconducido los fundamentos de imputación subjetiva a los que se refiere el artículo 1:101 a la responsabilidad por culpa y no a la responsabilidad objetiva. La diferencia específica *-que llevó al Grupo a mantener la “responsabilidad por otros” como un fundamento de imputación subjetiva diferenciado-*, radica en que quien responde por otro

queda sujeto a responsabilidad no sólo en atención a su propia conducta sino también debido a la conducta de otra persona (*siempre relevante para determinar la responsabilidad*) y que por ello, no deberá responder si esa otra persona cumple con el estándar de conducta exigible (*artículo 4:102*).⁹⁹⁰

Ahora bien, dentro de la “*responsabilidad por otros*”, el Grupo trata únicamente, de la “*responsabilidad por la conducta de los auxiliares*”, resaltando que el contratista independiente (*aquel que actúa sin estar sujeto al control directo de quien se beneficia de su actividad, y estuvo de acuerdo en que no podía ser equiparado al auxiliar precisamente por esa falta de control por parte del comitente*), no es considerado como auxiliar (*artículo 6:102*).

Es notable la falta de regulación uniforme que encontramos tanto en la “*Norma Fundamental*” como en el Título V, Capítulo IX que alude a la “*Pluralidad de causantes del daño*” (*artículos 9:101 y 9:102*). Asimismo, en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado, el Grupo no ha instituido ningún principio. Dentro del ordenamiento jurídico francés, todos los supuestos que se ha recogido dentro de los Principios, son identificados como casos de responsabilidad objetiva, sin ninguna diferenciación. La responsabilidad no se vincula a la conducta de otro sino a una situación de riesgo objetivamente definida que la persona o la cosa crea. El principal debe responder por la actuación de esas otras personas a partir del riesgo materializado, independientemente de cómo haya podido calificarse su conducta.⁹⁹¹

⁹⁹⁰ Miguel Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (Madrid; Dykinson s.l., 2007), 493-496. El autor recalca que la “*responsabilidad por otros*” establecida en los Principios, carece de consecuencias normativas. No existe un principio común que englobe todos los supuestos, mientras en unos casos una persona ejerce deberes de control o vigilancia sobre otras (*menores e incapacitados*), así en otros el control o vigilancia se ejerce en beneficio propio (*auxiliares*). En el primer caso, se considera que la responsabilidad debe ser atribuida por culpa presunta, mientras que en el segundo se busca establecer responsabilidad vicaria - *en el sentido expuesto*- del principal por los hechos de sus auxiliares.

⁹⁹¹ *Ibid.*, 496.

4.10 Los presupuesto de la responsabilidad del principal por los hechos de los auxiliares:

a) Responsabilidad no basada en la culpa del principal

En ciertas ocasiones el auxiliar puede causar daños a los bienes de un cliente de su principal. En este supuesto, la responsabilidad puede ser contractual como extracontractual. Cada ordenamiento jurídico, traza esa línea fronteriza de manera diferente. Así por ejemplo, en Alemania, la culpa del principal es una presunción “*iuris tantum*”, mientras que en ordenamientos jurídicos como el inglés o el italiano no existe este tipo de presunción legal. En cuanto al ordenamiento jurídico español, se ha prescindido del elemento subjetivo de la culpa del principal como presupuesto de la responsabilidad, tal como los Principios corroboran. La jurisprudencia española ha considerado la objetivación de la responsabilidad, quedando resagada la posibilidad de que el principal pueda ser exento de responsabilidad en los casos de daños causados por los auxiliares, (*incluso dificultando la prueba de que el principal ha actuado con diligencia u otros mecanismos*).⁹⁹²

b) La relación entre el auxiliar y el principal: la condición del auxiliar y la relación de subordinación o dependencia

Dentro de los ordenamientos jurídicos, para imponer algún tipo de responsabilidad a los empresarios por los hechos de sus empleados, se exigen ciertas condiciones a cumplir. En los Estados Unidos por ejemplo, es necesario que exista un contrato de servicios entre el empresario y el empleado o al menos que se realice una prestación de servicios, con relación de subordinación y a cambio de una remuneración. A *contrariu sensu*, en España, para que se pueda imputar responsabilidad al principal no se requiere que entre las partes exista algún tipo de contrato de servicios, basta la simple relación de dependencia o subordinación, y sin que a cambio de dicha prestación, exista además una remuneración (*prestación de*

⁹⁹² *Ibid.*, 509.

servicios gratuita). Tampoco será imprescindible que el auxiliar -concreto- que causó el daño sea indentificado o individualizado. Será suficiente con que el demandante pruebe que uno de los auxiliares del principal es quien causó el daño.

Si fuera contractual, no estaríamos ante un auxiliar en la ejecución sino ante un auxiliar en el cumplimiento. En estos casos, en Europa, (*en virtud de una disposición legal expresa o jurisprudencia o doctrina*), se admite que el deudor responde por el daño causado por el auxiliar en el cumplimiento como si lo hubiera causado el mismo. En definitiva, asume las consecuencias de sus actos y su responsabilidad sólo se exonerará cuando el daño o el hecho que impidió cumplir con la prestación se deban a fuerza mayor, circunstancia externa al círculo de actividad del deudor.⁹⁹³ Los Principios de Derecho contractual europeo (*PECL*) dispone que “*La parte que encomienda a un tercero el cumplimiento del contrato seguirá siendo responsable de dicho cumplimiento*” (*Art. 8:107*).

En el ordenamiento jurídico español, la regla general que prima es que la responsabilidad del empresario principal no depende de algún tipo de relación contractual -*permanente u ocasional*- con el auxiliar, ni si recibe o no remuneración, sino de la obligación que recae sobre el auxiliar de cumplir instrucciones. Hay dependencia o subordinación con el principal, sólo si éste goza de la potestad de impartir instrucciones. A partir de aquí, que se conozca como “*auxiliares*” a las personas que están obligadas a acatar instrucciones de otra y “*principales*”, a quienes tienen la potestad de impartirlas. La simple posibilidad de impartir instrucciones a otra persona es suficiente para probar la categoría de principal en relación con quien debe acatarlas (*el auxiliar*).

En los Principios, se cede ante reglas más estrictas de responsabilidad contractual. Los auxiliares son referidos en forma plural (*artículo 6:102*), ante lo cual es preciso distinguir la “*responsabilidad por los auxiliares*”, que procede cuando aquellos hayan violado el estándar de conducta exigible (*4:101*) de la “*responsabilidad de la empresa*” (*artículo 4:202*), a la cual puede imputarse responsabilidad incluso cuando el daño haya sido causado por un auxiliar sin que haya intervenido culpa (*es decir, sin*

⁹⁹³ *Ibid.*, 517.

violación del estándar de conducta exigible) pero siempre que haya existido un “defecto” (toda desviación respecto a los estándares razonablemente exigibles a la empresa, a sus productos o servicios) de la empresa o en su organización (artículo 4:202.2). Martín-Casals,⁹⁹⁴ considera que la culpa de los auxiliares (aunque no se individualice a quienes han infringido el estándar de conducta exigible), es un presupuesto ineludible para lograr imputar responsabilidad al principal.

Un empleado también puede ser un “auxiliar”, es más cualquiera que esté deseoso de ayudar y que actúe bajo la supervisión de quien deba responder. La cuestión de saber quién ostenta el poder efectivo de impartir instrucciones en una situación concreta, trasciende en el caso de los trabajadores “borrowed employees” (empresario cede temporalmente a un trabajador para que haga alguna de sus funciones). Si durante ese tiempo de la cesión se ha causado algún daño, el empresario -que tenga el poder de impartir instrucciones-, será el responsable. En suma, en los ordenamientos que cuentan con la presunción “*iuris tantum*”, corresponde al empresario cedente demostrar que ha transmitido al empresario cesionario, el poder efectivo de sujetar al auxiliar a sus instrucciones. Es el único medio, a través del cual puede quedar exento de responsabilidad.⁹⁹⁵

c) La relación entre el ilícito civil y la tarea encomendada al auxiliar: la actuación del auxiliar en el ejercicio de sus funciones

Es uno de los presupuestos más complicados de determinar. La norma fundamental de los Principios exige que para que se logre imputar el daño al principal, los auxiliares debe haber actuado “*en el ejercicio de sus funciones*”. Moreteau,⁹⁹⁶ considera que este concepto es muy amplio, y a pesar de no ejemplificarlo, señala que “*debe existir un vínculo entre la tarea encomendada y la acción en cuestión*”. Para ellos, postula dos criterios orientativos:

⁹⁹⁴ Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno», 508-509.

⁹⁹⁵ Ibid., 509-510.

⁹⁹⁶ Moreteau, citado por Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno», 512.

1.- *“El abuso de una posición no debe ser, por sí mismo, razón suficiente para considerar que la actividad cae fuera del ejercicio de sus funciones, a pesar de que en muchos casos ello pueda ser un acto delictivo”*.⁹⁹⁷

2.- *“Incluso si la actividad cae fuera del ejercicio de sus funciones, la responsabilidad puede deberse a la existencia de una autorización por parte del principal”*.⁹⁹⁸

Ante la dificultad que representa delimitar la actuación del auxiliar en relación con las funciones o tareas encomendadas por el principal, países como Alemania, Inglaterra y Suiza, han decidido que debe distinguirse entre: **a)** Un modo inapropiado de hacer lo que el auxiliar debe hacer; y, **b)** Aprovechar la ocasión que el empleo o relación de subordinación ofrece para causar el daño. Otros, como los Estados Unidos, Israel o Sudáfrica, ha acudido a verificar la intención que ha motivado a que el auxiliar actúe de determinada manera: **a)** Favorecer los intereses de su principal, en cuyo caso, la actuación todavía se encontrará dentro del ejercicio de sus funciones; **b)** Intenciones netamente personales, en cuyo caso, su actuación quedará excluido del ámbito del ejercicio de sus funciones. Mientras tanto, Francia e Italia, tienen un enfoque más amplio. Consideran que el principal deberá responder siempre que el acto del auxiliar esté objetivamente relacionado con el trabajo

⁹⁹⁷ Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno», 512. Respecto a este criterio, el profesor comenta que ni los Principios ni el Comentario de Moretau son más explícitos en este tema, por lo que recomienda recurrir a la distinción que en varios países han realizado los Tribunales, traducida en el análisis de si el trabajo que se asignó al auxiliar contribuyó a incrementar la posibilidad o el riesgo para que el daño se causara o se cometiera el delito. Entonces, si la tarea encomendada al auxiliar no le facilitó ni incrementó la probabilidad de comisión del delito, parecería que el delito no es una consecuencia de la tarea encomendada y por ende, no podría imputarse al principal el daño que de él derive.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, 511-512. En cuanto a este criterio, el docto maestro, sugiere que se tenga en cuenta la autorización del principal, ya que podría tratarse de una extensión puntual de las funciones del auxiliar o de un ulterior requisito a falta del anterior, que al facultar al auxiliar a la actuación extralimitada (*como en la jurisprudencia francesa*), impediría la exoneración del principal. La jurisprudencia francesa exige la presencia de tres requisitos para que la responsabilidad del principal (*“le commettant”*) quede exonerada: 1.- Que el auxiliar (*préposé*) haya actuado fuera del ejercicio de las funciones encomendadas. 2.- Sin autorización. 3.- Con finalidades ajenas a las funciones.

que desempeña, aún cuando el motivo que condujo a que el auxiliar acúa sea puramente personal.⁹⁹⁹

d) La culpa del auxiliar

El capítulo cuarto de los Principios trata de la “*Responsabilidad por culpa*”, la cual para que se instaure con respecto de los auxiliares, éstos tendrán que haber “*violado el estándar de conducta exigible*” (*artículo 6:102.1*). De ello, colegimos -a simple vista- que la víctima no podría solicitar compensación alguna, si el demandado demuestra que el auxiliar ha cumplido con dicho estándar, lo que a efectos de los Principios, esto no quiere decir que la víctima no recibirá ninguna indemnización. Más bien, estaríamos ante un supuesto de “*responsabilidad vicaria*”, aunque está claro que constituye uno de los posibles casos de “*responsabilidad por hecho ajeno*”. De cualquier forma, de lo que estamos seguros es que como bien enfatiza el profesor Martín-Casals, no estamos ante un supuesto de “*responsabilidad objetiva*”.¹⁰⁰⁰

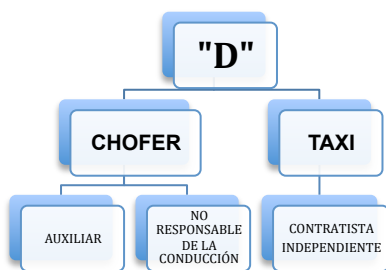
e) El llamado contratista independiente. Noción del contratista independiente.

Los Principios fueron tajantes al incorporar como regla específica, la exclusión de “*responsabilidad por hecho ajeno*”, cuando un daño haya sido causado por un contratista independiente (*art. 6:102.2*).

Ahora bien, prestemos atención al siguiente cuadro:

⁹⁹⁹ *Ibíd.*, 510-511.

¹⁰⁰⁰ *Ibíd.*, 512. El autor se remite al Comentario hecho por **Moretau**, en el cual cita como ejemplo el caso del cirujado que sufre de un ataque al corazón y no culmina la operación provocando un daño al paciente. En primer lugar, considera el autor, que hay una relación de subordinación del cirujano (*quien sería el auxiliar*) frente al hospital, estaría exento el hospital de responsabilidad (*según el art. 6:102.1*). No obstante, podría haber la posibilidad de que el hospital sea declarado responsable por la totalidad del daño causado, ya que se podría entender que fue un “*defecto*” de la empresa (*en virtud del art. 4:202 PETL*). Ese defecto podría encontrarse en los horarios excesivos o en la sobrecarga de trabajo del cirujano, factores que contribuyeron a que su salud se vea afectada hasta llegar al ataque, en la no disponibilidad de un cirujano de urgencias y de medios técnicos necesarios para superar esa eventualidad. No obstante, enfatiza el autor: “*esa responsabilidad de la empresa no es vicaria sino un supuesto de inversión de la carga de la prueba de la culpa y que requiere prueba del defecto*”.



Este cuadro ilustra el ejemplo propuesto por Moreteau:¹⁰⁰¹ Cuando “D” contrata a un chofer, éste es un auxiliar y “D” es responsable de la conducción del chofer. Cuando “D” toma un taxi, el taxista es un contratista independiente.

A partir de aquí, la posición del principal cobra un rol importante para determinar su responsabilidad. En la relación establecida con un contratista independiente (*el causante del daño*), el principal no ejerce ningún tipo de control, por lo que imputarle responsabilidad, no parecería muy justo. Además, muchas veces el contratista independiente está en mejor posición que el principal, pudiendo asegurarse frente a los efectos adversos de su culpa (*criterio de la mejor posición*). Sin embargo, esta regla de exclusión de responsabilidad, en algunos ordenamientos jurídicos se rompe. Tal es el caso de Inglaterra y los Estados Unidos -*Common Law*-, cuyos ordenamientos jurídicos consagran la regla del “*non delegable duties*” (*deberes no delegables*), en virtud del cual es posible atribuir responsabilidad al demandado -*contratista principal*-, por la actuación del contratista independiente (*el ejemplo clásico atiende a los casos de ejecución de obras públicas*). Bajo el techo de esta regla, en la construcción de carreteras o al realizar actividades peligrosas, el contratista principal es quien debe soportar los riesgos de la actividad, aún cuando se haya subcontratado a otro para que lleve a cabo dicho trabajo. Incluso, el contratista principal puede resultar responsable en aquellos casos en los que la víctima se encuentre en una situación de “*error excusable*” respecto del carácter independiente del contratista y ha confiado en que depende del principal (*criterio de la apariencia*) o que éste deba responder

¹⁰⁰¹ Moreteau, citado por Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno», 515.

objetivamente en virtud de una norma que vincula la responsabilidad con el desarrollo de la actividad.¹⁰⁰²

f) Especial referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas mercantiles: Empresarios - empleadores y empleados

La presencia de culpa *in eligendo* (en la selección) o *in vigilando* (en la vigilancia) nos coloca ante el supuesto cuarto del artículo 1903 CC. “Los dueños o directores de un establecimiento o empresa” deberán responder por “los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”. En torno a esta situación, toda la fundamentación para instituir “responsabilidad por hecho ajeno”, antes abordada y que está reconocida por el citado precepto legal son aplicables al presente caso. Así también lo ha reconocido reiterada jurisprudencia, dentro de la cual se exige además un requisito esencial para que opere la responsabilidad del empresario: “**Relación Jerárquica de Dependencia**”, entre el causante del daño y la empresa demandada.¹⁰⁰³

La existencia de este vínculo laboral (*relación de dependencia*) es el punto de partida para que esta responsabilidad se instaure. No obstante, hay que tener presente que la regulación del precepto no es extensivo al dueño o promotor de una obra, ya que “no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1903 CC a efectos responsabilizadores por causa de culpa extracontractual, desde el momento en que hizo el encargo a personas que por su profesión técnica era las objetivamente adecuadas al respecto”.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰² Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno», 515.

¹⁰⁰³ Cf. Acedo Penco, *Derecho de contratos...*, 374.

¹⁰⁰⁴ *Ibíd.*

Ahora bien, si las personas jurídicas son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, éstas se sujetarán además, a las leyes específicas que las regulan, las cuales han incorporado normas que contemplan un régimen de responsabilidad civil sobre determinados supuestos. La Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre,¹⁰⁰⁵ fue la primera en introducir el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en su artículo 133, cuyo texto fue modificado por la Ley 26/2003, de 17 de julio (*artículo 6*),¹⁰⁰⁶ contemplando lo siguiente:

“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

¹⁰⁰⁵ El texto refundido de esta Ley, fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010, debido a la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰⁰⁶ Por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

No obstante, mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se aprueba el texto refundido vigente de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo capítulo V que trata de la responsabilidad de los administradores, se instauraron los presupuestos de la responsabilidad en su artículo 236,¹⁰⁰⁷ el cual fue posteriormente modificado por el artículo único veinte de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre,¹⁰⁰⁸ que incorpora nuevos presupuestos de la responsabilidad, incluyendo la extensión subjetiva de la responsabilidad, de la siguiente manera:

“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de

¹⁰⁰⁷ Veáse, artículo 236 “Presupuestos de la Responsabilidad”: “1. Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. 2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

¹⁰⁰⁸ Se introdujo esta Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”.

En virtud de la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital se deroga la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 2/1995, de 23 de marzo,¹⁰⁰⁹ y el caso de responsabilidad de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada, ha pasado a ser regulada al igual que en el caso de las sociedades anónimas, por el régimen de responsabilidad vigente que consagra la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, antes referido. En todo caso, en todos estos supuestos de responsabilidad ya de los administradores, ya de los socios o incluso de la junta general y otros órganos sociales, se podrán aplicar, así sea supletoriamente las normas del Código Civil (*artículos 1902 y 1903*).¹⁰¹⁰

Existe un nuevo matiz de la responsabilidad civil que afecta a las sociedades de auditoría. Esta responsabilidad civil se basa en la actuación de la sociedad de auditoría y los funcionarios o auditores individuales, quienes actúan en la causación del daños a terceros, en

¹⁰⁰⁹ Anteriormente, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 2/1995, de 23 de marzo, modificada luego por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, establecía que: “La responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada se regirá por lo establecido para los administradores de la sociedad anónima” (*artículo 29.1*).

¹⁰¹⁰ Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», 661.

razón de los informes realizados y que son los afectados por la responsabilidad reclamada.¹⁰¹¹

Jurisprudencialmente, existen ciertos postulados que se han proclamado en vinculación con la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas (*anónima o limitada*):¹⁰¹²

“a) Debe probarse la acción u omisión gravemente culposa y demostrarse el daño y su relación de causalidad con aquella (S. De 21 de mayo de 1992).

b) Queda excluida la responsabilidad de que se trata por daños causados por culpa leve o levísima; criterio tradicional en nuestro derecho a partir del CC de 1829, inspirar del art. 144 del CC de 1885, por estimarse que la culpa leve o la levísima son de difícil valoración en las operaciones mercantiles (S. de 11 de octubre de 1991).

c) Se trata de una responsabilidad de los administradores; evidentemente subjetiva (S. de 13 de octubre de 1986), que debe referirse a hechos concretos por los que, como observa la sentencia de 12 de abril de 1989, se pretende apreciar a indagar una conducta dolosa o negligente y no un repaso de toda la vida social”.

En algunos ordenamientos jurídicos (*como Austria por ejemplo*) se concibe la posibilidad de atribuir responsabilidad civil extracontractual a las **personas jurídicas**, por los daños causados por sus órganos o representantes (*responsabilidad por hecho ajeno*), sin que la ausencia de culpa sea causa de exoneración de responsabilidad. De esta manera, se ha logrado aplicar la misma regla que se establece para imputar responsabilidad a los auxiliares cuando éstos han cometido daños. Así también lo reconocen los Principios *-PETL-*, al establecer que la actuación de los órganos o sus representantes *-a diferencia de la de los empleados-* equivale a la actuación propia de la persona jurídica (*quedaría entonces sujeta a responsabilidad por hecho propio*). No obstante, existen también algunos ordenamientos jurídicos, que someten la responsabilidad de

¹⁰¹¹ Vid. *Ibid.*

¹⁰¹² Vid. *Ibid.*, 660.

la persona jurídica a reglas que difieren de la responsabilidad por hecho ajeno.¹⁰¹³

En cuanto al **comportamiento de los empleados** de cualquiera de este tipo de personas jurídicas mercantiles, resulta ser de especial relevancia cuando se han causado daños, siempre y cuando hayan intervenido los elementos de culpa o negligencia en la actuación del empleado al desarrollar sus funciones, frente a los cuales el empresario puede interponer una “*acción de repetición*”, efecto directo de lo que establece el Código Civil español, al reconocer este derecho expresamente (*artículo 1904 CC*),¹⁰¹⁴ siempre y cuando, pruebe que en la conducta de quienes causaron el daño, efectivamente han concurrido los ingredientes de culpa o negligencia. En otras palabras, será responsable el empleado que trabaja por cuenta ajena, si el daño que ha causado, en el ejercicio de sus funciones, no es constitutivo de delito (*artículo 1903.3 CC*).¹⁰¹⁵

Ya para los casos en los que el daño provenga de una conducta delictiva del empleado, el Código Penal español establece la responsabilidad subsidiaria del empleador (*artículo 120*).

Un punto de alto relieve, cuando nos referimos tanto a la regulación civil como a la penal, es aquel que versa sobre la dependencia propia de la relación laboral. No se extiende la aplicación de tales preceptos a los subcontratistas. Sin embargo, esta situación difiere de la responsabilidad contractual del contratista frente al dueño de la obra que contempla el Código Civil español, quien sí “*es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra*” (*artículo 1596 CC*), por la sencilla razón de la obligación

¹⁰¹³ Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno», 515-516.

¹⁰¹⁴ Cf. CC. español, artículo 1904.1: “*El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho*”.

¹⁰¹⁵ En igual sentido, Pilar Álvarez Olalla, *Pluralidad de Responsables*, 40. Al respecto acota la autora que “*Si el empleado no ha causado el daño de forma dolosa o culposa, sino que el daño se produce por caso fortuito, el empresario no responderá por hecho ajeno. Entonces, responderá si, y solo si, su actividad está sometida a un régimen objetivo de responsabilidad. En ese caso, más que responsabilidad por hecho ajeno, se considerará que el empresario responde por hecho propio, concretamente, por un daño causado por la actividad empresarial sometido al régimen objetivo*”.

contractual (*que versa sobre la entrega de la obra*) estipulada con el dueño. En igual sentido, en los PETL (*artículo 6:102 (2)*), los subcontratistas han sido excluidos como sujetos de los que debe responder el empresario principal. Mientras tanto, en la LOE, sí se establece responsabilidad civil por hecho de otro aunque ese otro no sea un dependiente sino un contratista. A partir de aquí, la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han vertido sobre los preceptos enunciados, ha sido propugnada sobre la base de una responsabilidad vicaria. En suma, consideran que la responsabilidad del empresario por hecho del dependiente ha de ser de corte objetivo, quedando imposibilitados los empresarios para tratar de exonerarse acreditando el empleo de diligencia debida para evitar el daño.¹⁰¹⁶

Respecto a la parte procesal, es imperioso saber a quien hemos de demandar: *¿Podrían ser demandados ambos, empresa y dependiente, o es posible demandar únicamente al empresario?* En el ordenamiento español, es posible demandar a ambos, en cuyo caso la responsabilidad será solidaria o sólo a uno de ellos, es decir, bien al empleado, bien a la empresa. Así lo reconoce la posición mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, puede surgir un problema relevante, cuando se ignora qué empleado *-en concreto-* ha causado el daño.¹⁰¹⁷

Existe un sector doctrinario que consideran que para lograr que el empresario responda, hay que demandar necesariamente también al empleado causante del daño, pues es menester que su responsabilidad quede acreditada para que pueda desencaderarse la responsabilidad del principal. La razón que se aduce por los que defienden esta postura es que, en caso de ejercicio de la acción de repetición por parte del empresario, la primera sentencia no puede afectar al empleado pues no fue parte en ese pleito. Pues, si en el segundo pleito el empleado resulta absuelto, ello significará que la

¹⁰¹⁶ *Ibíd.*, Resalta la autora que el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario se muestra más evidente en el Código Penal, que no recoge como causa de exoneración “*el empleo de la diligencia debida*”, arguyendo que de este modo, “*la “ratio” de la responsabilidad del empresario en el ámbito penal, ya no es culpa “in vigilando” o “in eligendo” sino el mero hecho de ser el beneficiario de la actuación del empleado. Ahora bien, de forma subsidiaria al propio empleado*”.

¹⁰¹⁷ Álvarez Olalla, *Pluralidad de...*,40-45.

primera sentencia carecería de fundamento legal, ya que se ha condenado al empresario a responder por unos daños por los que el empleado no debía responder.¹⁰¹⁸

En el Derecho Comparado, como por ejemplo en Francia, no se admite que se demande al empleado conjuntamente, sino sólo al empresario.¹⁰¹⁹

Existe una posición doctrinal que considera que la responsabilidad por riesgo se ha equiparado al principio de culpa como base de la responsabilidad por daños, concibiendo que la ordenación del Derecho de Daños está dividida en dos capítulos, el primero que se basa en la culpa y el segundo basado en esta responsabilidad por riesgo. Sin embargo, no hay unanimidad en que esta última sea explicación satisfactoria de la responsabilidad objetiva, estimando que sólo justifica la responsabilidad por riesgos normales, pero no excepcionales. Esta dirección doctrinal acude, a otro criterio basado en la capacidad económica para soportar el daño, creyendo que el responsable está dotado de mayor potencia económica que el perjudicado. Ahora bien, este criterio tampoco es aceptable para todos los casos, como por ejemplo, en materia de accidentes de circulación, debido al extendido uso de vehículos a motor. Por

¹⁰¹⁸ *Ibid.* En este aspecto, la autora considera que “... los problemas que se plantean no difieren especialmente de los que se originan en caso de demanda a un único corresponsable, que posteriormente pretende ejercitar una acción de repetición contra el corresponsable no demandado en el primer pleito, excepción contra el corresponsable no demandado en el primer pleito, excepción hecha de que el tercero no ha de responder en absoluto si no es responsable el autor material si tiene que asumir parte de la responsabilidad en el aspecto interno. La cuestión, en ambos casos, se resolvería articulando la posibilidad de intervención provocada para todos los supuestos de obligación “in solidum” que vendría así a constituirse en característica fundamental de este tipo de obligaciones, frente a los casos de solidaridad propia. Por último, es posible que el empresario ejercite su acción de repetición contra el empleado, incluso por el total de la indemnización, en los casos en los que la imputación subjetiva corresponda en exclusiva al empleado, y el empleador no tenga que asumir responsabilidad alguna en las relaciones internas, si bien, la acción de repetición tendrá dudoso éxito en el caso de que el acto sea constitutivo de delito, pues al ser la responsabilidad del empresario subsidiaria, ello significa de por sí que el responsable material del mismo, el empleado, no tenía medios para hacerle frente”.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

último, se acude a fundamentar esa responsabilidad, en la idea de buscar la seguridad del tráfico entendido en sentido amplio.¹⁰²⁰

Esta finalidad está presente en la mayoría de legislaciones y para alcanzarla han acudido e incorporado dentro de sus ordenamientos, a figuras jurídicas más recientes como la Seguridad Social y el Seguro. No obstante, uno de los problemas más difíciles que en la mayoría de los países se plantean es la extensión que este seguro haya de tener. Hay quienes consideran que sería lógico y justo adosar los riesgos de la vida actual a la colectividad y no contraerlos a un círculo reducido de responsables, con lo que se llegaría a un seguro obligatorio que comprendería todo riesgo y por ende ya no estaría dentro del derecho privado. Mientras tanto, hay quienes estiman que la incorporación de un seguro total es contrario a los principios fundamentales de los actuales ordenamientos jurídicos basados en la idea de que el hombre es responsable por sí mismo y que el Estado o la sociedad no tiene derecho ni deber de intervenir allí donde el individuo puede tomar las decisiones y medidas necesarias. Según esta posición, *“La socialización de riesgos no es compatible... con la libertad y la responsabilidad individual”*.¹⁰²¹

Efectivamente, en el ámbito en el que la responsabilidad por riesgo se desenvuelve, es donde los países proclaman sus dudas y han generado controversias respecto del contenido y sentido actual de las normas reguladoras de la responsabilidad civil por actos extracontractuales. De ahí, que por un lado, se haya llegado al auge de aquellas normas en consonancia con el proceso de industrialización creciente de esta época; y, por otro lado, la amenaza que pesa sobre los criterios clásicos de la responsabilidad civil debido a instituciones como el seguro y la seguridad social. Es por ello, que la necesidad de la responsabilidad civil resulta ser cada vez menor, al cambiar su juego, por la extensión del seguro, tal como ocurre con los daños personales, que son cada vez más cubiertos por la Seguridad Social.¹⁰²²

¹⁰²⁰ González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», 701-704.

¹⁰²¹ Cf. González Poveda, «La responsabilidad por riesgo» 704.

¹⁰²² *Ibíd.* “Si el conductor de un vehículo que causó el accidente está asegurado, su responsabilidad es puramente verbal en el aspecto civil: no responde de las consecuencias de su conducta. Pero con esta forma de pensar se supervaloran unos factores en detrimento de otros: en primer lugar, la indemnización por el seguro no obscurece en modo alguno la responsabilidad individual ni la idea de

A pesar de la gran acogida que respecto del Seguro ha primado en la mayoría de legislaciones, no quiere ello decir que el Derecho Civil deba desaparecer o deba “*ser borrado ante los seguros*”, en palabras de González - Poveda.¹⁰²³ Aunque, lo que sí es cierto es que el armazón civil debe ser reestructurado, pues como bien refiere el autor mencionado, “*sería absurdo pensar que un medio meramente liquidador de una relación extracontractual pudiera desdibujar los rasgos fundamentales de aquella*”. Estamos concientes que debido al constante desarrollo industrial y tecnificación especializada, los daños se han acrecentado como consecuencia del mayor poder nocivo que también caracteriza hoy al hombre. Por ende, también se torna más exigible su

culpa; piénsese solamente en el dercho de regreso de las compañías aseguradores contra el respnsgable directo, derecho que, venciendo una resistencia bastane justificada, se le va reconociendo actualmente de manera gneral; en el aspecto penal, el seguro de respnabilidad civil nada influye. El grado de culpa del respnabile sigue siendo de gran interés para medir su respnabilidad no sólo penal, sino también civil, ya frente a la aseguradora y afrente a perjudicado. En otros aspectos, tampoco puede decirse que en al situación actual las normas sobre respnabilidad, cuyo resultado es una distribución de riesgos, hayan perdido su poder directivo; así, el seguro no cubre los daños ocasionados al conductor del vehículo (artículo 5.1 RDL 8/2004, de 29 de octubre). Además en caso de colisión de vehículos, unaparte mayor o menor del daño queda a cargo del partícipe, por ejemplo, a causa de las normas sobre concurrencia de culpas o porque alguno de los partícipes no esté asegurado (ej ciclistas o vehículos movidos por tracción animal o humana)”.

¹⁰²³ *Ibíd.* Como bien manifiesta el autor: “... Las alteraciones que en la relación extracontractual ha introducido el maquinismo requieren una adaptación de las normas tradicionales, la creación de un derecho de accidentes, la ampliación del concepto de la culpa, sin llegar al concepto de culpa ficticia, y más que establecer en supuesto de actividades peligrosas una respnabilidad general, sería presumir respnabile del daño a toda persona que a través de sus actos o de sus cosas atente a la integridad física de otras persona. Sólo la culpa de la víctima excluiría o disminuiría la respnabilidad y también la fuerza mayor en sentido clásico. En cuanto a esta última, la tendencia de las legislaciones es admitir la respnabilidad incluso por fuerza mayor en supueso de accidente en la navegación aérea o de explotación de energía nuclear. Respecto a la pugna establecida entre el principio tradicional de la respnabilidad subjetiva y el moderno de la respnabilidad por riesgo, el autor considera que se podría decir que “...conserva el primero su preeminencia en todas las legislaciones, siendo en ellas la respnabilidad objetiva declarada en normas de carácter excepcional, por lo que cualquier extensión analógica de estas normas de excepción debe ser decididamente negada y debe rechazarse asimismo la idea de la esxistencia de un principio general de riesgo o de exposición al peligro que puede situarse al lado del tradicional principio de la respnabilidad por culpa”.

responsabilidad ante los seguros sociales y voluntarios, sin que deba dejar de existir.

g) La posición actual del tribunal supremo respecto de la responsabilidad civil extracontractual: la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno

Tradicionalmente, la responsabilidad civil por hecho propio y ajeno, fue concebida como un tipo de responsabilidad civil extracontractual con carácter subjetivo, centrándose en un factor como principal: La culpa. La culpa *in vigilando* (por no haber vigilado adecuadamente al menor, al mayor incapacitado); la culpa *in eligendo* (por haber elegido inapropiadamente al empleado);¹⁰²⁴ o la culpa *in educando* (por no haber educado correctamente a los alumnos, los titulares del centro de enseñanza),¹⁰²⁵ pretendiendo de esta manera, justificar la obligación de responder por los hechos de otra persona.

En la actualidad, este fundamento ha dado un giro de ciento ochenta grados. Un nuevo incidente ha marcado su presencia dentro del principio de la responsabilidad basada en la culpa, principio inspirador del Código Civil español: **“El riesgo”**. En efecto, el peligro o el mero riesgo creado por el sujeto o por la institución responsable de la concreta persona que causa el daño, se han convertido en la plataforma sobre la cual, la doctrina jurisprudencial se ha apoyado para construir y justificar la objetivación de esta responsabilidad. La concepción jurisprudencial actual tiende a considerar que el agente ha causado el daño directamente (*transformando el carácter indirecto que caracterizaba al sistema de responsabilidad civil extracontractual, en uno directo*). Lo que pretende con la progresiva objetivación y su fundamento en la teoría del riesgo, es que el sujeto causante del daño tiene la obligación de repararlo directamente, debido al **“incumplimiento de deberes que**

¹⁰²⁴ Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», 655.

¹⁰²⁵ Acedo Penco, *Derecho de...*, 371; González Poveda, «La responsabilidad por riesgo», 704.

imponen la convivencia social". Responde, por su culpa o negligencia, porque no ha cumplido sus deberes sociales correctamente y es por ello que ha de indemnizar, por el fracaso de su labor (*en el cuidado, en la vigilancia, en la elección o en la educación del menor o empleado que causa el daño*), cuya naturaleza es autónoma y distinta de la cosagrada en el artículo 1902 CC. Todo ello denota que existe una responsabilidad directa, con una presunción basada en la culpa *in operando* (*en la actividad*), respecto del sujeto causante el daño.¹⁰²⁶

No obstante, si bien el órgano jurisdiccional (*Tribunal Supremo*), ha tendido a proliferar la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de la prosperidad de la doctrina del riesgo, no es menos cierto que concibe que la aplicación de esta doctrina, únicamente, cabe en aquellos supuestos en los que la posibilidad de peligro o riesgo es extraordinaria (*riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios*). En efecto, reconoce que la doctrina del riesgo aún requiere que se acredite la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, con la particularidad, de que en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba considerarse que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta. En suma, atendiendo a la causalidad de la imputación objetiva del daño al agente que por su comportamiento negligente lo causó, el TS considera que la existencia de un riesgo superior al normal supone un mayor esfuerzo de previsión, exigiendo una diligencia extrema acorde con las circunstancias. De esta manera, entabla la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias, pues en caso de no hacerlo, el resultado producido se atribuiría directamente al agente y se tendría por existente el nexo causal, tanto desde el punto de vista físico como jurídico.¹⁰²⁷

A partir de aquí, centra *-el TS-* su más reciente postura en que la institución de la responsabilidad civil objetiva no se funda sólo en el resultado o en el riesgo creado como tal (*que no encaja en el*

¹⁰²⁶ Acedo Penco, *Derecho de...*, 371-372.

¹⁰²⁷ *Ibíd.*, 379-380.

artículo 1902 CC).¹⁰²⁸ Esto no significa, que el TS se haya deslindado definitivamente del sistema clásico subjetivo o que implique prescindir definitivamente del elemento especial de la culpa, consagrado en el artículo 1902 del CC español y demás preceptos aplicables, pero sí es que verdad que existen varios matices. Es notable aún, la presencia de la teoría de la culpa. No se la puede descartar de manera absoluta, pues el agente es responsable del acto o comportamiento ajeno que causó el daño a la víctima, por no haber cumplido, efectivamente, con su labor de vigilar, cuidar, elegir o educar, con la diligencia debida. Existe una presunción de culpa que difícilmente puede ser eludida.¹⁰²⁹ No obstante, la imputación objetiva, entendida como una *quaestio iuris* (*cuestión jurídica*) es susceptible de ser revisada en casación. Al efecto, el TS aborda “*la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia de daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole*”. Para el TS, la imputación objetiva “*comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias*”.¹⁰³⁰

Ahora bien, ya hemos dejado de lado el aspecto de la distribución de la carga de la prueba, por lo que nos conviene en este momento centrarnos en ello. Existe la posibilidad de desvirtuar la presunción *-iuris tantum* (*la que admite prueba en contrario*)- de culpa del padre, tutor, empleador o titular del centro docente. ¿Cómo? Únicamente si aquellas personas logran probar “*...que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el*

¹⁰²⁸ Además, como diría Acedo Penco, *Derecho de contratos...*, 379: “*la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecúa a los principios que informan su regulación positiva*”

¹⁰²⁹ Acedo Penco, *Derecho de...*, 379.

¹⁰³⁰ Cf. STS de 14 de marzo de 2011, FJ, 3 b).

daño” (artículo 1903.6 CC), quedarán exentas de responsabilidad. Situación que nos coloca ante lo que Acedobien nos recuerda: la “**norma civil en blanco**”,¹⁰³¹ pues no existe normativa legal para que dichas personas funden que en su actuar no han incurrido en falta o negligencia alguna, quedando al exclusivo criterio del juzgador la posibilidad de declararlos exonerados de esta responsabilidad, lo cual es muy limitado.

La tendencia objetivadora, ha generado que, excepcionalmente, pocos sean los casos en los que aquellos presuntos “*responsables*”, hayan quedado exentos de este tipo de responsabilidad ante el daño causado (*más aún en el supuesto de los padres y tutores*). Si bien se exige una prueba vigorosa de la diligencia para instaurar la responsabilidad, no basta únicamente el hecho de la dependencia, pues se requiere al menos que al dependiente se le pueda atribuir un acto u omisión culposo o negligente, aunque la responsabilidad en el caso del empresario sea directa y no subsidiaria.¹⁰³² En sentido contrario a esta manifestación, se muestra la doctrina moderna. Rogel Vide,¹⁰³³ estima y califica de “*artificiosas*” las presunciones de culpa del artículo 1903 CC, considerando que la responsabilidad civil de padres y empresarios es propiamente de tipo objetivo. Tanto es así, que por la normativa sobre patria potestad y otras materias de derecho de familia (*Ley 13 de mayo de 1981 y Ley de 7 de enero de 1991*), surgió la nueva redacción del artículo 1903 CC español. Finalmente, cabe recalcar que la carga de la prueba de la diligencia “*in abstracto*” no queda relevada a la persona cuya responsabilidad se declare por analogía de las expresamente designadas.

4.11 La responsabilidad ambiental

La culpa o negligencia, tal como hemos visto, presupone un juicio de reproche a una persona por un determinado hecho y ha llegado a constituirse en uno de los principales presupuestos para configurar la responsabilidad civil (*de tipo subjetivo*) que el ordenamiento

¹⁰³¹ Acedo Penco, *Derecho de...*, 373.

¹⁰³² *Ibíd.* 372.

¹⁰³³ Rogel Vide, la responsabilidad civil extracontractual en el derecho español, introducción al estudio jurisprudencial), citado por Santos Briz, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», 655-656.

jurídico español (*artículo 1902 CC*) reconoce. La doctrina jurisprudencial ha sido muy reiterada en este sentido. No obstante, por regla general, su aplicación requiere satisfacer una necesidad ineludible, traducida en el reproche *-culpabilístico-* al eventual responsable de un hecho o resultado dañoso, un daño sin más.

A partir de aquí, el “*daño*” ha sido considerado como el aparato motoriz de toda la estructura que advierte la institución de la responsabilidad. Sobre el daño, se ha edificado el concepto de la responsabilidad civil, que a su vez, está basado en la idea aristotélica de justicia conmutativa y opera en el ámbito interpersonal, con el fin de restablecer el equilibrio o igualdad perdidos entre las partes y que las consecuencias del perjuicio se trasladen al causante del daño, por medio de la compensación.

Doctrinariamente, se habla también de otros tipos de responsabilidad, no sólo en atención a la presencia o no de los elementos subjetivos, sino en atención al objeto de la materia que regulan (*demás de la civil, la laboral, administrativa, penal y ambiental, entre otras*). La responsabilidad ambiental, actualmente está regulada por la Directiva 2004/35/CE y la LRM española que la transpuso a su ordenamiento jurídico interno. Empero, siguiendo a Valencia Martín,¹⁰³⁴ en el espectro del Derecho básicamente existen sólo dos grandes géneros de responsabilidad:

- a) La “**responsabilidad civil o patrimonial (contractual y extracontractual)**”, encaminada a reparar o indemnizar daños y perjuicios.
- b) La “**responsabilidad penal**”, dirigida a castigar al culpable de una infracción.

Lo demás, a ojos de este autor, son esencialmente especies. Despliega, que por ejemplo, las sanciones administrativas, son una especie de las sanciones penales, y la responsabilidad patrimonial de la Administración, es una especie de la responsabilidad civil extracontractual. Concibe que con la “*responsabilidad ambiental*” ocurre lo mismo. A su juicio, no existe en modo alguno, “*un tertium genus*” o un nuevo género de responsabilidad como lo

¹⁰³⁴ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 7-8.

define Lozano Cutanda,¹⁰³⁵ sino que “*Es también una especie, no de la responsabilidad penal, puesto que no se ocupa de sanciones, sino de la responsabilidad civil (extracontractual), pues versa también sobre la reparación de daños, en este caso, medioambientales*”. En lo único que discurre, versa sobre el calificativo “*medioambiental*”, arguyendo que para esta nueva especie de responsabilidad patrimonial o civil, dicho designio no es puramente redundante o inútil, sino que tiene el siguiente sentido:

“Cuando ocurre un accidente o una catástrofe “ambiental” (piénsese, por ejemplo, en el caso Aznalcóllar o el Prestige) pueden producirse en realidad dos clases diferentes de daños: en primer lugar, el daño ambiental en sentido estricto, que es el daño a los recursos naturales (las aguas y los suelos contaminados, en el caso Aznalcóllar; la ribera del mar y la fauna y flora marinas, en el caso Prestige), pero también, en segundo lugar, pueden producirse y, de hecho, normalmente se producen daños a las personas o a sus bienes y patrimonios, lo que durante el largo proceso de elaboración de la Directiva comunitaria se denominaron “daños tradicionales” (enfermedades o muertes, que afortunadamente parece que no hubo en ninguno de ambos casos, cosechas pérdidas, perjuicios económicos derivados de la imposibilidad de salir a pescar, etc.)”.

Esto nos coloca ante la clasificación de los daños que hemos estudiando, y en la misma línea del profesor referido, diremos que al calificarse como “*medioambiental*” a la nueva legislación (*Directiva 2004/35/CE y LRM*) así como al mecanismo de responsabilidad que a su vez, constituye su objeto de regulación, ha servido únicamente para denotar que la finalidad de la normativa se centra en la reparación del daño ambiental en sentido estricto, sin que se implique a los daños tradicionales asociados a éste, la cual se ha de pretender alcanzar a través de los cauces civiles ordinarios (*artículos 3.3 Directiva y 5 LRM*). Sin embargo, esto no hace permisible descartar que este tipo de responsabilidad sea “*una especie del género responsabilidad civil*”, aunque eso sí, la reparación de los daños ambientales en sentido estricto cuenta ahora con un nombre propio y característico, “*responsabilidad*

¹⁰³⁵ Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental Administrativo...*, 284.

medioambiental”.¹⁰³⁶ Compartiendo la sugerencia del autor, cuando hagamos referencia a la reparación de los daños tradicionales en el texto presente, recurrimos a la terminología de “*responsabilidad civil por daños ambientales*”.

Ahora bien, para enforarnos en la protección del ambiente, diremos que ésta se ha derivado en primer lugar, aunque indirectamente, del artículo 1908 CC español. Sólo en virtud de esta norma, se impone a aquellas personas (*los propietarios*) que hubiesen causado daños de tipo ambiental, responsabilidad con

¹⁰³⁶ En armonía con este criterio, Andrés Betancor Rodríguez, «Nuevas tendencias en el Derecho ambiental. Perspectiva general introductoria», *Revista General de Derecho Administrativo* 25 (2010), 1-16. El profesor se refiere a la institución de la responsabilidad ambiental, “... es una especie del genero común de la responsabilidad extracontractual”. Destaca que las peculiaridades de la responsabilidad ambiental radican en la naturaleza del daño cuya compensación se pretende y que sobre todo, es el que se pretende conjurar. Tal como manifiesta el autor: “*La originalidad de este tipo de responsabilidad radica más en la prevención del daño que en su compensación. Precisamente porque es un daño singular, incluso para los parámetros usuales del Derecho de daños que está asentado en el modelo de la propiedad, la regulación de la responsabilidad pretende elevarse como un mecanismo de disuasión del daño mediante la presentación al eventual “dañador” de las consecuencias de su responsabilidad*”. De igual manera, nos recuerda que el daño ambiental en esencia es un daño colectivo y que requiere una reparación preferentemente “*in natura*”, resaltando que “*estamos muy lejos de los parámetros convencionales del daño que se resarce mediante la responsabilidad civil extracontractual. Las piezas básicas de la disuasión vienen de la mano de la objetividad y la falta de límites (temporales) de la responsabilidad. Son poderosos incentivos de la adopción de todas las medidas adecuadas para la evitación del daño porque las consecuencias de su producción hace recaer unas pesadas consecuencias sobre el considerado objetivamente como responsable*”. En igual sentido, Esteve Pardo, *Derecho...*, 91-92. Expone el autor, que esta peculiaridad para denominar a esta figura jurídica como responsabilidad extracontractual, es ciertamente para diferenciarla de aquella responsabilidad que se genera en virtud del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en un contrato (*responsabilidad contractual*), la cual “*se regula y se resuelve en el marco del régimen general de las obligaciones y contratos*”; mientras tanto, la responsabilidad civil o responsabilidad extracontractual, se produce “*cuando se causa un daño que no tiene cobertura jurídica alguna*” (*régimen enunciado en el Código Civil que ha sido objeto de una abundantísima jurisprudencia repleta de matizaciones y de una exquisita depuración por la doctrina civilista*). Incluso, ante las modulaciones que algunas leyes especiales han establecido en sectores específicos, considera que aún así, puede hablarse y se habla de hecho, de un corpus o régimen común, básico, de la responsabilidad civil que sería extensible a los daños causados al ambiente.

carácter indemnizatorio, por haber ejecutado alguna de las actividades en los términos que la propia norma contempla, es decir, ante una explosión de máquinas por falta de diligencia en su cuidado; la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en un lugar seguro y adecuado; humos excesivos, nocivos a las personas o a las propiedades; la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, salvo fuerza mayor; y, las emanaciones de las cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones debidas.¹⁰³⁷

Dentro de este contexto, hemos de distinguir, por un lado, la regulación del Código Civil que contiene los supuestos clásicos de “*inmissio in alienum*” (artículo 1908 del Código Civil, números 1, 2 y 4), inspirada en el principio de la culpa (según la interpretación doctrinal y jurisprudencial); y, por otro lado, el moderno desarrollo de las distintas instalaciones industriales y la protección del ambiente, que originan -en la mayoría de ordenamientos jurídicos-, una “*responsabilidad por riesgo*” para sus titulares. Aquí, el artículo 590 del CC español,¹⁰³⁸ establecido previamente en este cuerpo legal, como una disposición de carácter preventivo, expresiva de las limitaciones del dominio, regula que en la colocación de artefactos peligrosos o en la construcción de fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas se deberán guardar las distancias prescritas por los reglamentos y se practicarán las obras de resguardo necesarias, con sujeción en el modo, a las condiciones que dichos cuerpos legales dispongan; y, a falta de reglamentos se deberán tomar las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades y edificios vecinos.

¹⁰³⁷ José Manuel Martínez Pereda, «Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones industriales y ruidos», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, primera edición (Barcelona: Bosch, 2008): 1001.

¹⁰³⁸ Código Civil español. Artículo 590: “*Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos*”.

Para algunos dogmáticos, como Martínez-Pereda,¹⁰³⁹ el artículo 1908, en realidad, puede aplicarse directamente o por analogía al establecimiento de toda clase de industrias peligrosas o nocivas, o a instalaciones o construcciones que ofrezcan algún riesgo para las personas o propiedades ajenas. Opuestamente a ello, según hemos ya apuntado y exteriorizado a la largo del trabajo, los artículos 1902-1908 del Código Civil español, como bien refieren Álvarez Lata, Busto Lago, Gómez Calle, Parra Luccán, Peña López, Reglero Campos, Rovira Sueiro, Vicente Domingo,¹⁰⁴⁰ entre otros, en verdad, lo que marcan es *“el régimen de responsabilidad civil por daños ambientales siguiendo su curso en el ámbito de estas normas generales del CC y especiales (la responsabilidad nuclear y de hidrocarburos) para dar respuesta al resarcimiento de daños patrimoniales o personales que origina o puede originar el daño al ambiente (daño ambiental tradicional)*. En efecto, tal como estos doctrinarios reconocen, el daño tradicional está presente, cuando *“El deterioro o degradación ambiental actúa de elemento transmisor del propio perjuicio que acaba proyectándose en la esfera personal o patrimonial”*. Por lo tanto, dicha normativa de lo que se preocupa es del *“daño ambiental personal”*, más no del *“ecológico puro”*.

No obstante, no se puede tornar la página sin desconocer que, si bien el régimen de responsabilidad civil extracontractual, puede ser concebido como un primer mecanismo de resarcimiento ante cualquier tipo de daño ocasionado. Marca como primer condicionante previo y que a su vez, resulta ser el punta pie para que el régimen clásico de responsabilidad por daños ambientales se instituya, que precisamente el daño ambiental o una amenaza inminente de que éste pueda producirse verdaderamente existan. En otras palabras, que haya *“certeza”*, para que la dimensión reparadora del instituto de responsabilidad ambiental se active. Pero, lamentablemente, el sistema, no fue creado con la intención de resarcir directamente los daños ambientales, sino más bien, está encaminado a proteger los derechos del titular del bien o recurso (*los tan aludidos daños tradicionales*).

¹⁰³⁹ Martínez Pereda, «Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones», 1001-1002.

¹⁰⁴⁰ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 407.

Ahora bien, para adentrarnos en el campo ambiental, en primer lugar, debemos alejarnos por un momento *-aunque sea mentalmente-* de los seres humanos, enfocados como el centro de protección de la norma. De conformidad con un modelo de responsabilidad, éste sólo se aplican a específicos recursos identificados (*como por ejemplo, aves migratorias, especies amenazadas y recursos en zonas protegidas*) y a tipos de lesiones también específicos (*por ejemplo, derrames de petróleo/ productos químicos y emisiones a largo plazo*). En otro modelo, la cobertura no está circunscrita a recursos protegidos o actividades inherentemente peligrosas, sino que abarca la pérdida adversa de cualquier recurso que esté bajo dominio público.¹⁰⁴¹ En el ámbito europeo, la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, es la normativa que verdaderamente ha instaurado un régimen de responsabilidad ambiental y que la mayoría de los estados miembros de la Unión Europea la han traspuesto a sus ordenamientos jurídicos en virtud de su mandato previsto en el artículo 19.¹⁰⁴² Efectivamente, los fundamentos básicos de este nuevo régimen, pretenden garantizar una aplicación uniforme y armonizada entre los Estados miembros de la Unión Europea. El objetivo central de este régimen, tal como está definido, es garantizar a través de dicha institución jurídica, la prevención y reparación de los daños ambientales (*artículo 1 Directiva 2004/35/CE*).¹⁰⁴³ España, no fue la excepción. El legislador español aprobó e incorporó a su ordenamiento jurídico interno la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental -LRM-, la cual a su vez, transpone la Directiva 2004/35/CE (*a pesar de que fue tardía en relación con lo que dicha Directiva prescribió*).

¹⁰⁴¹ Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11035.

¹⁰⁴² La Directiva 2004/35/CE, artículo 19 “Incorporación al Derecho interno”, dispone: “1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 30 de abril de 2007. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión”.

¹⁰⁴³ Cf. Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Artículo 1 “Objeto”.

Ciertamente, la LRM propugna como novedad, un sistema de responsabilidad destinado a la prevención y reparación de los daños ambientales, considerando desde una perspectiva jurídica el valor económico y financiero del riesgo ambiental, determinando su adecuado tratamiento e internalización en el propio modelo de gestión de la actividad económica empresarial o profesional que se desarrolle. Considerando el daño ambiental efectivamente producido y el riesgo de contaminación ambiental *-de las instalaciones y de las actividades empresariales-*, éstos podrían generar responsabilidad legal por los impactos y efectos perniciosos (*“externalidades negativas” en términos económicos*) que las actividades pueden provocar por contaminar el ambiente, generando la necesidad de identificar y valorar ese impacto a efectos jurídicos.¹⁰⁴⁴

La legislación ambiental estatal española, se erige además, en aras del precepto constitucional que consagra el derecho para todos sus habitantes a *“disfrutar de un medio ambiente adecuado”*, pero con una obligación importante, traducida en el *“deber de conservarlo” (artículo 45.1 Constitución española)*.¹⁰⁴⁵ Del mismo modo, la LRM, tiene como objeto principal, regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños ambientales, en miras a cumplir con el mandato constitucional citado (*artículo 45*) y de acuerdo con los principios de prevención y de *“quien contamina paga” (artículo 1 LRM)*. Para guardar perfecta armonía con la Constitución y garantizar su cumplimiento, bajo este sistema administrativo, la Administración Pública está investida de varias potestades, cuyo deber primordial es velar y garantizar *“el uso racional de los recursos naturales”*, así como hacer efectivo el sistema de protección y restauración del ambiente cuando alguna persona haya causado algún daño, para cuyo efecto se impondrán las sanciones que según el caso correspondan, ya sean de carácter administrativo, penal, así como la obligación de repararlo (*artículo 45, núm. 2 y 3 Constitución española*).¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ Vid., Dopazo Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 114.

¹⁰⁴⁵ Artículo 45.1 CE: *“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, Artículo 45.2 CE: *“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la*

Todos los objetivos que este cuerpo articulado de normas de tipo ambiental engendran, se basan en el principio “*quien contamina paga*” y están desplegados a establecer un nuevo marco de responsabilidad ambiental, pero se colocan en un nivel supremo en comparación con el derecho tradicional. La institución de responsabilidad ambiental difiere del modelo civil clásico y se aleja de los patrones fundados por el sistema de responsabilidad civil. Es un régimen jurídico edificado de tipo administrativo, en efecto, la administrativización de la responsabilidad medioambiental se produce con la Directiva 2004/35/CE y la LRM, el cual además de distanciarse de la teoría clásica de la responsabilidad civil,¹⁰⁴⁷ excluye el rol que desempeñan los jueces para dirimir los conflictos en sede judicial, hasta el punto de que, como manifiesta Esteve Pardo,¹⁰⁴⁸ se ha configurado “... *un modelo de responsabilidad medioambiental en el que los rasgos más característicos de la responsabilidad civil no resultan concebibles*”. Tal como advierte el autor, la responsabilidad civil siempre se ha venido dirimiendo por los Tribunales, lo cuales directamente, conocían los reclamos que se planteaban, sin intervención de ninguna instancia previa. Con la LRM ocurre algo diferente. Ésta pone a merced de un

indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

¹⁰⁴⁷ Berthy Van Den Broek, «Environmental liability and nature protection areas Will the EU Environmental Liability Directive actually lead to the restoration of damaged natural resources?», *Utrecht Law Review*, vol 5, Issue 1, (2009): 117, doi: <https://doi.org/10.18352/ulr.98>. Esta profesora también reduce en el extranjero que la Directiva no consagra un régimen de responsabilidad civil, de cuyas palabras: “*In 2004, the European Union adopted an Environmental Liability Directive (2004/35/EC). At first glance, environmental liability has little or no connection with protected areas. However, in spite of its name, the EU Environmental Liability Directive (ELD) does not establish a civil liability regime. It imposes an administrative law regime aimed at the prevention and remedying of environmental damage to natural resources. The prevention and remedying of environmental damage is to be implemented through the furtherance of the ‘polluter pays’ principle. The person who has caused environmental damage is liable for all costs related to the preventive and remedial actions taken pursuant to the ELD. The name of the ELD is derived from that fundamental principle*”.

¹⁰⁴⁸ Esteve Pardo, *Derecho...*, 96.

procedimiento administrativo y de la administración que lo resuelve, la solución a las acciones que sobre daños ambientales puedan plantearse. Sin duda, se puede recurrir contra dicho pronunciamiento/decisión, pero primero en vía administrativa y luego en la vía judicial. No obstante, *“el protagonismo primario de los Tribunales, característico de la responsabilidad civil, se pierde aquí por completo”*.

Otra razón para aislar la responsabilidad por daños ambientales de la tradicional, es que es una responsabilidad de carácter objetiva e ilimitada¹⁰⁴⁹. Al poner énfasis en la restauración íntegra de los recursos naturales y de los servicios que éstos prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se puede comprender que ha sido satisfecho con una mera indemnización dineraria. Por lo tanto, esta responsabilidad no sólo será de carácter objetivo, sino que además, durará hasta que los elementos dañados vuelvan a su estado natural. Entonces, el valor ambiental de la responsabilidad como institución jurídica estaría en orden jerárquico superior respecto del valor patrimonial inherente a la responsabilidad civil, el cual se entiende satisfecho con una indemnización dineraria; hecho que en la dimensión ambiental no siempre está presente ni latente como ya nos hemos referido. En lo que respecta a la obligación de reparación o en su caso, de prevención que debería asumir el *operador* responsable, se contraponen el deber de lograr que los recursos naturales dañados vuelvan a su estado original -*“estado básico”*-, para lo cual se deberá sufragar además, la totalidad de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras que la Administración gravara. En todo caso, lo primordial de la reparación, se arraiga en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que éstos brindan, contrario a lo que sucede con la institución de responsabilidad civil, a la cual se le atribuye una carencia de efecto preventivo, pues la

¹⁰⁴⁹ De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, 411. Como bien explica el autor, esto quiere decir que los sujetos responsables deben cumplir con los deberes que la Ley impone cualquiera que sea la cuantía que deban invetir para ello. Da pleno asidero a esta afirmación la propia LRM, la cual en su artículo 9.1, obliga a los operadores *“... a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos”*.

responsabilidad opera una vez que el daño ambiental se ha producido.¹⁰⁵⁰

Evidentemente, el ambiente juega un rol preponderante dentro de este nuevo modelo. Tal como se ha venido analizando, en cuanto que bien jurídico protegido, es la piedra angular para la configuración de la noción jurídica del daño ambiental (*Daño vs Ambiente*). Es el objeto central de protección, el cual permite activar el sistema de responsabilidad ambiental, ante la presencia de un hecho dañoso. Nuevamente, retornamos a aquella premisa “*Sin daño no hay responsabilidad*”, pero con un ingrediente adicional “*El daño debe ser de carácter ambiental*”. Es aquí cuando el instituto de responsabilidad ambiental cobra vida jurídica. A pesar del entresijo, que aún persiste en el campo doctrinario en cuanto a su delimitación y aunque la Directiva 2004/35/CE y la LRM, únicamente refieran a ciertos recursos naturales, taxativamente enumerados, al ser parte integrante del ambiente, están protegidos, en términos generales, cuando se produzca un “*cambio adverso y mensurable*” sobre alguno de ellos o un “*perjuicio mensurable*” a los servicios que prestan, lo que a ojos de esta normativa y según lo estudiado en el capítulo I es lo que conocemos como “*Daño Ambiental*”.

Indudablemente, el concepto de daño ambiental, responde a la dimensión reparadora que la Directiva 2004/35/CE y la LRM consagran, pero cuentan con esa innovación importante que rebasa los límites clásicos de la responsabilidad extracontractual. El sistema de responsabilidad ambiental, se erige sin buscar sólo la restauración de los recursos naturales dañados, sino que además,

¹⁰⁵⁰ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 443. Dentro de este contexto, los autores, desde hace algún tiempo atrás pusieron énfasis en que las diferencias entre una y otra responsabilidad son evidentes. Hicieron hincapié en que la institución de responsabilidad civil extracontractual, se trata de un sistema que opera a posteriori, desdénando la importancia de la necesidad de prevenir con anticipación los daños que se produzcan, etc. Ponderaron siempre, la implantación de un sistema público de responsabilidad por daños ambientales que evite estas carencias (*y otras no señaladas*), mediante el cual la administración determine la responsabilidad del sujeto por los daños causados al ambiente, los daños ecológicos en “*stricto sensu*”, lo cual exige una adecuada articulación con esa responsabilidad civil que puede ser reclamada ante la presencia de daños no estrictamente ambientales. En igual sentido, Pedraza Laynez, *La responsabilidad por*, 152-153.

impone deberes legales de prevención de daños ambientales.¹⁰⁵¹ En aplicación directa y exhaustiva del principio comunitario de prevención, que contempla y manda la Directiva 2004/35/CE (*considerando 15*),¹⁰⁵² el cual se ha consagrado además, como el principio rector que inspira a la legislación ambiental, la innovación a la que aludimos, se ha convertido en una razón extra para prescindir del Derecho Civil tradicional o régimen clásico de responsabilidad civil, pues su dimensión reparadora está sustentada en la indemnización pecuniaria propiamente dicha, apuntalada a resarcir aquellos daños que se hayan causado en el patrimonio o que versen sobre derechos subjetivos de particulares, por lo que debe gozar de un tratamiento disímil.¹⁰⁵³

Consolidando los objetivos de la normativa de tipo ambiental, volvemos a señalar que la responsabilidad ambiental lo que busca, es alcanzar una finalidad reparadora o resarcitoria íntegra de los daños. Es la finalidad inmediata, aunque no la estratégica, que está focalizada en la evitación del daño. Sin embargo, lo que pretende toda legislación ambiental reguladora de actividades, es reducir o eliminar los impactos ambientales para evitar que sean insostenibles, es decir, evitar que se provoquen daños ambientales que son, precisamente, esos impactos ambientales (*efectos adversos*) significativos, que para la legislación de responsabilidad ambiental son los que tienen relevancia (*artículo 2 de la Directiva 2004/35/CE y la LRM*). El objetivo de la Ley 16/2002, de prevención y control de integrados de la contaminación, también fue “evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación”, aunque ésta haya sido derogada por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación,¹⁰⁵⁴ cuyo objetivo en esencia es el mismo, “... evitar

¹⁰⁵¹ Pernas García y Ánimas Madrazo, «La responsabilidad por daños ambientales al suelo», 16.

¹⁰⁵² **Directiva 2004/35/CE. Considerando 15.** “Dado que la prevención y la reparación de los daños medioambientales es una tarea que contribuye directamente a la finalidad de la política medioambiental de la Comunidad, las autoridades públicas deben garantizar la aplicación y el cumplimiento adecuados del programa establecido en la presente Directiva”.

¹⁰⁵³ Código Civil Español, Capítulo II “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”.

¹⁰⁵⁴ Publicado en el BOE núm. 316, de 31 de diciembre de 2016.

o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto” (artículo 1).

Su finalidad radica en la evitación frente a la de la reparación que procura la legislación de responsabilidad. Sin embargo, esta reparación sirve a aquella evitación.

Todo el Derecho ambiental y todas sus instituciones, en conjunto colaboran necesariamente a que el objetivo constitucional de conservación de la Naturaleza se cumpla, bien controlando preventivamente las actividades peligrosas, bien imponiendo obligaciones de reparación a los daños que éstas han ocasionado. La finalidad inmediata no puede ocultar la estratégica impuesta incluso constitucionalmente.¹⁰⁵⁵

En suma, tanto la legislación de actividades como la de responsabilidad sirven a la prevención. Existe una zona de contacto que es de la prevención singular ante la amenaza inminente de la producción del daño. Es una zona gris entre la evitación y la reparación. No se puede decir que sea exactamente de evitación porque ésta se plantea ante la posibilidad del daño (*teórico*), pero tampoco se puede afirmar que sea de reparación, pues ésta surge ante la producción efectiva del daño. Es una evitación que surge ante la amenaza real e inminente del daño; esa zona gris que también la legislación de responsabilidad ambiental comprende. En todo caso, el objetivo principal ha de ser el de contribuir a la evitación del daño; a la prevención en ambos sentidos, constitucional y genérico.¹⁰⁵⁶ Además, el hecho de que la responsabilidad por daño ambiental tenga una doble dimensión, reparadora y preventiva, justifica la universalización de las obligaciones en materia de prevención y de evitación de este tipo de daños, haciendo extensiva su adopción para todo tipo de actividades y frente a todo tipo de comportamientos, tanto delictivos o

¹⁰⁵⁵ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1737-1738.

¹⁰⁵⁶ *Ibíd.*, 1738.

negligentes, como de naturaleza meramente accidental o imprevisible.¹⁰⁵⁷

Justamente, lo que se pretende con este régimen previsto por la Directiva comunitaria y la LRM, es que el operador o causante del daño sea considerado responsable financiero de las medidas de prevención o de la reparación de los daños ambientales que se ocasionen, dando ejemplo e incitando a que los demás operadores adopten medidas y realicen prácticas tendientes a minimizar los riesgos en su actividad ordinaria, minimizando con ello los riesgos económicos. En efecto, este nuevo sistema articulado, significa en la práctica para todos los países comunitarios (*traspuesto a su Derecho interno*), que el incumplimiento de las normas ambientales por los operadores o personas que provoquen el daño, no sólo supone la imposición de sanciones administrativas o penales para aquellos, sino también la obligación de restaurar el daño en el ambiente degradado. Los Estados miembros cuentan con sistemas de responsabilidad civil o administrativa a través de los cuales se ha venido intentando dar una solución para la correcta reparación de los daños ambientales; sistemas de responsabilidad pensados para reparar los daños tradicionales en las cosas o en las personas, pero que no han resultado efectivos para la restauración de los recursos naturales degradados. Es por ello que se arbitra un nuevo sistema de responsabilidad exclusivamente administrativo en el que se confiere a la Administración ambiental un papel esencial, como máximo garante de la protección del medio ambiente, y en el que se regula una solución específica para su reparación. El régimen de responsabilidad tiene por objeto reglar exclusivamente la relación de la administración con el operador, pero no confiere a los

¹⁰⁵⁷ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...* 444-445. En igual sentido, Esteve Pardo, *Derecho...*, 96. Este es un rasgo que como bien expone el autor, característico del modelo de responsabilidad ambiental que la LRM configura, el cual pretende restaurar o recuperar el estado natural afectado, atendiendo no sólo al momento posterior a la producción del daño, sino que también prevé reacciones ante la amenaza inminente de que tales daños se produzcan. Dentro de este mismo contexto, véase, Pernas García y Ánimas Madrazo, «La responsabilidad por daños ambientales al suelo», 16. Los autores recalcan la importancia de la Directiva en cuanto ésta “no se limita a proteger el medio ambiente desde una perspectiva reparadora de los daños causados, sino que a su vez tiene una función preventiva, ya que incorpora en su ámbito de aplicación a las amenazas o riesgos inminentes de daños ambientales...”.

particulares derechos de indemnización con motivo de daños ambientales.¹⁰⁵⁸

Hilando este enfoque con la prohibición que la Directiva 2004/35/CE y la LRM de manera casi idéntica han previsto, radicalmente, se excluye de su marco legal de responsabilidad ambiental a *“las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños”* (considerando 14 Directiva 2004/35/CE; preámbulo II y artículo 5.1 LRM).

Comprender los alcances y los efectos que la Directiva 2004/35/CE y la LRM, resulta factible e ineludible para poder comprender a la entidad de la responsabilidad ambiental propiamente dicha, la que a su vez permitirá garantizar su operatividad ante un hecho dañoso ambiental. En términos generales, partimos por considerar que la responsabilidad ambiental obliga, tal como sucede con el instituto civil de responsabilidad, a que el causante de un daño pague por un daño. La diferencia que sobresalta es que en materia ambiental, el daño no recae sobre otra persona sino que es el ambiente el afectado y lo que ha de pagar, precisamente es su reparación (*“in natura”*).

Recorriendo por esta nueva vía jurídica de responsabilidad, vemos que se trata de un régimen que configura un singular modelo de responsabilidad: *“Sin Víctimas”* (que lo diferencie una vez más del mecanismo clásico de responsabilidad civil). *“Las víctimas son los propios recursos naturales dañados que, obviamente, no pueden plantear acciones para obtener una indemnización, entre otras razones porque no es una indemnización lo que la LRM pretende”*.

¹⁰⁵⁹ Aquí, su foco de atención y protección, lo constituyen los

¹⁰⁵⁸ Rocío Martín Díez, «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», *Revista “Páginas de información ambiental”* 21 (2005): 24-25. Manifiesta la autora, que el sistema de responsabilidad ambiental, *“se aplicará exclusivamente a los daños ambientales, quedando fuera, en principio, la acción de reparación de los daños tradicionales, entendidos estos como los daños patrimoniales y personales”*.

¹⁰⁵⁹ Esteve Pardo, *Derecho...*, 96.

recursos naturales.¹⁰⁶⁰ La propia LRM lo reconoce y lo enfatiza (*artículo 5.1*),¹⁰⁶¹ guardando siempre perfecta armonía con lo que manda la Directiva 2004 (*considerando 14*).¹⁰⁶²

En efecto, el nuevo régimen de responsabilidad ambiental, ha introducido una excepción. No es aplicable o no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, tampoco a los daños producidos a la propiedad privada, ni a ningún tipo de pérdida económica, ni afecta a algún derecho subjetivo o relativo a este tipo de daños o cualquier otro tipo de daño patrimonial, que no sean ambientales, así sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a la responsabilidad ambiental.¹⁰⁶³ En otras palabras, no incluye los daños tradicionales a las personas o bienes de titularidad privada, objeto característico de la responsabilidad civil. Indubitablemente, pueden aparecer personas (“*víctimas*”) que han sufrido un daño patrimonial o en su propia salud, pero de ser así, la vía idónea ante la cual deben acudir, es aquella que conduce hacia los tribunales civiles (*la vía judicial instituida para exigir responsabilidad civil*),¹⁰⁶⁴ y en su caso la penal.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶⁰ La LRM atiende exclusivamente al daño ambiental ocasionado sobre los recursos naturales enumerados taxativamente, en los cuatro grupos analizados en el capítulo I, atinente al Daño Ambiental.

¹⁰⁶¹ **LRM artículo 5 “Daños a particulares” 1.** “*Esta Ley no ampara el ejercicio del ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación*”.

¹⁰⁶² Directiva 2004/35/CE, del 21 de abril de 2004. Considerando 14: “*La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños*”.

¹⁰⁶³ Urrutia Garro, «La normativa ambiental», 102.

¹⁰⁶⁴ En este sentido, el autor bien dice que la Ley no niega que puedan ejercitarse otras acciones, pero se deberá seguir una vía y una normativa distintas a las que ella establece. Nos recuerda que, ordinariamente, tales acciones serán las propias de la responsabilidad civil para exigir un resarcimiento e indemnización por los daños cuantificables económicamente, causados a las personas o a su patrimonio, resultando ser que la acción que tiene su cobertura legal más sólida y genérica es la que brinda el artículo 1902 del Código Civil (vid., Esteve Pardo, *Derecho...*, 98).

¹⁰⁶⁵

No obstante, esta salvedad, ha de tener siempre presente que en el supuesto de daños a bienes considerados como no ambientales, dentro de los cuales se incluyen los menoscabos sufridos por las personas en su esfera extrapatrimonial, (*porque es una consecuencia de una alteración ambiental*), el sujeto causante del daño *-el operador-*, sí ha de soportar los gastos de reparación o de prevención, excluyéndose la posibilidad de que pueda alegar dualidad de costes para eximirse de esta obligación. El caso más representativo de este tipo de daños, es el referente a los daños morales sufridos por efectos del ruido (*aunque establecer el criterio adecuado para su valoración, por la dificultad que representa, es una cuestión diferente*). Dicho de otro modo, todas las posibles reclamaciones de responsabilidad civil por parte de los particulares perjudicados no exonerarían de ninguna manera al sujeto causante de los daños ambientales respecto de la obligación que exige cumplir con las medidas que pudiera imponer la Administración (*medidas preventivas, reparadoras, o de recuperación de costes*), al amparo del sistema de responsabilidad por daños ambientales.¹⁰⁶⁶

Ahora, cuando una persona particular resulta ser la víctima de un daño producido en sus bienes, pudiendo éstos ser catalogados como ambientales, no puede ejercer una acción para exigir la reparación o indemnización del daño a quien los ocasionó, cuando dichos daños ya han sido reparados en virtud del sistema público de responsabilidad, porque la Administración Pública, en “*stritu sensu*”, ya cumplió con este deber. La razón se fundamenta en que “*la doble reparación está totalmente prohibida*” (*facultada reconocida en el considerando 29 Directiva 2004/35/CE y artículo 16.2 y plasmada en el artículo 5.2 LRM*). Por lo tanto, los sujetos que pudieran beneficiarse de una posible indemnización derivada de la responsabilidad civil extracontractual (*incluida la propia Administración si acude a ella como un simple particular, lo que sería posible en función del sector de que se trate y de la forma de*

¹⁰⁶⁶ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 421. Los autores ponen de relieve además, que la primacía del sistema público de responsabilidad ante daños ambientales, exigiría que en ningún caso, las reclamaciones de particulares perjudicados en otros procedimientos viables (*por la vía por ejemplo del artículo 1902 CC*), exonerasen al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que se derivasen de ese sistema, ni impidieran las actuaciones administrativas adoptadas con tal objetivo.

personificación por la que haya optado en su actuación), no podrían exigir reparación alguna por los daños ambientales que se les hubiera irrogado si tales daños han sido ya reparados por el sistema público de responsabilidad ambiental.¹⁰⁶⁷ De lo contrario, se estaría obligando al sujeto causante de los daños a una doble reparación derivada de hechos idénticos y fundamentada en una misma causa, lo que a toda luz resultaría injusto e inapropiado.¹⁰⁶⁸

Continuando con la consideración de que secuela de una actuación de un sujeto en particular, es la presencia de daños sobre recursos naturales o bienes ambientales, lo correcto parecería ser que se mantenga vigente el sistema de responsabilidad civil extracontractual a favor del perjudicado. No obstante, el alcance del daño ambiental trasciende del ámbito del Derecho Privado, ya que en algunos casos, también entran en juego bienes de dominio público (*además del carácter privado como el suelo*) e intereses difusos. De aquí, que una de las mayores preocupaciones e interrogantes que el Derecho debe resolver sea *¿Cómo operar justamente en aquel supuesto en virtud del cual, los bienes dañados no son exclusivamente de titularidad privada, sino que, simultáneamente, son también de titularidad pública?*

En referencia a aquellos bienes dañados y que ostentan el carácter de públicos, si lo que se pretende es proteger el ambiente, el mecanismo de responsabilidad civil extracontractual,

¹⁰⁶⁷ Urrutia Garro, «La normativa ambiental», 102. Tal como acota el autor: “... así aquellos no pueden exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les haya irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley”, la LRM.

¹⁰⁶⁸ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 421 y 445-446. Los autores recalcan que en el caso de que esta prohibición se haya violado, *es decir, que ha prosperado una doble reparación, “... al responsable que hubiera hecho frente a una doble reparación (frente al particular y frente a la Administración) por un mismo concepto (daños ambientales), habrá de ser reconocido el derecho de reclamar del perjudicado la devolución o compensación que procediera. La doble recuperación de costes puede perfectamente ser prohibida por el legislador interno, y es natural que así lo haga”*. Consecuencia directa de lo que determina la Directiva en relación con la legislación nacional: “*La presente Directiva no constituirá obstáculo para que los Estados miembros adopten medidas adecuadas, como la prohibición de la doble recuperación de los costes, en relación con situaciones en las que la doble recuperación pueda producirse como consecuencia de acciones concurrentes por parte de una autoridad competente en virtud de la presente Directiva y por parte de una persona cuya propiedad sufra daños medioambientales*” (artículo 16.2).

(*Responsabilidad Patrimonial de la Administración en estricto sensu*), resultaría poco factible para la Administración Pública, debido a las notables insuficiencias que aquél presenta.¹⁰⁶⁹ Lamentablemente, el sistema clásico civil se limitará a compensar la lesión producida por daños no ambientales, de carácter particular (*es decir, de los daños tradicionales, que pueden pertenecer a la esfera patrimonial o extrapatrimonial del afectado*). El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no se ajusta

¹⁰⁶⁹ Vid. Dopazo Fraguó, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 119-120; 123-125. En virtud del análisis técnico-jurídico, comparativo con otros sistemas legales, la autora refiere que en materia de responsabilidad civil por daños ambientales y/o contaminación ambiental (*daños producidos en recursos naturales y costes de restablecimiento y/o recuperación*), *ámbito del Derecho Privado*, se ha pretendido establecer nuevos institutos legales para completar la normativa tradicional en cuanto a los “*daños clásicos*” (*daños patrimoniales y daños a las personas, entre otros*), pero la práctica ha demostrado que las fórmulas jurídicas tradicionales aplicadas, por sí mismas, no siempre resultan eficaces para asegurar la responsabilidad ambiental; “*no han sido eficaces en términos absolutos, puesto que no han sido de utilidad en todos los casos y, de forma especial, no han servido para prevenir la producción de siniestros con graves efectos para el entorno ambiental. En este sentido... el tradicional instituto jurídico de la responsabilidad civil por daños ambientales aplicado per sé no es suficiente para garantizar la protección ambiental y, en concreto, no es un mecanismo específico, ni apropiado por sí mismo, para prevenir los riesgos ambientales. Por tanto, resulta preciso completar su aplicación con otras figuras jurídicas*”. Por dicho motivo, arguye que es necesario además, reforzar y completar las medidas de supervisión y las medidas de ejecución con respecto al cumplimiento del deber de indemnizar ante la presencia de un daño ambiental, ante lo cual, la LRM, a su modo de ver, pretende “*... aportar fórmulas más eficaces, reforzando el enfoque preventivo y ordenando el establecimiento de las garantías necesarias para asegurar, en todo caso, una adecuada reparación. En este sentido, la LRMA en algunos aspectos innova y en otros sigue el modelo precedente de la Ley alemana de responsabilidad ambiental de 1990. Así, incorpora... un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que “quien contamina paga”. Configurando una fórmula jurídica integradora, que aporta un conjunto de criterios, medidas y potestades administrativas, con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad civil clásica. Al mismo tiempo, impone a las empresas la implementación de las herramientas técnicas, jurídicas y financieras necesarias. Por tanto, en la práctica, conlleva marcar nuevos planteamientos, arbitrar nuevas estrategias empresariales y adecuar los modelos de gerencia a tales objetivos*”. En igual sentido, Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 446.

adecuadamente a la reparación de daños ambientales, no sólo porque su consecuencia es meramente el pago de una indemnización monetaria a los particulares lesionados (*cuando demuestren la concurrencia de los elementos básicos de ese tipo de responsabilidad*), sino porque este tipo de responsabilidad sirve principalmente, para la reparación de daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación con una persona o grupo de personas; exigencias que el daño ambiental difícilmente las cumple. En principio, el daño ambiental se trata de un daño de difícil (*muchas veces imposible*) individualización: *¿Cómo se individualiza el daño producido a un acuífero del que las personas afectadas reciben el suministro?*, traducido al caso “Chevron-Texaco” *¿En el, cómo individualizar los daños producidos en el suelo, agua, flora y fauna, si estos bienes son sustento directa de vida de quienes habitan en la Amazonía?*; *¿Cómo se evalúan económicamente esos daños?* Además, el hecho de que determinadas personas pudieran, hipotéticamente, recibir una compensación económica por los daños causados (*que quizás solo podrían ser los no ambientales, pues la compensación por los ambientales no es susceptible de individualización*¹⁰⁷⁰), cabe determinar si efectivamente, dicho sistema -el civil-, *¿Sirve para proteger efectivamente el ambiente de los daños sufridos o de potenciales amenazas?*

El instituto de responsabilidad civil viene a ser ineficiente también, porque si se trataría de reparar daños “públicos” o “autónomos” (*los cuales no producen una lesión individualizada*). La ineficacia radica en que para sustanciar la responsabilidad, es obligatoria la constancia de derechos o intereses legítimos individualizados que hayan sido vulnerados a causa de un daño ambiental, lo que no siempre ocurre cuando se han ocasionado daños a bienes ambientales y públicos, de ahí el carácter difuso que la mayoría de este tipo de daños presentan. Además, puede que existan “bienes

¹⁰⁷⁰ Contrario a la exigencia del artículo 139.2 de la ex LRJPAC (*Ley 30/1992*): *“el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*. Esta misma exigencia y en los mismos términos se plasmó en la posterior Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*artículo 32.2 “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*).

huérfanos” o “*res nullius*”,¹⁰⁷¹ respecto de los cuales no hayan intereses particulares que puedan verse afectados y que estimulen la acción de los ciudadanos en su defensa, porque los bienes destruidos o que han sufrido un deterioro no eran propiedad de nadie. Por lo tanto, sintetizando, la vía de la responsabilidad civil puede resultar insatisfactoria si no se logra una reparación del daño ambiental acaecido, a pesar de que con el remedio alzado se haya logrado establecer una indemnización a favor del propietario del bien o recurso natural; esto no garantiza con certeza la reparación efectiva del recurso natural (*ambiente*) dañado.¹⁰⁷²

Tal como hemos venido desarticulando, existen notables diferencias entre la institución de responsabilidad civil extracontractual o el de petición de responsabilidad patrimonial a la Administración y el sistema de responsabilidad ambiental. Un hecho diferenciador extra, revela el problema que gira entorno al ámbito jurídico-procesal de ambas instituciones. La situación basada en una dualidad respecto del tipo de daño ambiental atendiendo a la titularidad del recurso natural, conlleva a diferenciar cómo es el procedimiento judicial en

¹⁰⁷¹ Esteve Pardo, *Derecho...*, 94-95. El maestro considera que los bienes huérfanos “... pueden tener, por lo demás, un valor ambiental o ecológico muy destacado”. Cita como ejemplo, el caso de un grupo de aves migratorias de una especie en extinción, cuya pérdida, por intoxicación al ingerir sustancias contaminadas, tendría una muy negativa significación ecológica, sería un grave daño ambiental. Sin embargo, nadie podría interponer una acción de responsabilidad civil por daños, puesto que esas aves no formaban parte del patrimonio de persona alguna. Critica que esta peculiaridad y sustantividad de los daños ambientales, que no está bien atendida -o está desatendida por completo- por las acciones de responsabilidad civil, constituyéndose en una de las razones más invocadas en las instancias de la Unión Europea para establecer un régimen propio de responsabilidad por daños ambientales, diferenciándolo del régimen clásico de la responsabilidad civil por daños patrimoniales. De manera similar, Lozano Cutanda y Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, 184. Los profesores, ponderan de manera similar como algunos ejemplos en esta materia: la destrucción de un hábitat situado en un parque natural de titularidad pública o la pérdida de un ejemplar de una especie protegida.

¹⁰⁷² Esteve Pardo, *Derecho...*, 94. No obstante, el autor asevera que “*habrán casos en los que ambas pretensiones puedan quedar simultáneamente satisfechas*”, como ocurre con la recuperación de un bosque de titularidad privada que puede resarcir el daño patrimonial al propietario y, al mismo tiempo restaurar el medio natural neutralizando así el daño ambiental producido. En efecto, considera que desde la acción civil de responsabilidad que el propietario planteara se puede alcanzar un remedio -*decidido por el Tribunal*-, que cubra tanto el daño patrimonial y el ambiental simultáneamente.

cada ámbito del derecho, es decir, al comparando entre el régimen administrativo ambiental y el régimen civilista, a saber:

a) Las pretensiones que se deben interponer para imputar responsabilidad en ambos tipos de daños son diferentes. En el ámbito civil, estaríamos frente a una pretensión resarcitoria, buscando una indemnización que permita cubrir el monto del perjuicio patrimonial causado; pues el daño es estrictamente patrimonial. A “*contrario sensu*”, ante la presencia de un daño ambiental, lo que cabe es una pretensión restauradora, cuya esencia se sustenta en recuperar o volver en lo posible al estado básico en el que se encontraba el recurso natural afectado antes de que se produjera el daño.

b) La Directiva y la LRM imponen “*el modus operandi*” que deben seguir los jueces para dictar una sentencia. El problema que surge de la dualidad de las vías de responsabilidad (*ambiental y civil extracontractual*) conlleva a que los jueces civiles, a la hora de establecer esta última, deban actuar influenciados por el régimen que impone una u otra normativa. De manera particular, si el operador debería ser exonerado por concurrir las circunstancias legales pertinentes (*por ejemplo, cumplir una orden o instrucción de la autoridad o por hechos provenientes de terceros*),¹⁰⁷³ únicas de la institución de la responsabilidad ambiental y no necesariamente presentes en las otras clases de responsabilidades. Los jueces pueden verse ante un conflicto disímil, por ejemplo, que en la vía contencioso administrativa se absuelva al operador del pago de los costes de reparación, mientras que en la vía civil, se le declare responsable en virtud del derecho común.¹⁰⁷⁴

c) Las sentencias (*de índole civil*) no siempre están en armonía con la reparación del daño causado al ambiente, es decir, no prima esta medida imperiosamente sobre la medida indemnizatoria, ni existe algún mecanismo jurídico ni norma legal que obligue ni garantice que una vez se haya otorgado una indemnización a los perjudicados,

¹⁰⁷³ Veáse, Directiva 2004/35/CE, artículo 8: “*Costes de prevención y reparación*”, número 3; LRM, artículo 14: “*Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes*”.

¹⁰⁷⁴ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 422.

éstos la vayan a invertir en la recuperación del ambiente. Este hecho responde a la tónica general de los supuestos de responsabilidad civil y al hecho de que quienes plantean normalmente al juez la petición directa exigiendo la indemnización, son los propios demandantes. Además, son muy pocas las sentencias que se preocupan por defender el principio de la reparación en especie; el principio que verdaderamente debería ser perseguido.¹⁰⁷⁵ Peor aún, en el caso de los bienes o recursos naturales que han sido destruidos o deteriorados, pero que carecen de titular. Al entablar una acción de responsabilidad civil ésta no prosperará, ya que son bienes que no son propiedad de nadie. Únicamente, cuando esto no sea posible la reparación “*in natura*”, se debería acudir a la exigencia de una indemnización.

4.12 El sistema de responsabilidad ambiental en los ojos de la Directiva 2004/35/ce y la LRM

En los últimos años, tanto a nivel internacional como europeo, la evolución de los planteamientos culturales, estratégicos y de gobernanza corporativa (*pública y privada*), ha espoleado la creación normativa y, por ende, la articulación de “*sistemas jurídicos de responsabilidad ambiental*” específicos, configurándolos como complemento indispensable dentro del bloque de instrumentos jurídicos aplicables que colaboren a garantizar la tutela jurídica efectiva del ambiente. También se han instrumentalizado fórmulas técnicas y jurídicas preventivas, patrocinando la implementación de nuevos modelos económicos y empresariales más acordes con la ética y principios del crecimiento sostenible. Sin embargo, aún queda pendiente, la adopción de

¹⁰⁷⁵ Lozano Cutanda y Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, 181, 184-185. Los autores, consideran que “*La sociedad, cada vez más concienciada por la necesidad de defensa de nuestro ecosistema, gravemente amenazado por el potencial destructivo de la civilización moderna, demanda que, en aplicación del principio “quien contamina paga”, sean los causantes del daño al medio ambiente quienes asuman su coste por medio de la técnica de la responsabilidad civil, que persigue la reparación en su integridad del medio afectado o su resarcimiento mediante el pago de los daños y perjuicios ocasionados*”. Postulan como ejemplos el desarrollo jurisprudencial en materia de contaminación acústica, cuyas sentencias obligan a eliminar las causas que producen el ruido nocivo y el caso de las sentencias que imponen el deber de recuperación de aguas contaminadas.

fórmulas legales para asegurar la internalización de los riesgos ambientales en relación a la propia actividad económica que los genera y para garantizar la co-responsabilidad. Sobre esta legítima pretensión, se han configurado sistemas jurídicos *-regímenes de derecho privado y/o público, modelos mixtos-* que involucran a todas las partes potencialmente responsables, obligándolos a indemnizar por los efectos perniciosos de sus actos (*contaminantes en la mayoría de los casos*). Ante la tendencia preferente de la responsabilidad objetiva establecida para los operadores de actividades potencialmente peligrosas, que incluye algunas causas de exoneración limitadas, resalta el modelo aplicable más generalizado en los países desarrollados, el cual se basa en sistemas regulatorios mixtos que cuentan con un nuevo enfoque normativo. Sistemas que exigen la co-responsabilidad de los poderes públicos y los agentes privados implicados, los cuales otorgan a las autoridades administrativas competentes la potestad para dictar medidas obligatorias, como criterios de prevención, medidas correctoras, actuaciones para descontaminar y para reparar el daño causado y en caso de incumplimiento, establecer sanciones administrativas y/o sanciones penales por incumplimiento grave, así como el poder exigir responsabilidad civil por daños y perjuicios. En algunos sistemas jurídicos, la responsabilidad por los costes derivados de las medidas de prevención y de recuperación se fija a cargo de los titulares o a los ocupantes de la propiedad o lugar afectado/contaminado. La preferencia por “*modelos jurídicos mixtos*” confirma su eficacia para proceder a la asignación del riesgo ambiental, combinando normas de responsabilidad de derecho privado *-civil-* y de derecho público *-administrativo-*, lo cual permite que se cumpla con los criterios internacionales y europeos relacionados con el principio “*contaminador-pagador*” y, a la vez, con los estándares de prevención, control, reparación e indemnización.¹⁰⁷⁶

En el ámbito europeo y en el orden jurídico español, este modelo mixto no se encuentra instaurado en una sola normativa, sino que

¹⁰⁷⁶ Vid., Dopazo Fraguó, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 118-120. En cuanto al último aspecto, discrepamos con la profesora, negando la instauración de un modelo mixto tanto en la Directiva 2004/35/CE así como en la LRM. Si hubiera un modelo mixto, no se excluiría los daños a particulares, los cuales, se circunscribirán al régimen tradicional de responsabilidad civil.

aún persiste la clásica doble vía jurídica para instar responsabilidad bien por un “*daño ambiental personal*” o por un “*daño ecológico puro*”. Esto quiere decir, que se ha de acudir a la vía civil en el primer caso o a la vía administrativa/ambiental, en el segundo supuesto, para lograr que dicho daño sea compensado/reparado. En realidad, lo que ha ocurrido, es que ante las insuficiencias planteadas respecto del instituto clásico de responsabilidad civil, el daño originado al ambiente, el “*daño ecológico puro*” como tal, habría de ser objeto de reparación por medio del nuevo sistema público de responsabilidad ambiental que ya lo hemos referido; el instaurado por la Directiva 2004/35/CE y la LRM. El instituto de responsabilidad creado por ellas, ha llegado a ser un sistema complementario a todos los sistemas tradicionales de responsabilidad.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁷ Lozano Cutanda y Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, 185. Los autores recalcan que el nuevo sistema de responsabilidad ambiental ha sido instaurado con la finalidad de suplir las deficiencias del sistema tradicional de responsabilidad, que son comunes a la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (*Directiva 2004/35/C, del Parlamento Europeo y del Consejo*) y la Ley 26/2007, de Responsabilidad Ambiental, que transpone dicha Directiva al ordenamiento jurídico español, para regular tal como exponen “*la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que quien contamina paga*”, por lo que argumentan que se ha introducido “*un nuevo sistema de responsabilidad con el que no se pretende sustituir sino complementar los ya existentes*”. Urrutia Garro, «La normativa ambiental», 100-101, hace hincapié en la viabilidad de la aplicación de otras normas diferentes a la LRM, lo cual no anula el carácter complementario del sistema, sino lo corrobora. Al respecto, señala que “*Las previsiones de esta norma se aplican sin perjuicio de la legislación de protección civil para situaciones de emergencia; de la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; de las previsiones sobre emergencias sanitarias contenidas de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública; y de la legislación autonómica aplicable en materia de protección civil y de emergencias sanitarias*”. Además, la LRM, se aplica sin perjuicio de las normas comunitarias sobre responsabilidad medioambiental más exigentes y el Estado o las comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones más exigentes. Las comunidades autónomas, pueden incluso, incorporar otras actividades u otros sujetos a su régimen de responsabilidad (*disposición adicional segunda, puntos 1, 2 y 4*). Tampoco impide la atribución de responsabilidades a sujetos distintos de los operadores, por aplicación de otras normas medioambientales (*disposición adicional segunda, puntos 3*); en particular, como señala el autor “*... sin perjuicio del derecho del operador a limitar su responsabilidad de acuerdo con el Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio de 19 de diciembre de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de*

Tanto la Directiva 2004/35/CE¹⁰⁷⁸ como la LRM¹⁰⁷⁹ han instaurado los supuestos en los cuales va a operar el sistema de responsabilidad ambiental, los cuales están recogidos en su ámbito de aplicación (*artículo 3 de ambos instrumentos legales*). No obstante, podemos

reclamaciones de derecho marítimo o con el Convenio de Estrasburgo sobre limitación de responsabilidad en la navegación interior de 1988, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España, y en la legislación nacional de desarrollo de ambos instrumentos internacionales” y lo dispuesto en esta ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 108 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en su normativa de desarrollo, en relación con el sistema de seguimiento y de información sobre tráfico marítimo de mercancías peligrosas. Sin embargo, arguye el autor, que los daños no ambientales que se produzcan en cultivos por la liberación de organismos modificados genéticamente se repararán mediante la indemnización por daños y perjuicios, con arreglo a la legislación civil.

¹⁰⁷⁸ Directiva, artículo 3 “1. Se aplicará la presente Directiva: a) a los daños medioambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades; b) a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador”.

¹⁰⁷⁹ Veáse, Preámbulo de la LRM, II, b), en el cual se afirma que : “b)... se regula un régimen de responsabilidad también objetivo pero de alcance sectorial más amplio, el cual afecta a las amenazas de daños medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional, esté incluida o no en el anexo III de la ley. Este régimen, que posee menor contenido obligacional pues sólo requiere la adopción de medidas de prevención de daños medioambientales o de evitación de nuevos daños medioambientales, constituye una novedad respecto de lo previsto en la directiva”. Para el análisis de la responsabilidad, el artículo 3. “Ámbito de aplicación”, establece los supuestos en los cuales la LRM tendrá cabida, así expresamente dispone: “1. Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo. 2. Esta ley también se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III, en los siguientes términos: a) Cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación. b) Cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y de evitación”.

colegir que uno de los avances que ofrece la LRM, es que el sistema que ha adoptado en cuanto a la protección del ambiente, es menos restrictivo en comparación con el instaurado por la Directiva 2004/35/CE. Orteu Berrocal,¹⁰⁸⁰ expone una doble justificación sobre la cual descansa esta afirmación:

- a) La cobertura a través de la responsabilidad subjetiva que la LRM extiende a todos los recursos naturales, es más amplia que aquella brindada por dicha Directiva, la cual únicamente, salvaguarda de esta manera a las especies protegidas por la normativa comunitaria.
- b) La LRM diferencia del concepto de reparación, a aquellas medidas dirigidas a disminuir la intensidad de los daños causados, las denominadas “*medidas de evitación*”. En consecuencia, estas pautas podrán ser impuestas en el sistema de responsabilidad objetiva a las actividades excluidas del Anexo III, posibilidad que la Directiva restringió sólo a las que figuraban en su anexo III.

Dejando de lado esta apreciación, el sistema elegido por la Directiva 2004/35/CE y la LRM, además de ser uno de los máximos avances¹⁰⁸¹ en cuanto a protección ambiental se refiere, es la elección del carácter objetivo de su responsabilidad cuando se desarrollan determinados tipos de actividades la que los particulariza. El ordenamiento jurídico español, es decir la LRM, a partir del preámbulo de la Ley (*considerando I*) marca la génesis del carácter de la responsabilidad ambiental, manifestando que:

“La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. Se completa de esta manera el marco legal de protección de los recursos

¹⁰⁸⁰ Eduardo Orteu Berrocal, «Ámbito de aplicación de la Ley (Artículos 3 a 6 y definiciones realcionadas)», en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, coord. por Blanca Lozano Cutanda (Navarra: Civitas, 2008), 187-188.

¹⁰⁸¹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 155.

naturales, pues los daños medioambientales con origen en la comisión de infracciones administrativas o penales ya estaban tipificados por las distintas normas sectoriales, las cuales venían estipulando de ordinario la obligación de restitución de los perjuicios derivados de tales actuaciones infractoras. Además, de esta manera se hace efectivo el principio de que «quien contamina paga» al trasladar los costes derivados de la reparación de los daños medioambientales desde la sociedad hasta los operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales”.

(la negrita, cursiva y subrayado pertenece al redactor de esta obra)

a) La responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva:

La característica similar que presentan los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea de corte occidental, es que la naturaleza jurídica de los regímenes de responsabilidad por daños *-en el sentido amplio del término-*, que éstos prevén son de tipo subjetivo, fruto directo del Derecho Romano (*“No causar daño a los demás”*). El ordenamiento jurídico español, comenzó a regular la responsabilidad por daños ambientales, causados por particulares, a través del sistema civil tradicional de responsabilidad subjetiva, basado en la presencia de los elementos *-expresamente enunciados-*, de culpa o negligencia en la acción u omisión del sujeto activo del hecho dañoso (*el responsable*), condición *“sine qua non”* para impulsar la acción legal que ponga en movimiento la institución de la responsabilidad, en contra del sujeto que haya causado un daño.

En efecto, tal como expone Esteve Pardo,¹⁰⁸² la responsabilidad *“sólo es exigible si concurren determinadas actitudes negativas o reprobables en el sujeto -de ahí el calificativo de subjetiva-, que se concretan en la culpa o negligencia”*. La ausencia de estos

¹⁰⁸² Esteve Pardo, *Derecho...*, 98. En otras palabras, manifiesta el autor, *“Si el sujeto materialmente causante del daño no actuó con culpa o negligencia entonces no debe responder y el daño queda indemne debiendo entonces soportarlo la víctima sin resarcimiento alguno”*.

elementos subjetivos, trae como consecuencia intrínseca, atendiendo el comportamiento del sujeto que causó el daño, a quedar totalmente exento de cualquier tipo de responsabilidad. El efecto inmediato posterior, es la indefensión de quién padeció el daño; de la víctima. Esta persona, no logrará ninguna indemnización o reparación y será quien deba erogar todos los gastos necesarios, por cuenta propia, para reparar el daño sufrido.

Durante mucho tiempo primó este sistema de responsabilidad civil subjetiva, entendida así, en razón de que su criterio de imputación reposaba sobre el concepto de culpa, buscando reprochar la conducta negligente o dolosa del dañante, vertida en una indemnización en forma de sanción o castigo. Sin embargo, hoy en día, no cabe duda que la imputación por culpa ha cedido lugar dentro de los sistemas de responsabilidad civil, frente a la progresiva objetivización y “*socialización de los riesgos*”. En efecto, la institución de responsabilidad subjetiva, surgió a la par del desarrollo industrial, propulsor del origen del régimen de responsabilidad objetiva instaurado en principio por los daños suscitados por los vehículos a motor,¹⁰⁸³ como bien lo hemos descrito en el transcurso de este trabajo. De esta manera, la figura jurídica de responsabilidad, consecuencia directa del continuo proceso de evolución *-producido a partir del siglo XIX-*, se empezó a caracterizar por su función reparadora/compensatoria; la introducción de criterios objetivos de imputación causal y el apareamiento de los seguros de responsabilidad civil.

El criterio de imputación de la responsabilidad civil, se apoya en dos pilares: el subjetivo y el objetivo o de riesgo. Desde hace ya algunos años, ciertos dogmáticos, entre ellos, Álvarez Lata, Busto Lago, Gómez Calle, Parra Luccán, Peña López, Reglero Campos, Rovira Sueiro, Vicente Domingo,¹⁰⁸⁴ consideraron que el artículo 1902 del Código Civil, al determinar que la obligación de resarcir sólo constriñe a aquellos que hayan actuado culposa o negligentemente, partiendo desde la posición clásica que, en materia de responsabilidad por daños, se utiliza como elemento indispensable la omisión de la diligencia exigible en el agente, pero

¹⁰⁸³ Bonorino Ramírez y Leal, «La prueba de la causalidad en el daño ambiental», 43.

¹⁰⁸⁴ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 421 y 428.

que en cuanto a daños ambientales esto tendía a desaparecer, quedando la “*responsabilidad residual*”, a pesar de que en el campo ambiental, la doctrina que más eco ha tenido es la de la objetivación progresiva, ya que generalmente los daños al ambiente -*en la mayoría de los casos*-, son producto no de un actuar culposo o negligente del sujeto, sino de situaciones fácticas de riesgo, que independientemente de la conducta del agente, desembocan en la producción de lesiones en el patrimonio “*ambiental*” del sujeto pasivo.¹⁰⁸⁵ “*Principio Alterum non laedere*”. Además, en estos casos, no se puede prescindir de la jurisprudencia respecto de la presunción “*iuris tantum*” de culpa en el agente, aunque haya cumplido con las formalidades reglamentarias y una vez acreditada la realidad del menoscabo, operaba la inversión del “*Onus probando*”. En virtud de ello, si no fuese posible probar la causa del daño, corresponde al agente probar su propia diligencia (*expansión de la carga de la prueba*). No basta cumplir con los reglamentos y demás disposiciones legales para prevenir y evitar los daños, porque el daño efectivamente ya se ha producido. Es insuficiente.

De esta manera, es como nació la institución de responsabilidad objetiva. Lo que verdaderamente pretende a diferencia de la responsabilidad subjetiva, es indemnizar a la víctima del daño, pero sin atender los elementos subjetivos -*culpa o negligencia*- del sujeto autor material del hecho dañoso. Evidentemente, lo que prima y le importa a esta institución, es el resultado del hecho. El daño propiamente dicho, se centra en aquella situación que ha provocado que alguien sufra un menoscabo o un perjuicio, sin ninguna razón ni obligación alguna de soportarlo, dejando completamente aislada la conducta de quien lo produjo. Ello quiere decir, que el daño no se repara en las circunstancias que concurran en la persona del sujeto

¹⁰⁸⁵ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 443. Enfocándose en la responsabilidad civil extracontractual, los autores se refieren a ella como una responsabilidad por culpa o negligencia más no objetiva (*aunque reconocen que hay una cierta tendencia aún limitada a consagrar esta última en cada vez más sectores*). Sin embargo, reconocen que a veces es difícil, pero no imposible, determinar el sujeto causante del daño ambiental o la relación de causalidad -*contaminación de origen histórico, multiplicidad de fuentes contaminantes*-, por lo que ha de acudir a la vía judicial civil para determinar la medida reparadora oportuna, que suele consistir en una indemnización no necesariamente destinada a la recuperación del bien o recurso dañado.

causante. Lo determinante, es que alguien haya sufrido un perjuicio que no estaba obligado a soportarlo, en virtud de lo cual, el causante del daño, *-si se identifica quién es-*, deberá responder indemnizando a la víctima. El régimen de responsabilidad objetiva, se ha configurado en paralelo al desarrollo tecnológico e industrial porque éste ha dotado a todos de un tejido tecnológico capaz de multiplicar el potencial de producción de daños de las más irrelevantes acciones de todos los seres humanos.¹⁰⁸⁶

En este entorno, la presencia de un nuevo ingrediente es el que le convierte al régimen de responsabilidad objetiva en un régimen especial y diferente. *“EL RIESGO”*. Aludimos a este factor por el rol preponderante que desempeña cuando de actividades industriales se trata. De hecho, la responsabilidad ambiental germina del riesgo. En términos generales, ésta es una responsabilidad de tipo objetivo, por estar asentada sobre criterios de imputación objetiva. Lo que esta figura jurídica pretende, es que el agente causante del daño *-el operador-*, cumpla con algunas obligaciones en su actuar,¹⁰⁸⁷ al margen de cualquier elemento de carácter subjetivo, refiérase al dolo, culpa o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. Lo que la teoría del riesgo busca, es determinar la responsabilidad de aquéllos que explotan ciertas actividades con beneficio y lucro frente a peligros y riesgos que implican para los miembros de la comunidad. Según esta teoría, la presencia de la culpa no es necesaria, aunque no está totalmente ausente. Mientras tanto, en la teoría de objetivación pura de la responsabilidad, la culpa está ausente en forma total, por lo que aquí cabría, es la demostración de la culpa exclusiva de aquel que ha sufrido el daño.¹⁰⁸⁸ Si nos enfocamos en el quehacer diario de dichas actividades, es difícil prescindir del alto grado de

¹⁰⁸⁶ Esteve Pardo, *Derecho...*, 98-99. El autor ejemplifica lo dicho de la siguiente manera: *“Un vehículo a motor, disponible a precios muy asequibles en el mercado, que en diez segundos pueden pasar de 0 a 120km/h no necesita de una conducción imprudente -basta un pinchazo fortuito- para que pueda producir graves daños que las víctimas desde luego no tienen que soportar estoicamente”*. A partir de aquí, considera el profesor que la expansión del régimen de responsabilidad en todos los sectores en los que hay un destacado componente de riesgo tecnológico y desde luego el impacto que sobre el ambiente tienen ciertas actividades industriales, es uno de ellos.

¹⁰⁸⁷ Las determinadas en la Directiva 2004/35/CE (*artículos 6, 7 y 8*); la LRM (*artículos 9, 17, 19 y 24.1*) y la normativa autonómica respectiva.

¹⁰⁸⁸ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 426-427.

probabilidad de que las máquinas o alguno de sus componentes tecnológicos presenten alguna falla.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁹ Corolario a ello, el Reglamento de la LRMA (*Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre*), hace expresamente ha impuesto como uno de los deberes del operador, el de realizar y presentar -validado/verificado- un análisis de riesgos ambientales referido a la actividad que ejercita. Artículo 34. “*Elaboración del análisis de riesgos medioambientales*”. “1. *El análisis de riesgos medioambientales será realizado por el operador o un tercero contratado por éste, siguiendo el esquema establecido por la norma UNE 150.008 u otras normas equivalentes. Asimismo, con un grado de detalle adecuado al carácter hipotético del daño, en la elaboración del análisis de riesgos deberán utilizarse los criterios recogidos en el capítulo II respecto a los siguientes parámetros: a) La caracterización del entorno donde se ubica la instalación. b) La identificación del agente causante del daño y de los recursos y servicios afectados. c) La extensión, intensidad y escala temporal del daño, para el escenario con el índice de daño medioambiental más alto, seleccionado conforme al procedimiento establecido en el artículo 33. d) Una evaluación de la significatividad del daño. e) La identificación de las medidas de reparación primaria. No obstante, para la cuantificación se tendrán en cuenta las siguientes reglas: f) La incertidumbre asociada a la estimación de la magnitud del daño medioambiental de una hipótesis de accidente, se delimitará preferentemente con la utilización de modelos de simulación del comportamiento del agente causante del daño medioambiental. g) Los daños agudo, crónico y potencial equivalen a una pérdida de recurso natural o servicio de recurso natural de un 75, 30 y 5 por ciento, respectivamente. 2. Los análisis de riesgos tendrán en cuenta en qué medida los sistemas de prevención y gestión de riesgos adoptados por el operador, de manera permanente y continuada, reducen el potencial daño medioambiental que pueda derivarse de la actividad. 3. El operador actualizará el análisis de riesgos medioambientales siempre que lo estime oportuno y en todo caso, cuando se produzcan modificaciones sustanciales en la actividad, en la instalación o en la autorización sustantiva*”. Dopazo Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 125, profundiza, que la LRM española refuerza el carácter objetivo de la responsabilidad ambiental, estableciéndolo como criterio general de responsabilidad, fijado en las obligaciones de actuación impuestas al operador, con independencia de la concurrencia del dolo, culpa o negligencia que hubiesen podido existir en la conducta. Considera que el legislador pretendió completar el sistema legal de tutela ambiental, ya que la legislación sectorial y específica, tradicionalmente, sí tipificaba los daños ambientales provocados por incumplimiento de los requisitos legales, por acciones u omisiones infractoras, estableciendo sanciones administrativas y penales, así como también preceptuaba el deber de indemnizar y restituir los perjuicios derivados de dichas actuaciones infractoras. Interpreta la autora, que la LRM -conforme al modelo descrito-, busca garantizar el cumplimiento del principio “*quien contamina paga*” en relación con la necesidad de adoptar un modelo integrado de gestión empresarial responsable y sostenible, razón por la

Este hecho, es el que conduce a la posibilidad de que se provoque un daño, pero no sólo a nivel empresarial, sino que conlleva además un impacto sobre el ambiente, que se traducirá en un resultado dañoso; en un Daño Ambiental.

En cuanto al carácter de la responsabilidad ambiental, la mayoría de la doctrina se muestra a favor de la aplicación de una responsabilidad objetiva en relación a los daños ambientales. La argumentación que más ha prevalecido y que ha sido la más seguida para interponer este sistema al subjetivo, ha sido la protección de la víctima, ya que de esta manera se le exime de la obligación de probar una culpabilidad que, debido a la complicación de la materia ante la que nos encontramos y a la falta de experiencia de los afectados en este campo, viene a ser en múltiples ocasiones como una prueba leonina.¹⁰⁹⁰ Esta relevante ventaja no es la única. Existe otra serie de beneficios que hacen de este tipo de responsabilidad el más eficaz dentro del campo ambiental. Así por ejemplo, la agilización del proceso judicial que forjará a los operadores

que el legislador ha aportado una fórmula para hacer efectivo la posibilidad de trasladar los costes derivados de la reparación de los daños ambientales desde la sociedad hasta los titulares u operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales. Enfatiza que la LRM propugna la reparación total del medio dañado, el restablecimiento del medio y la recuperación de los recursos naturales. Además, ha incrementado la consideración del propio “*valor ambiental*” como bien jurídico digno de protección, pues la indemnización económica para responder por los daños producidos y repercutidos no es suficiente. Es por ello, que en cuanto a la obligatoriedad del enfoque preventivo, se justifica *-positivamente-*, el deber de exigir al operador una identificación y evaluación previa del riesgo ambiental (*análisis de riesgos*) y de forma efectiva, conforme a la exigencia de verificación por un tercero imparcial e independiente. No obstante, frente a dicha exigencia legal, considera que ésta no debería ser interpretada restrictivamente, en aras del interés público. Hace hincapié, en que la herramienta técnica del análisis de riesgos, entre otras, será de gran utilidad práctica a efectos preventivos y al efecto, destaca la implementación de un sistema integrado de gestión de riesgos y responsabilidad social corporativa o empresarial *-RSC/RSE-*, conforme a un modelo avanzado de Gobierno Corporativo. efectos. Por lo tanto, considera oportuna una posible aplicación de la herramienta del análisis de riesgos ambientales a la práctica de todas las actividades (*incluidas o excluidas en el Anexo III de la LRMA*).

¹⁰⁹⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 152. Como sucede en la responsabilidad de los productores que hace probar el daño ocasionado por el defecto de un producto, lo cual dificulta que se pueda exigir responsabilidad al productor.

responsables para que se hagan cargo de los costes y las medidas de prevención y reparación de manera más rápida. Asimismo, esta ampliación absoluta de la responsabilidad, hará que los posibles responsables sean más cuidadosos al desarrollar ciertas actividades que traerán consigo el efecto de que en caso de producción de un daño ambiental, la responsabilidad que se les aplicará será de carácter objetivo, lo cual les motivará a ser más cautelosos en su proceder. Otra de las razones, es la dificultad de que muchas de las veces, los daños padecidos por los recursos naturales son manifestadas a largo plazo de manera muy difuminada y además, generalmente caros o imposibles de reparar. Situaciones, que justifican aún más la viabilidad y la plena aplicación de este sistema de responsabilidad objetiva.¹⁰⁹¹

No obstante, un grupo doctrinario minoritario, considera que no habiendo una cierta negligencia empresarial no se puede hablar, como regla general, de un daño ecológico. Mientras tanto, otro grupo, entiende que la adaptación de un sistema u otros es independiente, ante la certeza eso sí, de que los recursos dañados han recobrado el estado que habían perdido a través de su reparación. Frente a estas dos planteamientos, Pedraza¹⁰⁹² resalta el hecho de que esta reparación en un sistema de responsabilidad subjetivo no prosperará en la mayoría de los casos, pues su apreciación es tan complicada que se muestra prácticamente imposible en una gran cantidad de ocasiones, lo que derivaría en una falta de prueba de la culpa o negligencia cometida y por ende, en una liberación de responsabilidad en la que haya podido incurrir el operador.

La normativa de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico español (*Directiva 2004/35/CE y la LRM*), son los instrumentos legales garantes del instituto administrativo de responsabilidad ambiental. Sin embargo, al analizar los supuestos sobre los cuales esta normativa tiene aplicación, éstos presentan ciertas condiciones que deben ser cumplidas previamente, so pena de que la responsabilidad ambiental no pueda ser entablada. Dichas condiciones giran en torno a las medidas de prevención y evitación del daño ambiental, las cuales denotan además, la presencia del

¹⁰⁹¹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 152-153.

¹⁰⁹² *Ibíd.*, 153.

dolo, culpa o negligencia. En este punto, ciertamente, es cuando opera y se instaure el régimen de imputación de responsabilidad ambiental. No obstante, ninguna de las dos definen ni delimitan lo que por riesgo se debería entender. Es así, como la normativa comunitaria y la legislación estatal (*ordenamiento español*), atendiendo al género de cada actividad profesional que “*el operador*” desarrolla, han instaurado este nuevo régimen de responsabilidad. Sin embargo, al régimen incorporado a nivel comunitario como internamente -*en el orden jurídico español*- podemos calificarlo de híbrido.¹⁰⁹³ Resulta que es objetiva para ciertos casos; mientras que, en otros, se exige la presencia de los elementos subjetivos de dolo, culpa o negligencia.

En efecto, el ámbito de aplicación del nuevo marco comunitario de responsabilidad ambiental se define por la conjunción de dos elementos: el tipo de actividad profesional causante del daño ambiental, y el medio natural receptor del mismo.¹⁰⁹⁴ He aquí,

¹⁰⁹³ Borrego y Riera, «Implicaciones económicas », 122. En términos similares lo explican los autores y reiteran que “*En ambos textos, el europeo y el español, se contempla la llamada responsabilidad objetiva en algunos casos, y la subjetiva en otros. Bajo la primera, una serie de actividades empresariales como la gestión de residuos, emisiones autorizadas, transporte de productos peligrosos o contaminante, entre otras, están sujetas a la reparación del daño, cualquiera que sea su coste, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. Para el resto de actividades, se le exige la reparación al responsable del daño cuando medie dolo, culpa o negligencia (responsabilidad subjetiva). A las actividades bajo responsabilidad objetiva (las que deben reparar aún no siendo negligentes) se les exige, además, garantías financieras para poder hacer frente a los potenciales daños*”. En igual sentido, Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 424. Añaden los dogmáticos, que el listado de actividades coincide en gran medida con el de actividades sometidas al régimen de control integrado de la contaminación; Esteve Pardo, *Derecho...*, 99. El autor hace una aportación que merece la pena destacar: “*En el anexo III se relacionan toda una serie de actividades económicas, industriales y profesionales que se consideran de mayor riesgo ambiental. Viene a coincidir con las actividades sujetas al régimen de autorización e intervención integral que se regula en la Ley 16/2000... En cualquier caso, las Comunidades Autónomas pueden ampliar para su territorio el listado de materias del anexo III de la LRM*”.

¹⁰⁹⁴ Martín Díez, «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», 25-26. La autora considera que la combinación de estos dos elementos determina el tipo de sistema de imputación -*objetiva o, en su caso, subjetiva*- de los daños ambientales que deba aplicarse en cada caso concreto, a pesar de que, para muchos, la responsabilidad ambiental debe ser de carácter objetiva, sin la necesidad de requerir de un juicio de culpabilidad para la imputación del daño, es decir, que la

cuando cobra pleno relevo el listado de actividades a las cuales se refiere el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/35/CE (*artículo 3.1.a*),¹⁰⁹⁵ así como el de la LRM (*artículo 3.1*), que en ambos casos está desglosado en el ANEXO III,¹⁰⁹⁶ y que alude a actividades con potenciales efectos que podrían recaer sobre la salud humana o en el ambiente,¹⁰⁹⁷ con la diferencia de que en la Directiva son doce¹⁰⁹⁸

culpabilidad del operador, se determine independientemente de que haya actuado o no con la debida precaución.

¹⁰⁹⁵ Artículo 3.1 Directiva 2004/35/CE “*Se aplicará la presente Directiva: a) a los daños medioambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades*”.

¹⁰⁹⁶ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 424. Los autores acotan que son “*doce originales y uno añadido por la Directiva 2006/21/CE, del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE*”.

¹⁰⁹⁷ Martín Díez, «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», 27. La autora hace hincapié en que todas las categorías de actividades a las que refiere la Directiva y que están desglosadas en su Anexo III, son consideradas como peligrosas para el ambiente, es decir, que entrañan un riesgo potencial para la salud humana y el entorno natural. Es por ello, que los operadores de este tipo de actividad peligrosa son quienes deben asumir los riesgos financieros derivados de los eventuales daños al medio natural que su actividad pueda ocasionar.

¹⁰⁹⁸ Ver Directiva 2004/35/CE. ANEXO III “*ACTIVIDADES A QUE HACE REFERENCIA EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 3*”. Los doce apartados a los que se refiere el Anexo, en forma sintetizada son: 1.- La explotación de instalaciones sujetas a un permiso, salvo las instalaciones o partes de instalaciones utilizadas para la investigación, elaboración y prueba de nuevos productos y procesos; 2.- Las actividades de gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades y la gestión posterior al cierre de los vertederos, que estén sujetas a un permiso o registro; 3.- Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa; 4.- Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa; 5.- El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro; 6.- La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa; 7.- La fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de: a) las sustancias peligrosas, b) los preparados peligrosos, c) los productos fitosanitarios, d) los biocidas; 8.- El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes; 9.- La explotación de instalaciones sujetas a una autorización; 10.- Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente; 11.- Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente; 12.- El traslado

sus apartados diferenciados; mientras que, la LRM ha incorporado dos actividades extras¹⁰⁹⁹ (*siendo 14 sus apartados*). En todo caso, el Anexo III de la LRM, ha edificado dos bloques diferentes que agrupan a las actividades que se presumirán como peligrosas de la siguiente manera:¹¹⁰⁰

Primer bloque: Determina aquellas instalaciones sujetas a autorización de acuerdo con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control de Integrados de la Contaminación.¹¹⁰¹

Segundo bloque: Está formado por una larga relación en la que se contemplan diversos sectores de riesgo ambiental como la gestión de residuos y residuos peligrosos los vertidos en aguas interiores, etc. En cada una de las actividades mencionadas se establece cual será su normativa reguladora.

Por una parte, esta inclusión de ambos grupos de actividades ha sido duramente criticada por la doctrina.

transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido por el Reglamento, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea.

¹⁰⁹⁹ Veáse, LRM. ANEXO III “*ACTIVIDADES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 3.1*”. Los 14 apartados a los que se refiere el Anexo de la Ley se refieren a los mismos que ha incorporado la Directiva 2004/35/CE, con la única incorporación de las siguientes actividades: “ 4. *Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y la legislación autonómica aplicable*. 5. *Todos los vertidos en aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa de conformidad con lo dispuesto en la ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en la legislación autonómica aplicable*”.

¹¹⁰⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 96-97; Ruda Gonzalez, «Responsabilidad civil medioambiental Contaminación del aire», 739. Este último profesor, critica esa diferenciación entre “*actividades mayormente peligrosas y menos lesivas*”. Considera al respecto que incluso aquellas actividades no contempladas en el Anexo III de la LRM pueden ocasionar no sólo igual perjuicio sino aún mayor que aquellas actividades por él consagradas. Objeta la elección que se ha elegido, creyendo que con bastante probabilidad corresponde a una elección de carácter aleatorio. En igual sentido, Mullerat, «Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental», 238.

¹¹⁰¹ (BOE, núm. 157.de 2 de julio de 2002).

Del mismo modo, Pardo Leal, critica tajantemente el sistema elegido por el legislador nacional, ya que muchas de las actividades que figuran en dicha lista podrían implicar menores riesgos que todas aquellas que están excluidas de la misma. En sentido inverso Ruda González,¹¹⁰² también critica drásticamente esa diferenciación entre las actividades mayormente peligrosas y las menos lesivas. Considera, que incluso aquellas actividades no contempladas en el Anexo III de la LRM pueden ocasionar no sólo igual perjuicio sino aún uno mayor que aquellas actividades por él consagradas. Objeta la elección que ha hecho el legislador, creyendo que con bastante probabilidad corresponde a una elección de carácter aleatorio. Además, ha destacado que las normas incluidas en este anexo son consecuencia de la transposición de las directivas enumeradas en el anexo III de la Directiva 2004/35/CE, lo cual pone de manifiesto la materialización del rechazo hacia una norma general de responsabilidad ambiental.¹¹⁰³ Valencia Martín,¹¹⁰⁴ considera que el hecho de que dentro de este anexo hayan actividades que son reguladas por normativa autonómica, es una indeterminación y un capricho innecesarios que generará inseguridad jurídica (*además, sólo en relación con las distintas clases de vertidos y no con aquellas actividades sujetas a autorización ambiental integrada*), cuando es la seguridad jurídica la que debe primar.

Por otra parte, esta serie de actividades del Anexo III tanto de la Directiva 2004/35/CE como de la LRM, poseen características comunes. Crean un riesgo significativo al ser ejecutadas que no puede ser eliminado acogiéndose a una conducta diligente. Además, las funciones que realizan, precisan de una alta especialización mediante técnicas específicas, a pesar de que generalmente, son útiles para la comunidad. Sin embargo, la mayor de sus cualidades

¹¹⁰² Cf. Ruda González, «Responsabilidad civil medioambiental Contaminación del aire», 739. Critica esa diferenciación entre “*actividades mayormente peligrosas y menos lesivas*”, argumentando que incluso aquellas actividades no contempladas en el Anexo III de la LRM pueden ocasionar no sólo igual perjuicio sino aún mayor que aquellas actividades por él consagradas. Objeta pues, la elección que se ha elegido, creyendo que está corresponde a una elección de carácter aleatorio. En igual sentido, Mullerat, «Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental», 238.

¹¹⁰³ Ruda González, «Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la Directiva 2004/35/CE y la responsabilidad civil», 98.

¹¹⁰⁴ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 10.

es que son actividades que pueden provocar un grave daño. Está más que justificada su inclusión en este anexo, pero esto no ha sido suficiente para la doctrina, pues no se muestra partidaria de una diferenciación en la responsabilidad de aplicar con relación a otras actividades no incluidas en dicho Anexo.

Sin embargo, alejándonos un poco de las opiniones partidarias, no todos los operadores van a recibir idéntico trato según el sistema de responsabilidad ambiental instaurado por la Directiva 2004/35/CE y la LRM. Para la correcta determinación del régimen de responsabilidad que les corresponda, aquellos serán clasificados dependiendo del tipo de actividad que realicen. Desde que surgió la necesidad de crear una directiva de responsabilidad ambiental, se optó porque formasen parte del régimen de responsabilidad todos los daños que malograsen o fuesen un riesgo suficiente para el ambiente o para salud humana. Sin embargo, la existencia de determinados Convenios Internacionales, entre otros motivos, promovieron la exclusión de algunas actividades del ámbito material de la norma. De esta manera, siguiendo las sugerencias de la Comisión, las actividades quedarían o no reguladas, en consideración a si hubiesen estado o no recogidas en alguna de las Directivas Comunitarias sobre actividades prácticas peligrosas o potencialmente peligrosas para el ambiente o la salud humana, mencionadas en el texto y recogidas por su anexo III en forma completa.¹¹⁰⁵

De esta manera, la Directiva 2004/35/CE, ilustra su marco de acción para atribuir responsabilidad, objetiva o subjetiva, por la ocasión de un daño ambiental, instituyéndolo en dos supuestos (*artículo 3*), que vendrían a ser la bifurcación de dos de los considerandos sobre los cuales ésta se ha apoyado (*el 8 y el 9 específicamente*), los cuales delimitan cómo su ámbito de aplicación debe aplicarse y ante los cuales aquella cobrará pleno vigor:

- a) En cuanto a daños ambientales, se aplicará a aquellos causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en la lista que el Anexo III ha incorporado, y a cualquier amenaza inminente de tales daños, provocada por alguna de esas actividades, que resulten

¹¹⁰⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 94-95.

riesgosas de manera potencial o real para la salud humana o el ambiente propiamente dicho.¹¹⁰⁶ En este supuesto reluce la teoría del riesgo, constituyéndose el afamado régimen de responsabilidad objetiva,¹¹⁰⁷ por resultar indiferente la presencia de algún elemento subjetivo (*dolo, culpa o negligencia*).

- b) En cuanto a los daños que se hayan causado a las especies y hábitats naturales protegidos, será aplicable la Directiva en mención, a cualquier actividad profesional (*además de las identificadas directa o indirectamente por referencia a la legislación comunitaria*), distinta de las enumeradas en el Anexo III; y a cualquier amenaza inminente de tales daños, debidos a la ejecución de esas actividades, que implique asimismo, un riesgo real o potencial para la salud humana o para el ambiente Sin embargo, se deberá imputar responsabilidad al operador, únicamente si ha incurrido en culpa o negligencia,¹¹⁰⁸ (*preminencia de elementos subjetivos*).

¹¹⁰⁶ Estas actividades han de ser identificadas por referencia a la legislación comunitaria que aplique y que establezca los requisitos normativos respecto de determinadas actividades o prácticas.

¹¹⁰⁷ Martín Díez, «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», 26. A criterio de la profesora, este tipo de responsabilidad, legalmente, está recogida sólo para algunos supuestos, aunque es cierto que con la introducción de este sistema se colaborará con la actividad de la Administración Ambiental al momento de exigir la reparación del daño ocasionado en el medio natural, pues no será necesario probar la culpabilidad del operador, a la cual únicamente le bastará con acreditar el alcance del daño así como la relación de causalidad entre el daño y la actividad de que se trate, en los daños ocasionados como consecuencia de alguna de estas actividades peligrosas. Destaca que si bien la característica esencial del nuevo régimen de responsabilidad ambiental se refiere al establecimiento de los dos sistemas de determinación de la responsabilidad, a pesar de que sean diferentes, a la vez, son complementarios, dependiendo del tipo de actividad y del tipo de daño ambiental.

¹¹⁰⁸ Lasagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 426. En atención a este supuesto, reconocen los autores que, a diferencia del primero, “...sí va a resultar exigible la concurrencia de culpa o negligencia en el operador causante de aquellos efectos”, sin perjuicio, de la existencia de normas comunitarias (*o internas*) más rigurosas que regulen el desempeño de las actividades consideradas. Estiman adecuado que, en todo caso, aún sin mediar dolo, culpa o negligencia, pueda la Administración exigir al operador el cumplimiento de las medidas de carácter preventivo. Sin embargo, en cuanto al resto de casos (*actividades no incluidas en el Anexo III cuyo daños*

En este mismo ejido, el ámbito de aplicación de la LRM (*artículo 3*), marca una diferencia “*en confrontis*” con aquel que la Directiva 2004/35/CE ha instaurado. Es que, a pesar del carácter híbrido que los caracteriza y de la similitud de actividades que ha presumido como riesgosas y cuáles no, la LRM extiende la órbita de la Directiva en mención, según cada tipo de actividad. La LRM hace

ambientales no afecten a especies y hábitats protegidos, sino a otras realidades naturales) el régimen de responsabilidad se determina por el ordenamiento interno, sin necesidad de cumplir las mínimas exigencias de la Directiva 2004/35/CE. Esta diferencia de tratamiento a su modo de ver, no parece tener suficiente justificación, puesto que, aunque aparentemente parecería que estaba consagrada en beneficio de las pequeñas instalaciones potencialmente contaminantes (*pues las grandes estarían incluidas en el listado del Anexo III*), los daños ambientales que se produzcan podrían ser idénticos pero pueden tener distintas consecuencias jurídicas, por lo que esta limitación subjetiva (*unida, además, a otras excepciones de aplicación expresamente previstas en la norma*) va provocar un ámbito de aplicación muy exiguo. Vid., Martín Díez, «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», 21, 26. En cuanto al sistema de responsabilidad subjetiva, la profesora señala que éste se aplicará a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades distintas a las relacionadas en el Anexo III de la Directiva, pretendiendo con ello, preservar los recursos especialmente vulnerables, de gran importancia para la conservación de la biodiversidad, extendiendo por ende, el ámbito de aplicación a cualquier actividad profesional (*y no sólo a las especialmente peligrosas del Anexo III*). En este caso, los operadores sólo serán responsables cuando actúen intencionadamente u ocasionen los daños por falta de diligencia. Estos extremos deben quedar acreditados para la Administración ambiental. Sin embargo, considera que no todos los supuestos de daños que *a priori* podrían enmarcarse dentro de este régimen de responsabilidad subjetiva, estarán cubiertos por él, pues la Directiva excluye algunos daños ambientales o amenazas inminentes de tales daños, entre ellos: aquellos derivados de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; - fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, y actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales; riesgos nucleares, o cualesquiera de las actividades contempladas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica, o un incidente o actividad con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los instrumentos internacionales que se enumeran; contaminación de carácter difuso siempre y cuando no sea posible establecer un nexo causal entre el daño y las actividades de los operadores. Junto a esto, tampoco se aplicará el sistema de responsabilidad a los daños o amenazas inminentes de tales daños derivados de un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales enumerados en la propia Directiva. Convenios que regulan la responsabilidad derivada del transporte marítimo de hidrocarburos y de sustancias peligrosas por barco, carretera o ferrocarril.

una distinción entre las actividades económicas en relación con la consideración de la causa de la amenaza y del daño. Al respecto, consagra unas actividades que están enumeradas expresamente en ella (*Anexo III*), las cuales reúnen unas características intrínsecas o según la forma en que son desarrolladas (*como se afirma en el preámbulo*), hacen presumir al legislador que son objetivamente aptas para producir el daño. En cambio, todas las demás *-las no cualificadas por la Ley-*, serán consideradas o no como la causa del daño en función de las circunstancias; en particular, si hay un ánimo (*dolo, culpa o negligencia*) de producir el daño. En este caso, la actividad podría ser la causante del daño pero no es suficiente para que surja la responsabilidad, ya que se requiere de ese ánimo. La actividad ha de ser la causa del daño, independientemente de que la responsabilidad y el deber que de ella surgirá, el de reparar, va a depender del tipo de actividad que se realiza. En un caso, se presume la aptitud objetiva para producir el daño y en otros, se deberá probar la causa; en aquél caso, la responsabilidad surge siempre, mientras que en este último caso, sólo cuando se pruebe el ánimo de dañar.¹¹⁰⁹

La LRM ajusta su foco de atención a la versátil potencialidad de riesgo de aquellas actividades profesionales que pueden producir daños ambientales, pero con una novedad importante. Instituye dentro de aquel régimen, un duplo de responsabilidades de naturaleza mixta para las actividades que no están dentro de la lista del Anexo III, sustentado en criterios de imputación de responsabilidad tanto objetiva como subjetiva, configurando un tercer supuesto dentro de su marco de acción, que difiere y a su vez se constituye en una novedad respecto de lo previsto por la Directiva 2004/35/CE, ya que ésta no lo circunscribe en su ámbito de aplicación. Cada supuesto que la LRM contempla, determina el tipo de medidas que se han de adoptar.

Para poder valorar las particularidades del tipo de responsabilidad que se pretende aplicar en la LRM, nuevamente debemos remitirnos a los dos modelos de responsabilidad que esta Ley consagra: subjetivo y objetivo. De esta manera, para considerar responsable a un “*Operador*” debemos prestar atención a las motivaciones, condiciones personales e incluso morales que han influenciado en

¹¹⁰⁹ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1745-1746.

su comportamiento para que éste devenga además, en una conducta ilícita. Para reprochar su actuar y catalogarla como reprochable de deberá determinar necesariamente, si ha existido culpa, dolo o negligencia en su actuación. En el caso de que ninguna de ellas se comprobare, la víctima tendría que soportar todo el daño inferido sin poder exigir responsabilidad alguna al causante. En la responsabilidad objetiva, el centro de atención y gravedad es la víctima. Es por ello, que se exige que cualquier daño que recaiga sobre ella, deberá ser reparado, teniendo un efecto indirecto reflejado en un sistema de prevención impremeditado. Sin embargo, este concepto de víctima no es el que ha considerado la LRM. En ella, los “*sujetos*” protegidos de posibles daños son los recursos naturales cuya naturaleza cambia en el contenido de la Ley adoptando un carácter objetivo que debe ser defendido, independientemente de la intencionalidad al actor. Esta peculiaridad de la LRM provoca un cierto reajuste en sus características. Una de sus primeras diferencias es la aplicación de este tipo de responsabilidad, únicamente para aquellas actividades que estén enumeradas en su Anexo III, cuya relación puede ser ampliada por las Comunidades Autónomas en el desarrollo autonómico de esta Ley, pues en el resto de actividades, la responsabilidad será subjetiva, atendiendo por ende, a la intencionalidad o negligencia del causante. Para su adecuada apreciación se deben contemplar tres elementos:¹¹¹⁰

- 1.- El tipo de actividad económica o profesional de que se trate.
- 2.- La medida que el operador lleva a cabo.
- 3.- La naturaleza de la responsabilidad en que el operador puede haber incurrido.

Existen ciertas disposiciones adicionales al ámbito de aplicación de la LRM (*artículo 3*), en virtud de las cuales se promulga la posibilidad de aplicar una normativa ambiental aún más exigente que la prevista por la propia LRM, para cuyo efecto se determina lo siguiente:

“1. Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas comunitarias sobre responsabilidad medioambiental más

¹¹¹⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 153-157.

exigentes.

2. El Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán mantener o adoptar disposiciones más exigentes sobre la prevención, la evitación y la reparación de determinados daños medioambientales o en relación con determinadas actividades.

3. Esta ley no impedirá la atribución de responsabilidades a sujetos distintos de los operadores, por aplicación de otras normas medioambientales.

4. Las comunidades autónomas podrán someter otras actividades u otros sujetos al régimen de responsabilidad establecido en esta ley.

5. Los daños medioambientales producidos por las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional quedan excluidos de los desarrollos legislativos posteriores a que hacen referencia los apartados anteriores”.

(disposición adicional segunda)

Para su correcta determinación, la LRM podrá aplicarse a cualquier tipo de daño ambiental que se produzca. En virtud de ello, esta disposición adicional segunda, viene a ser como facultad que se ha extendido a las Comunidades Autónomas, para que puedan ampliar el catálogo de actividades o sujetos a los que se les aplicará un régimen de responsabilidad objetiva.¹¹¹¹ No obstante, en cuanto a la precisión citada en el punto cuarto, Ruda González,¹¹¹² se ha comedido en catalogarla de innecesaria, justificando su posición en dos razones:

- a) Porque el Estado y la Comunidades Autónomas, continúan gozando de poder suficiente para hacer una legislación más restrictiva, independientemente de que esto se postule o no expresamente.

¹¹¹¹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 99. En igual sentido, Urrutia Garro, «La normativa ambiental», 100-101.

¹¹¹² Cf. Ruda González, «En tierra de nadie. Problemas de delimitación del nuevo daño», 24-25.

- b) Porque podría inducir a creer que la Directiva está entrometiéndose en competencias que son propias del sistema constitucional español o estatutario.

La propia LRM ha configurado un sistema tripartita (*artículo 3*), el cual agrupa las actividades sobre las que rige de la siguiente manera:

1. Las actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III de la LRM, han sido consideradas de mayor peligrosidad y por esa condición se les aplicará un régimen de responsabilidad objetiva, el cual es independiente de que haya concurrido dolo, culpa o negligencia. Dicho de otro modo, los daños ambientales y a las amenazas inminentes de que éstos pudiesen ocurrir, a causa de llevar a cabo alguna de las actividades enlistadas en el anexo III, se les aplicará el contenido de la LRM, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

Se instaura una presunción, en virtud de la cual, *-salvo prueba en contrario-*, el desarrollo de una actividad económica o profesional de las constantes en la lista del anexo III será la causante del daño o de la amenaza inminente de dicho daño, cuando por su propia condición sea considerada como apropiada para acusarlo o como textualmente refiere la norma, *“atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado” (artículo 3.1 segundo párrafo)*. Por lo tanto, lo importante para la imposición y exigencia de las medidas de prevención, reparación y evitación del daño, es lograr determinar la relación de causalidad que termina con la producción del daño ambiental. Dicha presunción ha de ser eliminada por el operador, si su cometido es acreditar que no fue el causante de dicho daño.

2. En el caso de las actividades excluidas del Anexo III, son consideradas como actividades que cuentan con una probabilidad de *“menor”* potencial de riesgo (*se cree que estas actividades son menos lesivas*). De cualquier modo, se tendrá en cuenta el grado de dolo, culpa o negligencia que haya intervenido en la producción del daño y en caso de que esto no haya existido, se impondrá, únicamente, la adopción

de las medidas preventivas y de evitación. Por lo tanto, el régimen de responsabilidad que prevalece es de carácter subjetiva.

3. En cuanto a la adopción de medidas reparadoras, en el mismo caso, es decir, respecto de las actividades excluidas del Anexo III, éstas se exigirán *únicamente, “cuando medie dolo, culpa o negligencia”*. Entonces, hay que tener presente que las medidas de prevención y evitación de daños inminentes serán exigibles siempre, aún cuando no medien esas circunstancias.

Notamos claramente, que no todos los supuestos aquí descritos se enmarcan dentro de una responsabilidad de tipo objetivo en forma exclusiva. Al enlazar los elementos de culpa, negligencia o dolo, estaríamos cumpliendo con la condición que exige la responsabilidad meramente subjetiva. La LRM delimita su campo de acción (*es decir, los tres supuestos expuestos*), en relación con el tipo de actividad económica o profesional, la naturaleza de la responsabilidad en la que éste pueda haber incurrido y el tipo de medida que debe adoptar el operador.

Analizamos cada supuesto:

- En cuanto al primero de ellos, diremos que se refiere al hecho de llevar a cabo una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III. Si se ha ocasionado daños ambientales o existen amenazas de que dichos daños se produzcan, la Ley obliga al sujeto responsable (*al operador*), a adoptar las medidas de prevención, de evitación o de reparación (*responsabilidad de carácter objetivo puro, pues prescinde de los elementos subjetivos de culpa, negligencia o dolo*). Sin embargo, aquí, lo que verdaderamente se despliega, es una presunción legal¹¹¹³ (*que la Directiva 2004/35/CE no la contempla*), en virtud de la cual las actividades económicas o profesionales del Anexo III de la LRM, serán consideradas como las causantes del daño o de la amenaza de que éste se produzca, si atendiendo a la naturaleza intrínseca o a la forma en la que éstas han sido desarrolladas se determina que han sido apropiadas para causarlo. Al confirmar esta presunción, ésta se

¹¹¹³ Ya fue profundizado este análisis cuando tratamos sobre la relación de causalidad (*artículo 3 “Ámbito de Aplicación”, número 1, párrafo segundo*).

torna aplicable tanto a los daños ambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran. Además, el carácter objetivo del régimen de responsabilidad ambiental se ve totalmente reforzado en este caso con dicha presunción basada en que dichas actividades son peligrosas, relacionándose directamente con lo que doctrinariamente conocemos como “*la teoría del riesgo*”, para cuyo, efecto a ojos del legislador, las actividades descritas en el Anexo III tienen mayor potencial de crear un riesgo.

- En el segundo supuesto, éste amplía el régimen de responsabilidad si lo comparamos con el primero. Incluye no sólo a las actividades establecidas taxativamente en Anexo III de la LRM, sino que abarca cualquier otro tipo de actividad económica o profesional que se encuentre o no incorporada en el Anexo III de la Ley.¹¹¹⁴ Si aplicamos este régimen, se deberá exigir la adopción de medidas de prevención, de evitación y de reparación, cuando haya existido dolo, culpa o negligencia. De ello, confirmamos que la **responsabilidad** que se configuraría es de índole **subjetiva**.

- A partir de aquí, físicamente, nace un tercer supuesto, cuyas exigencias son diferentes cuando en su realización medie o no dolo, culpa o negligencia. Cuando ante la presencia de un daño (*o amenaza*) haya mediado dolo, culpa o negligencia, se deberán adoptar las tres medidas que la Directiva 2004/35/CE y la LRM prevén: las de prevención, evitación y reparación. En el caso en el que no haya mediado dolo, culpa o negligencia en la producción de los daños o en la evitación de nuevos daños ambientales, se deberá adoptar únicamente las medidas de prevención y de evitación.

Esta peculiaridad, la LRM, al transponer la Directiva 2004/35/CE, la vigoriza.¹¹¹⁵ Establece expresamente que ante una “*amenaza*

¹¹¹⁴ En cuanto a la Directiva 2004/35/CE, en la cual las actividades no incluidas en sus anexos, pero en las que concurren culpa o negligencia, obligarán únicamente en el caso de los daños a las especies y hábitats a prevenir, evitar o reparar los daños, pero respecto de los suelos o aguas no dice nada, que de no ser por la LRM quedarían fuera del ámbito de reparación.

¹¹¹⁵ La Directiva 2004/35/CE, en el artículo 5 “*Acción preventiva*” dispone: “1. Cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una amenaza inminente de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias. 2. Los Estados miembros dispondrán que, cuando resulte oportuno y, en cualquier caso, cuando no desaparezca la amenaza inminente de que se produzca daño medioambiental pese a las medidas

inminente de daños ambientales”, consecuencia del ejercicio de cualquier actividad económica o profesional, el operador deberá acometer sin demora y sin necesidad de requerimiento administrativo “*las medidas preventivas pertinentes*”, -a pesar de que la LRM en cuanto a la responsabilidad objetiva, como el de estas medidas haya limitado su alcance-, debiendo además, elevar inmediatamente a conocimiento de la autoridad administrativa competente el suceso dañoso. Si el “operador” incumpliera con esta obligación legal (*artículo 17*), la autoridad pública, en uso de sus atribuciones constitucionales (*artículo 45.3*), podrá obligarlo a cumplir con dicho mandato legal. Aquí, se denota el carácter ilimitado que caracteriza a la responsabilidad ambiental.¹¹¹⁶

Frente a este supuesto, algunos doctrinarios, entre ellos, Pedraza,¹¹¹⁷ denota que estamos ante un sistema de responsabilidad que da prioridad a la intencionalidad o negligencia con la que el hecho dañoso se ha ocasionado, catalogándolo en este caso como subjetivo. La exigencia de que cierta culpa y negligencia estén presentes en la comisión del daño, como notas características tradicionales de la responsabilidad subjetiva, han sido unánimemente aceptadas. En cambio, la introducción del dolo dentro de las conductas intencionales de la LRM ha sido criticada, en el sentido de que no aporta nada positivo e incluso puede llegar a provocar alguna distorsión.

Sobre esta base, consideramos que la institución de responsabilidad ambiental que el Derecho Comunitario y el régimen jurídico español han fundado, representa una de las innovaciones más importantes del Derecho Ambiental.¹¹¹⁸ Contar con una normativa

preventivas adoptadas por el operador, los operadores comuniquen lo antes posible todos los aspectos pertinentes de la situación a la autoridad competente”.

¹¹¹⁶ Lozano Cutanda y Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, 187.

¹¹¹⁷ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 98.

¹¹¹⁸ Dopazo Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 115. La profesora coincide en que la LRM constituye una novedad en el ordenamiento jurídico español, en cuanto a la incorporación de un régimen de responsabilidad objetiva (*sin necesidad que concurra dolo, culpa o negligencia*) para la prevención y, en su caso, para la reparación de los daños ambientales, exigible a los operadores de actividades económicas y profesionales incluidas en el anexo III. En este sentido, destaca también que el régimen de responsabilidad objetiva, solamente en lo referente a la adopción de las medidas de prevención y

que no sólo se dirige a reparar los daños ambientales sino también a prevenirlos, ha ocasionado una fractura conminuta (*fractura en muchos cascajos relativamente pequeños*) del esquema tradicional de responsabilidad civil extracontractual o patrimonial de la administración, sustentado en que el daño siempre conlleva su producción efectiva, el cual debe ser objeto de reparación, por medio de una indemnización dineraria.

4.13 Estados Unidos: La propagación e influencia de las disposiciones estadounidenses sobre responsabilidad en la directiva de la unión europea 2004/35/CE y en algunos países tropicales en desarrollo (*spread of liability provisions in tropical developing countries*). teorías de la responsabilidad y la “*strict liability*”

Las disposiciones sobre responsabilidad ambiental de los Estados Unidos, han influenciado ampliamente en la normativa similar existente a nivel mundial. Esta influencia resulta particularmente evidente en la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental de la Unión Europea, conocido bajo las siglas en inglés como “*ELD*” (*EU's Environmental Liability Directive*). Fue adoptada por la legislación de sus Estados miembros, aunque el tipo de responsabilidad es generalmente específica de cada uno de

evitación de los daños. Lozano Cutanda y Alli Turrillas, *Administración y legislación Ambiental*, 186-187. Los doctrinarios, no obstante, consideran que lo que la Ley ha hecho es atenuar el régimen de responsabilidad objetiva, ya que “*contempla diversos supuestos en los que los operadores incluidos en el Anexo III no están obligados a realizar o sufragar el coste de las medidas de prevención, reparación y evitación, o bien deben realizarlas pero no sufragar el coste de la medidas de prevención, reparación y evitación, o bien deben realizarlas pero no sufragar su coste (como, por ejemplo, que el daño se haya producido como consecuencia de la actuación de un tercero ajeno a la organización, o que el daño sea consecuencia de una actividad que, en el momento de realizarse, no era considerada como potencialmente perjudicial para el medio ambiente)*”. Al respecto, trae a colación la importancia del ámbito temporal de aplicación de la Ley (*artículo 4 LRM*), pues en conformidad con lo que la Directiva manda, “*...no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó*”. (*Todo esto en relación con lo dispuesto en el Preámbulo II*).

ellos, dependiendo de la legislación de implementación del Estado. Se trata de una responsabilidad por daños ambientales que podría ser “*multiple and solidary, multiple or proportional*”,¹¹¹⁹ pero no retroactiva¹¹²⁰ como sucede en CERCLA. En el caso de la responsabilidad objetiva, en el caso de la “*ELD*”, ésta se aplica en circunstancias limitadas que implican actividades riesgosas o potencialmente riesgosas o subjetiva, en algunos casos en los que los operadores son culpables o negligentes, a contrario de lo que sucede en CERCLA (*que sólo reconoce la “pure strict liability”*). Los Estados miembros están autorizados a designar una “*competent authority*), responsable del cumplimiento de la aplicación y demás obligaciones y deberes que consagra la “*ELD*”, tal como sucede en el “*U.S. trustee system*”. Las personas particulares no tienen legitimidad para interponer acciones (*citezen suit*), pero están provistas de un derecho procesal a través de la “*request for action*” por parte de un Estado Miembro.¹¹²¹ Si la autoridad competente decide no actuar, las personas están permitidas para acceder a un tribunal u otro organismo público, independiente e imparcial, para que revise la legalidad de la decisión de la agencia (*artículo 13.1 Directiva 2004/35/CE o “ELD”*).¹¹²²

¹¹¹⁹ Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11036.

¹¹²⁰ En el caso de la LRM, ésta no se aplicará a los daños “... a) *Los causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 de abril de 2007* b) *Los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha*” (*Disposición transitoria única*), lo cual reduce su carácter irretroactivo.

¹¹²¹ En una solicitud para entablar una acción, las personas físicas o jurídicas afectadas o susceptibles de verse afectadas por daños ambientales, que tengan un interés suficiente en la toma de decisiones ambientales en relación con el daño, o que alegen la vulneración de un derecho garantizado por uno de los Estados miembros “*podrán presentar a la autoridad competente todas las observaciones relativas a los casos de daño ambiental o amenaza inminente de tal daño... y ... solicitarle que actúe...*”. Los Estados miembros tienen derecho a determinar qué constituye un “*interés suficiente*” o “*menoscabo de un derecho*” que desencadena la solicitud de acción, aunque la ELD señala que “el interés de toda organización no gubernamental que promueva la protección del ambiente y cumpla con los requisitos de la legislación nacional” se considerará que tiene un interés suficiente (“*sufficient interest*”). *Ibíd.*

¹¹²² *Ibíd.*, 11038.

Con base en estos antecedentes, la “*ELD*” proporciona un “*lowest common denominator template*” (un modelo con un denominador común mínimo) para las regulaciones nacionales, configurando el marco de responsabilidad común (“*common liability framework*”). La “*ELD*”, impone la responsabilidad de la prevención y rehabilitación de algunos tipos de daños ambientales, incluidos los daños a las especies y hábitats naturales protegidos por directivas anteriores y, a elección de los Estados miembros, daños a la biodiversidad, el agua y el suelo/tierra, incluyendo cualquier contaminación del suelo que cree un riesgo significativo para la salud humana, que en este último caso la LRM, a optado por incluir también los casos de contaminación que provoque además daños al ambiente. Sin embargo, algunos daños ambientales están explícitamente exentos, tal como ocurre con el caso del petróleo en CERCLA. La “*ELD*”, no cubre por una parte, a aquellos daños ambientales que no cumplan con ciertos criterios umbrales de efectos adversos; y, por otra parte, a aquellos que caigan dentro del alcance de varios convenios internacionales, como por ejemplo el de responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos.¹¹²³

Como bien sabemos, la “*ELD*”, tampoco es aplicable a las reclamaciones por lesiones personales, daños patrimoniales o pérdidas económicas (“*personal injury, property damage, or economic loss*”). No obstante, ello no impide que los Estados miembros establezcan un sistema de responsabilidad civil, como lo hace la “*OPA*” en los EE.UU.¹¹²⁴

Esta influencia que el gobierno norteamericano ha traído, también ha repercutido sobre las disposiciones sobre responsabilidad que han surgido en las leyes de varios países tropicales en desarrollo, entre ellos, Brasil, la República Democrática del Congo, Indonesia, la India, México, Filipinas y Nigeria (*mundialmente significativos por su extensa cobertura forestal, su biodiversidad, y por sus nuevas disposiciones legales sobre responsabilidad ambiental*), para enfrentar las principales amenazas a la biodiversidad y ecosistemas tropicales, tales como la deforestación de la expansión agrícola, la degradación ambiental, la recolección ilegal de recursos, los derrames de petróleo, la contaminación química de la minería y la producción industrial. Estos países, a través de sus tribunales,

¹¹²³ *Ibíd.*

¹¹²⁴ *Ibíd.*

reconocen “*causas de acción privadas*” para recuperar las pérdidas económicas (*pérdidas de ingresos o ganancias o pérdida de valores de propiedades*) por lesiones a recursos naturales privados. Sin embargo, en muchos países, una parte sustancial de los recursos son de propiedad estatal o están regulados por el sector público. Por el contrario, en los EE.UU. la mayoría de los recursos naturales - *atmósfera, los océanos, los estuarios, los ríos y las especies vegetales y animales*-, en la mayoría de sus estados, han sido investidos como recursos de confianza pública, para cuyo efecto el sistema establecido es el de la gestión pública para promover usos beneficiosos de los recursos sin cargo alguno (*o limitado*) al público. Es por ello, que establecer la autoridad con potestad legal para recuperar los fondos por los daños a los recursos de dominio público es fundamental para proteger el patrimonio natural de un país, y que en el caso de este país, dicha obligación corresponde a los “*trustees*”, como ya lo habíamos mencionado al analizar la evaluación del daño ambiental. Mientras tanto, en los países tropicales antes referidos, la autoridad competente para la responsabilidad por daños ambientales está surgiendo como un “*component of domestic environmental law*”.¹¹²⁵

Sin embargo, ciertas deficiencias aún persisten. Adaire, Pendergrass, Broderick y Phelps,¹¹²⁶ identifican las estrategias generales que ayudarían a fortalecer la legislación y la práctica relacionadas entre sí, pretendiendo que la responsabilidad por daños ambientales sea un componente más prominente de los esfuerzos para proteger la biodiversidad tropical y los ecosistemas, para cuyo efecto, proporcionan la siguiente sinopsis:

a) El aprovechamiento de las disposiciones sobre responsabilidad de los estados unidos.

Los EE.UU. reconocen la responsabilidad cuando se trata de los dos tipos de los recursos naturales como lo habíamos referido en el

¹¹²⁵ La autoridad de responsabilidad existe en todos los regímenes legales: India y Nigeria son jurisdicciones de common law; Brasil, la República Democrática del Congo y México son jurisdicciones de derecho civil e Indonesia y Filipinas, son una mezcla de sistemas civiles, de derecho consuetudinario y otros sistemas legales, vid., *ibíd.*, 11039.

¹¹²⁶ *Ibíd.*, 11039.

capítulo II, los “*discrete harms*” y los “*discrete public resources*”. En contraste, la mayoría de los países tropicales citados, cuentan con regímenes legales con amplias protecciones ambientales e incluso con la incorporación de sanciones civiles y penales. Todos ellos, excepto Nigeria, cuentan con otras disposiciones legales que consagran la responsabilidad por daños a los recursos naturales públicos. En comparación con las normas de responsabilidad que los EE.UU. consagra, estos países han establecido definiciones generalmente más amplias de daño ambiental para instaurar responsabilidad, complementando con varias normas reguladoras de sectores específicos y de medios ambientales específicos (“*sector-specific and environmental media-specific regulatory statutes*”).

Filipinas es la única excepción. Su sistema se fundamenta en una serie de normas ambientales que rigen sectores específicos, incluyendo la silvicultura, la pesca y la minería. Este enfoque global, proporciona una base jurídico-reguladora sólida para emplear una visión fundamentada en el cumplimiento normativo ambiental. La amplitud de las disposiciones, habilita la compensación para una amplia gama de daños ambientales, no sólo del daño por contaminación, punto central de la legislación estadounidense, sino también daños provenientes de las capturas ilegales de recursos naturales (*la tala ilegal, la minería y pesca*) y la degradación ambiental (*la limpieza de tierras para la agricultura o el desarrollo; amenazas ambientales a través de los trópicos*). Además, las disposiciones legales ponen énfasis en el “*restoring*” o “*replacing*” de todos los servicios prestados por los recursos dañados, no sólo de aquellos vendidos en el mercado (*como la madera o el pescado*), con los cuales las Cortes están familiarizadas desde que se interponen las “*private tort claims*”.

Estos país, han incorporado además reformas de índole procesal que incrementan y facilitan el acceso a los tribunales, por ende con ello se aumenta la probabilidad de que se presenten casos ambientales por “*significant environmental harms*”, lo cual es particularmente revelador por ser países cuyos recursos públicos para el cumplimiento ambiental son muy limitados y a pesar de ello, contemplan la posibilidad de que individuos, comunidades, y grupos de la sociedad civil puedan entablar una demanda para remediar los daños ambientales públicos y colectivos. Mientras tanto, esto se convierte en una restricción en los EE.UU., pues los miembros del

público que resultaren afectados, pueden interponer acciones judiciales buscando una “*injunctive relief*” para realizar la “*cleanup of environmental contamination*” de los recursos públicos, pero únicamente las autoridades públicas, son las que pueden demandar por daños a los recursos naturales públicos, solicitando la indemnización respectiva. En la India, los litigios que resultan en compensaciones y/o limpiezas obligatorias generalmente han sido impulsados por las “*citizen suits*” más que por una “*government initiative*” para proceder con el “*remedy*” de los daños ambientales públicos y colectivos. Otra estrategia empleada para ampliar el acceso, es la creación de Cortes ambientales especializadas (*India, México y Filipinas*), equipadas con normas procesales especializadas diseñadas para agilizar el proceso judicial. Esto no sólo aumenta la experiencia ambiental a nivel jurisprudencial, sino que evita las demoras a los litigantes para acceder al sistema judicial general.¹¹²⁷

b) Limitaciones de las disposiciones de responsabilidad

Una limitación que tienen los países tropicales, es que las medidas normativas de los daños tienden a ofrecer una compensación más restringida que las que consagran los EE.UU. y la UE. Los EE.UU. y la UE son claros en que los daños incluyen tanto los “*costs of restoration or replacement*” (*costos de restauración o reemplazo*) así como también, el “*interim lost value*” (*valor perdido provisional*) desde el momento del daño hasta la recuperación total del recurso. Mientras tanto, en los países tropicales, las normas se centran constantemente en la “*restoration*” o en el “*replacement*” de los recursos dañados, pero algunos no identifican el “*interim lost value*” como parte de los daños, y otros permiten la “*compensation for damages*” (*compensación por daños*) cuando la restauración no es posible.

Las normas que regulan la indemnización también parecen estar subdesarrolladas en algunos países, con omisiones que excluyen la

¹¹²⁷ Por ejemplo, en los Tribunales Nacionales Ambientales de la India, las normas obligatorias de procedimiento civil generalmente utilizadas en las salas de las cortes del país son suplantadas por “*principios de justicia natural*” simplificados.

posibilidad de hacer que el público entero pague las pérdidas. En sus reglamentos de aplicación, Indonesia enumera una amplia gama de tipos de daño sujetos a demandas de responsabilidad (*por ejemplo, recursos madereros, servicios hidrológicos, biodiversidad, diversidad genética y reservas de carbono afectados*), pero no tienen en cuenta los bienes y servicios no comercializados (*por ejemplo, se excluyen los productos forestales no madereros y los servicios culturales, como el uso recreativo de los recursos*). En algunos países, “*the recovery of damages*” tampoco está disponible para todos los que presentan una demanda. En Filipinas por ejemplo, las entidades distintas del gobierno -*como las comunidades, los individuos y la sociedad civil*- sólo pueden invocar una “*injunctive action*” para que el responsable detenga el daño y restaure los recursos; no pueden cobrar daños monetarios. Tales omisiones pueden repercutir significativamente respecto al “*the value of liability claims*”, sobretudo en los casos que involucran derrames de productos químicos tóxicos o deforestación, pues la “*recovery*” puede tomar un período muy largo o nunca ocurrir completamente. Otra cuestión conexas, es que las normas de algunos países (*como Indonesia y Filipinas*) son lacónicas sobre la manera de cómo se van a asignar las “*recoveries*”; por defecto, éstas se dirigen a la cuenta del tesoro nacional, para ser asignadas mediante el proceso legislativo.

c) El limitado uso de las normas de la responsabilidad por las cortes

Las normas de la responsabilidad han sido aprovechadas exitosamente para tratar el daño ambiental en varios casos dominantes. Indonesia se destaca por sus esfuerzos en interrumpir los principales daños ambientales (*por ejemplo por haber destruido tierras protegidas federalmente mediante la quema de bosques protegidos de turba que sirven para limpiar la tierra*), a través de demandas de responsabilidad, parte integrante del portafolio de herramientas civiles y penales. Se ha logrado imponer sanciones incluso penales para los ejecutivos, por llevar a cabo plantaciones de aceite de palma (*una de las principales causas de deforestación*). La India también ha sido líder en cuanto al establecimiento de normas de responsabilidad para los casos que involucran una “*large-scale compensation*” para la “*cleanup of*

pollution”, con el fin de un mejoramiento ambiental y la restauración de manglares deforestados. Sin embargo, la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad parece ser limitada,¹¹²⁸ como también parece limitada, la responsabilidad de garantizar que las recuperaciones destinadas a la restauración de los recursos dañados se recauden efectivamente y se destinen a dicho fin.¹¹²⁹

Los autores observan también que existe una serie de barreras para la implementación efectiva de las normas de responsabilidad. En muchos países, la falta de voluntad política en un contexto de corrupción generalizada compromete la aplicación y el cumplimiento de las normas ambientales así como la deficiencia en las leyes, políticas y procedimientos de implementación, la falta de conciencia y reconocimiento de las autoridades entre los organismos públicos y la sociedad civil, la limitada capacidad institucional y la escasa coordinación interinstitucional son otras barreras importantes. Además de ello, los presupuestos inadecuados comprometen la capacidad de las agencias de detección e investigación, los servicios de fiscales y la función judicial para cumplir con sus responsabilidades de ejecución. El uso limitado de las “*citizen suits*” también puede atribuirse a la falta de conciencia pública de su posición para demandar, así como las limitaciones financieras de las víctimas, que a menudo son comunidades pobres

¹¹²⁸ Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11038 Los autores manifiestan que los informes públicos sobre los casos resueltos sugieren que cada año sólo unos pocos existen en cada país desde la promulgación de la “*liability authority*”. Consideran, que la mayoría de los países no están apuntando a los daños ambientales más severos con las demandas de responsabilidad. Entre los casos resueltos, señalan que los reconocimientos de daños generalmente parecen bajos en comparación con las lesiones, destacando que: Brasil, que ha tenido autoridad para demandar durante décadas, cuenta con muy pocos casos, los cuales incluyen lesiones limitadas y pagos insignificantes; en la República Democrática del Congo, la Corte otorgó \$ 6,000 en daños por derrame de efluentes de minería tóxica causando graves contaminaciones de ríos que provocaron la muerte de peces y la contaminación del suministro de agua potable y de la producción agrícola cercana; en Indonesia, a pesar de algunos reconocimientos prometedores de casos por daños de tipo ambiental, muchos otros casos han sido desestimados bajo circunstancias sospechosas o retrasados debido a apelaciones extendidas.

¹¹²⁹ *Ibíd.*

que sufren daños causados por actores poderosos como son los sectores minero y petrolero.

Frente a esta síntesis, Jones, Pendergrass, Broderick y Phelps,¹¹³⁰ sobretodo al definir las medidas de los daños relativos al concepto de “*making the public whole*”, y en designar un repositorio para la recuperación y protección de los recursos y en cuanto a la implementación de las normas de responsabilidad, consideran que aún persisten oportunidades considerables para fortalecer las normas de responsabilidad y su aplicación, con el fin de garantizar que ésta alcance los objetivos de disuasión y de justicia correctiva previstos. Los doctrinarios referidos, se centran en reformas generales que son aplicables a través de contextos, pues las recomendaciones específicas para una reforma legal deben sin duda ser adaptadas según el contexto de cada país. No obstante, identifican siete áreas prioritarias a través de las cuales las normas de responsabilidad pueden ser fortalecidas, a saber:

1) Ampliar y aclarar el alcance de las normas sobre responsabilidad.- La medida normativa de los daños debería abarcar no sólo los “*costs of restoration*” y “*replacement*” de los recursos dañados, sino también el “*interim loss value*” pendiente de la total recuperación de ellos. De esta manera, se abarcaría toda la gama de pérdida de los servicios de ecosistemas, incluidos los servicios culturales, de apoyo y de provisión, y no meramente el valor de los bienes producidos para la venta en el mercado. Además, las comunidades, los individuos y los grupos de la sociedad civil, deberían ser capaces de recuperar los daños además de una “*injunctive relief*”. Finalmente, las normas deberían establecer que las recuperaciones se gasten en los recursos, y nombrar un depósito apropiado.

2) Integrar el uso estratégico de la responsabilidad con prioridades ambientales más amplias.- Para abordar con éxito las amenazas ambientales es fundamental contar con un enfoque integrado a través de toda la gama de herramientas de la política ambiental, como los convenios voluntarios, estructuras reguladoras, la ejecución civil y penal, incluyendo las actividades relacionadas con la corrupción y el lavado de dinero. Debido a los recursos

¹¹³⁰ *Ibíd.*

limitados para perseguir los casos ambientales, es necesario un uso estratégico de la figura de la responsabilidad que se ajuste a las prioridades e iniciativas ambientales más amplias de los gobiernos. Las demandas por responsabilidad podrían ser priorizadas para abordar cuestiones claves como la corrupción en la asignación de tierras y permisos de uso o explotación de recursos naturales, el abuso por parte de las grandes corporaciones y élites locales y la presencia de casos de daños ambientales a gran escala.¹¹³¹

3) Mejorar la normativa (*reglamentos de aplicación*).- La valoración de daños ambientales en litigios requiere de una valiosa orientación, particularmente en los países en vías de desarrollo cuyos datos básicos, recursos financieros y humanos son escasos. Los EE.UU. y la UE han realizado inversiones considerables en la elaboración de reglamentos de aplicación y documentos de orientación técnica, materiales educativos y programas de capacitación. Los EE.UU. han creado además, procedimientos simplificados para estimar demandas por pequeños incidentes relativos al daño ambiental, como los modelos de equivalencia de hábitats o de equivalencia de recursos, los cuales pueden tener una transferibilidad directa. Recursos similares deben adaptarse a las necesidades de los países en desarrollo. Una estrategia para mejorar las valoraciones de daños ambientales en los litigios, puede ser la coordinación con las iniciativas nacionales existentes para cuantificar y colocar valores monetarios en bienes y servicios ambientales. Estas iniciativas sirven para proporcionar métodos, datos de recursos básicos, valores por defecto y pruebas que permitan informar sobre la cuantificación de las lesiones, la evaluación de las opciones de restauración y la valoración de las pérdidas provisionales. Ahora, para incrementar la responsabilidad/rendición de cuentas en el proceso, es necesario contar con regulaciones claras, procedimientos, informes públicos y sistemas de supervisión, para asegurar que tras los veredictos de una Corte, los fondos se recauden y la restauración ambiental y/o el

¹¹³¹ Brasil e Indonesia, en sus esfuerzos por frenar la deforestación, han intentado coordinar enfoques civiles, penales y de otro tipo, como las estrategias de sostenibilidad basadas en el mercado voluntario y dirigidas por los consumidores. Vid., Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11039.

reemplazo de recursos se lleve a cabo.¹¹³² Es importante asegurar dicha rendición tanto de los organismos públicos como de los responsables, cuando la Corte les haya ordenado llevar a cabo acciones de restauración.

4) Fortalecer la coordinación interinstitucional de aplicación ambiental.- El procesamiento efectivo y eficiente de las demandas de responsabilidad requiere de la cooperación interinstitucional, que involucra a una serie de actores gubernamentales (*fiscales, ministerios forestales y/o ambientales, auditores estatales*) para investigar los casos, reunir las pruebas, levantar información de campo para informar sobre la valoración, calcular los daños, establecer planes y costos de restauración, etc. Las inversiones en actividades de detección y acusación son complementarias, para lograr imponer las sanciones civiles, penales y de compensación, por lo que la coordinación a entre ellas aumentará la eficacia. La coordinación interinstitucional puede permitir inversiones en tecnologías nuevas de monitoreo, costosas, pero efectivas para detectar trasgresiones (*por ejemplo el monitoreo basado en satélites para las actividades de deforestación*) y puede reducir también la confusión jurisdiccional entre las leyes provinciales y federales que estén en conflicto (*por ejemplo, las leyes relativas a los permisos de uso y aprovechamiento de la tierra*).

5. Fortalecer la capacidad y la conciencia entre los jueces, los fiscales, los funcionarios de la agencia y los legisladores.- Es esencial ampliar los presupuestos de las agencias que apoyan el sistema de ejecución ambiental. La capacitación de los participantes también es crítica. Las cuestiones ambientales rara vez se centran en programas de capacitación para jueces y fiscales e incluso el personal de las agencias ambientales puede no ser informado sobre

¹¹³² Los autores en su estudio, deducen que existe una lucha constante por parte de las agencias gubernamentales de Brasil, Indonesia y Nigeria para recaudar el dinero ordenado por las Cortes. Sin embargo, cuando se recaudan fondos para la restauración, las Cortes no siempre ordenan la supervisión adecuada de la restauración por parte de los jueces, agencias u otros expertos. En consecuencia, en estos países tal como denotan, puede que no se esté ejecutando todo el potencial de las normas de responsabilidad para proporcionar incentivos sustanciales de disuasión, restauración de los recursos dañados y compensación al público por las pérdidas provisionales. Vid., Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11039.

las disposiciones legales de responsabilidad. Es por ello, que los países deben crear conciencia, fomentando la apreciación y la capacitación en relación con la legislación ambiental, incluyendo las normas de responsabilidad. Una manera de asegurar la capacidad judicial que permita direccionar los asuntos técnicos ambientales, es creando un grupo de jueces con conocimiento especializado, a menudo conocidos como las “*green courts*”. Indonesia ha adoptado otro enfoque, brinda formación como parte de un programa certificado llamado “*green judge*” y la India, México y Filipinas han capacitado a sus jueces en tribunales de jurisdicción general.

6) Fortalecer la capacidad y la conciencia en la sociedad civil acerca del “*standing right*”.- La mayoría de los países examinados brindan legitimación a los ciudadanos, grupos de interés y grupos comunitarios afectados. Sin embargo, para una aplicación significativa del “*standing right*”, el público debe estar informado y ser consciente de sus derechos. Gran parte de los litigios ambientales en la India han sido llevados por los ciudadanos. En Filipinas, son importantes los esfuerzos de los ciudadanos. En Indonesia, los litigios son impulsados frecuentemente por el Ministerio del Ambiente, pero han sido resultado de un compromiso agresivo de la sociedad civil, brindando apoyo técnico y ejerciendo presión a nivel interno e internacional.

7) Investigar el rol de la responsabilidad en el fortalecimiento de la gobernanza ambiental.- La aplicación normativa es una parte fundamental de la gobernanza ambiental, a pesar de que no se sepa lo suficiente sobre cómo emplear eficazmente el Derecho Ambiental y los diferentes tipos de sanciones *-incluidas las impuestas por normas de responsabilidad-* para promover el manejo sostenible y la conservación de la biodiversidad tropical y de los ecosistemas. La investigación es esencial para proporcionar el liderazgo intelectual que ayude a informar a la futura legislación y a su implementación,¹¹³³ reduciendo las brechas a través de los

¹¹³³ ¿Cómo aumentar la capacidad judicial y cómo ampliar el acceso de los ciudadanos a las cortes (“*green courts*”, “*expanded standing principles*”)?; ¿Cuáles serían los métodos para mejorar los procedimientos para la valoración de los daños (como por ejemplo, la coordinación con los programas nacionales de contabilidad verde “*green accounting programs*”)?

diferentes campos científicos (*ciencias ambientales, economía, derecho, gobernanza, psicología*) e identificando las intervenciones se puede hacer que la responsabilidad sea una pieza más reveladora y activa de la gobernanza ambiental.

4.14 Las teorías de la responsabilidad en el sistema estadounidense

Los individuos a menudo realizan acciones que afectan adversamente a otros. Esas acciones pueden producir externalidades ambientales negativas cuando causan daños no contabilizados a la salud humana o al ambiente. Sin embargo, tales prácticas conducen inevitablemente a conflictos sobre usos incompatibles de los recursos naturales. Es por ello, que los tribunales de Inglaterra y de los Estados Unidos desarrollaron métodos para resolver estos conflictos caso por caso o bajo el “*Common Law*”.

Para abordar los diversos tipos de fallas del mercado, un gran cuerpo de literatura está dirigido a determinar el instrumento de política que el gobierno debe emplear. En la taxonomía de elección de instrumentos, se ha buscado determinar una selección entre dos substitutos competidores: una norma de responsabilidad (*estableciendo derechos de propiedad y de responsabilidad, los cuales direccionan el daño ex post*) o una regulación pública (*eligiendo programas públicos de reglamentación aplicados por organismos administrativos diseñados para evitar los problemas de salud y seguridad desde el desarrollo ex ante*). Así, se ha desarrollado un modelo teórico que postula que el “*Tort Law*” y la “*Public Regulation*” son complementos y no sustitutos; que funcionan bien como una herramienta complementaria a los “*public regulatory programs*” y que el órgano judicial, no debe permitir que un temor infundado de interferencia con un programa estatutario federal los lleve a que decisiones equivocadas prevalezcan, afirmando que la política actual que se ocupa de las actividades generadoras de externalidades, utilizan las políticas ex ante y ex post de manera conjunta en varios ámbitos.¹¹³⁴ Por ejemplo, en el caso de una operación industrial ruidosa o contaminante ubicada cerca de una zona residencial, las

¹¹³⁴ Abelkop, «Tort Law as», 387.

regulaciones de zonificación generalmente proporcionan un control público *ex ante* que reduce la probabilidad de que estos usos competitivos del suelo entren en contacto unos con otros, mientras que mediante la figura jurídica de “*nuisance*” se proporciona una protección privada *ex post* para resolver los conflictos cuando éstos se presenten. La RCRA es una regulación *ex ante* que regula el uso y la eliminación de residuos tóxicos “*cradle-to-grave*”, mientras que CERCLA, brinda a las víctimas de determinadas exposiciones a residuos peligrosos el derecho de perseguir una indemnización e interponer una acción “*ex post*” (*después de que el daño se haya producido*) contra los posibles responsables

La eficacia del “*Tort Law*” como instrumento de política y como instrumento regulador ha sido evaluada dentro del campo jurídico y económico durante décadas (*aunque a principios del siglo XXI haya existido una discusión más intensa*), comparándolo con las regulaciones públicas, a pesar de que el aporte de los campos de la ciencia política ha sido casi nulo, lo que provocado una gran fragmentación literaria, impidiendo contar con criterios universales. Además, la evidencia empírica sobre la efectividad de las normas de responsabilidad para reducir los episodios de daños tanto a la salud humana como al ambiente es también escasa y difícil de obtener, por ende, los intentos de evaluar la eficacia instrumental del “*Tort Law*” ambiental no han sido axiomáticos. Abelkop,¹¹³⁵ explica el carácter distintivo del “*Tort Law*” en el contexto de la política ambiental. considera que el papel del “*Tort Law*” frente a la perspectiva de una aplicación relativamente laxa de las regulaciones ambientales, es una cuestión oportuna como una alternativa a la promulgación de regulaciones ambientales públicas. Reconoce que ciertos factores, como el bloqueo político, gobernantes antiambientales, los nuevos riesgos de contaminación atmosférica, el “*fracking*”, el secuestro geológico de carbono y otras actividades, continúan favoreciendo a que el “*Tort Law*” sea una herramienta política propicia a considerar. Más aún, cuando la polarización política hace que sea más dificultoso, para el Congreso y la EPA, promulgar y hacer cumplir las leyes ambientales, aumentando la probabilidad de que las víctimas de actividades novedosas puedan recurrir a litigios.

¹¹³⁵ *Ibíd.*

Mientras tanto, para otros, aunque la regla de responsabilidad de CERCLA en los EE.UU. no sea perfecta, muestra cómo unir las fortalezas de las normas sobre responsabilidad para compensar las deficiencias de otras herramientas políticas. Abelkop,¹¹³⁶ piensa que al perfilar el marco de responsabilidad de CERCLA (*por "hazardous wastes"*), lo que el gobierno hizo, fue confiar en las normas de la institución de responsabilidad además de la regulación pública, lo cual tenía sentido, al no contar con una información completa sobre qué sitios con desechos peligrosos estaban causando problemas (*por lo costoso que sería monitorear todos los sitios*). Arguye, que muchos de los marcos estatutarios estaban mal equipados para abordar los problemas ambientales contemporáneos complejos de contaminación y de salud pública, dejando vacíos regulatorios que el "*Tort Law*" los podía completar, lo cual no significa que se deba confiar en él, como un único instrumento de política para abordar estos problemas, ya que las "*tort suits*" no garantizan ser una política para la eliminación de la contaminación. Por ello, ve necesario que el Congreso promulgue estatutos ambientales (*y enmiende los actuales*) con "*savings clauses*" que primen ante el "*State Tort Law*" y que consideren los "*liability entitlements*" ("*damage enhancements*" *por ejemplo*) como instrumentos de política a ser incorporados dentro de los "*public regulatory programs*". De esta manera, enfatiza que lo que verdaderamente importa para abordar los problemas ambientales, es la caja de herramientas con los múltiples y diversos instrumentos que se tienen a disposición¹¹³⁷ y para establecer una taxonomía de política ambiental innovadora -*que representa la dimensión de la elección de instrumentos de política ambiental*-, se deberá cumplir apropiadamente con el objetivo de una política adecuada ligada al papel fundamental del gobierno, que puede actuar bien como un organismo de derecho o bien como un ente regulador (*imponiendo restricciones legales y políticas, reduciendo al mínimo los costos de mitigación, implementación y efectos indeseables en las finanzas públicas*). El enfoque instrumentalista económico común es el que

¹¹³⁶ Abelkop, «Tort Law as», 408.

¹¹³⁷ Instrumentos que incluyen impuestos, subsidios, asignaciones negociables, cuotas, reglamentos de mando y control como por ejemplo los de tecnología y los estándares de desempeño, "*deposit-refund programs*" (*programas de reembolso de depósitos*), esquemas de licencias, requisitos de información y etiquetado (*labeling*), órdenes de seguros y derechos de propiedad y de responsabilidad.

caracteriza al “*Tort Law*” como una herramienta de regulación pública.¹¹³⁸

Abelkop,¹¹³⁹ recalca que cualquier esquema regulador que el Congreso elija, será promulgado sobre un telón de fondo de las leyes preexistentes (*en su mayoría estatales*) de “*Common law*” y de “*Tort Law*”. De esta manera, mediante una “*tort action*”, el acusado será responsable de pagar los daños y perjuicios de la lesión que el demandante ha sufrido. En las “*nuisance actions*”, la Corte también puede emitir una “*injunctive relieve*” sobre el “*tortfeasor*” para interrumpir la actividad dañina y en ciertos casos se puede imponer “*punitive damages*” con la finalidad de castigar conductas exorbitantes. De una u otra manera, el demandante -*la mayoría de las veces*-, tiene derecho a una indemnización por los daños especiales, por los gastos de bolsillo y por los daños generales debido a su dolor y sufrimiento, pudiendo concedérsele además una indemnización no sólo por el daño que demuestre que ha sufrido sino también por el que sufrirá en el futuro.

a) Las teorías legales de la responsabilidad

Los casos de propiedad contaminada son numerosos. En virtud de ello, el uso frecuente del sistema de “*Common Law claims*” se fundamenta en las siguientes teorías legales de responsabilidad, las cuales explican y sustentan la base teórica para entender a los “*tort standars*” como instrumentos reguladores, cuyos efectos regulatorios teóricos se resumen de la siguiente manera:

1) “*Trespass*”.- La contaminación a menudo puede causar daños a la propiedad. Existen dos tipos de daños a la propiedad estrechamente relacionados entre sí y disponibles para los demandantes, -*cuya propiedad está dañada*-. “*Trespass to land*” y “*Nuisance*”. El “*Trespass*”, es una teoría del “*Common Law*” que se utiliza a menudo como una alternativa de la “*Nuisance Claim*”. Al igual que las “*nuisances*”, el “*Trespass*” fue desarrollado para proteger a los propietarios o ocupantes de bienes inmuebles de actos que perjudicaron su interés en su tierra/propiedad. El “*Trespass*” puede ser concebido como un daño intencional que requiere que el

¹¹³⁸ Abelkop, «*Tort Law as*», 382.

¹¹³⁹ *Ibid.*, 387.

acusado haya tenido la intención de realizar el acto, que se traduce en la entrada en la propiedad del demandante sin su consentimiento, pero no tiene que haber tenido la intención de las consecuencias o daños producidos. A partir de aquí, por medio del “*Trespass*”, se protege el interés del poseedor de la propiedad ante una entrada/invasión de otra persona sin el consentimiento de la primera.¹¹⁴⁰ Klass,¹¹⁴¹ define al “*Common Law Trespass*” como “una intrusión o invasión no autorizada que interfiere con un interés en la propiedad de los demandantes”.

El “*Trespass*” está estrechamente relacionado con “*nuisance*” y, a veces, se confunde fácilmente con él. No obstante, en términos más sencillos diremos que, el primero se refiere a la invasión o intrusión física directa en el terreno del demandante, por el demandado (o un agente de él), o un objeto que el demandado motivó para que sea depositado en la tierra; mientras que, el segundo, interfiere con el uso y el disfrute del suelo del demandante y, por lo tanto, puede ser considerado como una “*indirect injury*”.

No obstante, algunos problemas pueden suscitarse alrededor de esta teoría. Así por ejemplo, si un propietario antiguo, que vende una propiedad contaminada, comete “*trespass*” en la propiedad del comprador. Algunas Cortes permiten acciones por “*trespass*” o “*nuisance*” contra el propietario anterior, como ocurrió en “*Margini v Aerojet-Gen. Corp., 281 Cal. Rptr. 827 (1991)*”, aunque la mayoría de las Cortes deniegan tales acciones, como por ejemplo en “*Philadelphia Elec. Co. V. Hercules, Inc, 762 F. 2d 303 (3d Cir. 1984)*” (*caveat emptor*)¹¹⁴²; “*Wellesley Hills Realty Trust v. Mobil Oil Corp., 747 F. Supp. 93 (D. Mass, 1990)*”.¹¹⁴³ Sin embargo, California permite demandas novedosas, concediendo al mismo tiempo “*Nuisance*” y “*trespass*”. Otra duda que puede coexistir es si el “*trespass*” ambiental ¿Necesita ser directamente visible?” En “*Martin v. Reynolds Metal Co., 342 P. 2d 790 (O. 1959)*”, los “*landowners*” demandantes argumentaron que las partículas de fluoruro que emitían desde la planta del demandado y que se

¹¹⁴⁰ Vid., Pendergrass, «Legal Background», 2-3.

¹¹⁴¹ Klass, «CERCLA, State Law», 595.

¹¹⁴² La cláusula “*Caveat emptor*”, es un aforismo legal del latín que significa “*cuidado por parte del comprador*”.

¹¹⁴³ Ferrey, *Environmental Law...*, 28

asentaron en la tierra del demandante constituyeron “*trespass*”. Los acusados sostuvieron que las partículas de fluoruro eran invisibles, por lo tanto no podía haber una invasión directa. La Corte consideró que aunque no sean visibles -*las partículas de fluoruro*-, “*incluso los incultos conocen la gran y terrible fuerza contenida en el átomo y lo que puede hacer con la propiedad si se libera*”,¹¹⁴⁴ por lo tanto constituyeron “*trespass*”. Sin embargo, en el contexto ambiental moderno, las Cortes pueden requerir niveles mínimos de lesiones antes de ofrecer un “*remedy*” por “*trespass*”.¹¹⁴⁵ Los demandantes han recurrido con éxito al “*Common Law Trespass*” en varias jurisdicciones para obtener una medida cautelar e indemnización por daños asociados con la contaminación del aire, del agua y de la propiedad.

Históricamente, el demandante no necesitaba demostrar que la invasión del acusado fue intencional o negligente o que hubo daños reales asociados con el “*trespass*”. Desde que el “*trespass*” permitió la “*recovery*” por “*trespass*”, basándose simplemente en la falta de consentimiento, las cortes tuvieron poco problema para sostener que podía aplicarse cuando un acusado causaba o permitía que sustancias peligrosas invadieran propiedades vecinas.¹¹⁴⁶ Sin embargo, la teoría moderna, especialmente en los casos ambientales, las Cortes a menudo exigen a los demandantes que demuestren que el “*trespass*” fue ilícito de alguna manera, es decir, “*intentional, reckless or negligent (intencional, imprudente o negligente)*” y que el demandante sufrió al menos algún daño a cause de aquél.

2. “Nuisance” (Molestias).- “*Nuisance*”, es otra “*tort action*” bajo el “*Common Law*”; la más frecuentemente concedida en los litigios ambientales.¹¹⁴⁷ Configura la teoría típica en los litigios por daños que involucran externalidades de contaminación.¹¹⁴⁸ La “*Nuisance Law*”, tradicionalmente protege el derecho del “*land owner*” para usar y disfrutar de la propiedad (*un interés amplio que puede ser*

¹¹⁴⁴ “*even the uneducated know the great and awful force contained in the atom and what it can do to property if released*” (la traducción pertenece a la autora de esta obra).

¹¹⁴⁵ Klass, «CERCLA, State Law», 598.

¹¹⁴⁶ Pendergrass, «Legal Background», 2-3.

¹¹⁴⁷ Ferrey, *Environmental Law...*, 23.

¹¹⁴⁸ Abelkop, «Tort Law as», 393.

violado sin una invasión física directa), basada en el principio de que un acusado no puede dedicarse a actividades que interfieran de “manera irrazonable” con los derechos públicos o con el interés de una parte privada en la propiedad, subyace en gran parte del “*Environmental Law*” y ha sido utilizada por personas particulares y públicas para obtener medidas cautelares y monetarias de la contaminación atmosférica, hídrica, del suelo y del ruido, resultante de actividades industriales y comerciales, tales como: los vertederos, las plantas de tratamiento de aguas residuales, las refinerías de petróleo, las canteras y similares.¹¹⁴⁹ La finalidad última pues, es que en los casos de propiedad contaminada, el “*land owner*” se recupere del daño.

Existen dos clases de “*Nuisance actions*”: la pública y la privada. La “*private nuisance*”, se refiere a la “*invasión intransigente del interés de otra persona por el uso privado y el disfrute de la tierra*” y puede ser demandada por los “*landowners*” (*propietarios privados u otras personas en posesión sobre la propiedad de otro individuo*). Los denunciantes han utilizado acciones privadas de “*nuisance*” para obtener una compensación individual y obligar a los contaminadores a interrumpir la interferencia “*irrazonable*” en su propiedad física privada así como con su comodidad y disfrute (*sus derechos de uso y disfrute*). Cualquier cosa que perturbe, dañe o interfiera con el uso de la propiedad de su dueño u otras personas con derechos de propiedad, puede ser considerada como “*private nuisance*” bajo el “*Common Law*”. Mientras tanto, la “*public nuisance*”, es una “*interferencia irrazonable de un derecho común al público en general*”, es decir, protege al público de actividades que podrían causar daños, interferencias, inconvenientes o poner en peligro la salud pública y la seguridad u ofender la moral pública. Sólo puede ser presentada por un organismo público (*como un Estado o el gobierno local*), como un ejercicio de sus poderes policiales -*la típica situación*-, con la finalidad de hacer cumplir las regulaciones o las leyes penales. Sin embargo, un ciudadano privado sólo puede hacerlo, si demuestra que ha sufrido un daño que puede ser distinguido del sufrido por los miembros del público en general.¹¹⁵⁰ Aunque poco frecuentes, las “*public nuisance actions*” estimuladas por organismos gubernamentales o ciudadanos

¹¹⁴⁹ Klass, «CERCLA, State Law», 598.

¹¹⁵⁰ Abelkop, «Tort Law as», 395.

privados, pueden resultar importantes instrumentos de política para establecer conexiones más limpias entre las acciones y sus consecuencias ambientales, de salud pública y económicas.¹¹⁵¹

La “*public nuisance*”, es conocida también como “*special injury*”. Ha sido interpretada en dicho sentido, es decir, que el daño individual es distinto del daño ambiental sufrido por todas las personas del área, para garantizar a los individuos el derecho de “*standing*”. La lesión privada individual debe ser cualitativamente diferente, no sólo cuantitativamente diferente, del daño público. Algunas Cortes han sostenido que la “*public nuisance*” puede ser satisfecha cuando se presentan daños personales a la salud, en lugar de daños a la propiedad, o como habíamos dicho, por una persona particular que ha sufrido una lesión única o especial que diferencie su daño de la sufrida por el público en general. La “*private nuisance*” afecta a una o pocas personas; mientras que, la “*public nuisance*” afecta a un gran número de personas de la misma manera.¹¹⁵² Sin embargo, puede resultar difícil para los demandantes privados demostrar el “*individual personalized material harm*”. Cuando la contaminación emana de varias fuentes y ninguna de las cuales por sí sola causa el daño, pero se causa un “*cummulative harm*”, el daño material no es fácil de probar. Las “*Nuisance actions*” son un intento de curar sólo un problema en particular de un solo disparo. La “*Nuisance Law*” no proporciona una construcción en curso para supervisar por ejemplo las descargas al aire o al agua.

En términos generales, para que una actividad tenga el calificativo de “*nuisance*”, la invasión del uso privado y del disfrute de la propiedad debe cumplir con dos requisitos:¹¹⁵³

- a) Debe ser intencional e irrazonable.
- b) Debe ser involuntaria o inintencional, pero negligente, imprudente o sujeto a responsabilidad objetiva por ser una actividad anormalmente peligrosa.

¹¹⁵¹ Abelkop, «Tort Law as», 394-395.

¹¹⁵² Pendergrass, «Legal Background», 2.

¹¹⁵³ Klass, «CERCLA, State Law», 690.

Si acudimos al “*Restatement (Second) of Torts*” -USA-, podemos constatar lo afirmado. Expresamente, deja sentados estos requisitos, al especificar que:

*“one is subject to liability for a private nuisance if, but only if: his conduct is a legal cause of an invasion of another’s interest in the private use and enjoyment of land, and the invasion is either a) intentional or unreasonable, or b) unintentional and otherwise actionable under the rules controlling liability for negligent or reckless conduct or for abnormally dangerous conditions or activities”*¹¹⁵⁴ (§ 822).

En virtud de la “*nuisance law*”, tanto pública como privada, el demandante debe probar que la actividad del demandado interfirió “*unreasonably*” con el uso o el disfrute de un interés protegido y causó un “*substantial harm*” al demandante. En efecto, una actividad que afecte las condiciones ambientales físicas de la propiedad, por ejemplo, cumplirá con el requisito para ser un “*substantial harm*”. Además, éste puede ser demostrado si la actividad causó un solo daño significativo o si la actividad fue una secuencia de una actividad menor pero que constantemente en aumento generó daños. El daño potencial puede considerarse sustancial en algunas “*nuisance actions*”, si se demuestra que es significativo y probable. Sin embargo, la conexión entre la interferencia y los actos del contaminador, a menudo es difícil de establecer debido al largo periodo de tiempo y el nexo debilitado en el cual, alguna contaminación manifiesta un daño. El “*trier of fact*” determinará si una actividad es “*unreasonable*” al equilibrar la utilidad social de las actividades contra el daño creado. Otro factor que el “*trier of fact*” considerará, son las condiciones locales, el derecho del demandante de usar el interés protegido y si el acusado podría haber evitado la actividad que causó el daño.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁴ “Uno está sujeto a responsabilidad por “*nuisance*” privada si, pero sólo si: su conducta es una causa legal de una invasión del interés de otro en el uso privado y el disfrute de la tierra, y la invasión es, ya sea **a)** intencional o irracional, o **b)** involuntaria y de otra manera accionable bajo las normas que determinan la responsabilidad por conducta negligente o imprudente o por condiciones o actividades anormalmente peligrosas” (la traducción pertenece a la autora de esta obra).

¹¹⁵⁵ Ferrey, *Environmental Law*..., 23-24.

Doctrinariamente, existe un debate respecto de qué debe entenderse como interferencia irrazonable. Klass,¹¹⁵⁶ considera que una “*nuisance*” es irrazonable, si la gravedad del daño supera la utilidad de la conducta del actor o el daño causado por la conducta es grave y la carga financiera de la compensación por éste y otro daño similar no sería irrazonable. Abelkop,¹¹⁵⁷ sostiene que una interferencia no es razonable si la conducta interfiere significativamente con la salud pública, la seguridad, la paz, la comodidad o la conveniencia; está prohibido por un estatuto o reglamento o tiene un efecto permanente y duradero sobre un derecho público y el actor sabe o tiene razones para conocer que su conducta tiene tal efecto. Pendergrass,¹¹⁵⁸ resalta el hecho de que la contaminación debe ser una interferencia irrazonable con el uso del “*landowner*”, pero dicha irrazonabilidad dependerá de las circunstancias en cada caso individual. Para este autor, la determinación de la irrazonabilidad requiere necesariamente que el interés del “*landowner*” sea equilibrado en contra de la utilidad de la conducta alegada para causar la “*nuisance*”.

Una vez se ha establecido una “*nuisance activity*”, la “*Court of Jury*” equilibra los beneficios de ésta, los daños que cada parte obtendrá si la actividad contaminante ha finalizado, es decir, el daño para el demandante y otros factores equitativos para determinar si el acusado debe pagar por los daños al demandante o si el demandante tiene derecho a prohibir completamente la conducta que causó la “*nuisance*”.¹¹⁵⁹ Las Cortes, suelen considerar que se trata de una “*nuisance*”, si el daño supera la utilidad de la conducta. Por lo tanto, es difícil determinar por adelantado lo que será irrazonable. El interés del interesado se compara con la utilidad de la conducta alegada para causar la molestia. Incluso cuando el daño al propietario es severo, se puede determinar que no existe “*nuisance*”. Si el dueño ha entrado “*on screen*” después de que la actividad supuestamente causante de la molestia ya está establecida, es probable que las Cortes sostengan que éste “*llegó a la molestia*”, y por lo tanto, no puede quejarse de que la actividad interfiera

¹¹⁵⁶ Klass, «CERCLA, State Law», 692.

¹¹⁵⁷ Abelkop, «Tort Law as», 395.

¹¹⁵⁸ Pendergrass, «Legal Background», 2.

¹¹⁵⁹ Ferrey, *Environmental Law...*, 24.

irrazonablemente con su uso y disfrute de la tierra/propiedad.¹¹⁶⁰

Cuando las Cortes sostienen que existe una “*nuisance*”, gozan de amplios poderes para remediarla. Pueden simplemente ordenar a quien la causó, a pagar una indemnización por daños y perjuicios para compensar al propietario por la interferencia de su derecho de uso y disfrute de su propiedad. También puede dictar una orden judicial que prohíba al acusado continuar con la molestia. En el caso de una instalación industrial, podrían requerir que la compañía instalara equipos de control de contaminación o incluso que mueva la instalación si la tecnología no pudiera evitar la molestia.¹¹⁶¹ Notablemente, incluso las operaciones lícitas que resultan en un daño para los recursos públicos o la propiedad privada, pueden ser prohibidas o sujetas a responsabilidad por daños basados en “*nuisance*”.¹¹⁶²

3) “*Negligence*” or “*Negligencie per sé*”.- El “*Common Law Negligence*” o la negligencia *per sé*, son teorías que proporcionan bases potenciales para instituir responsabilidad por daños asociados con la contaminación ambiental. El corazón de una demanda de negligencia es el incumplimiento por parte del demandado del “*duty of care*” adeudado al demandante. Si el acusado ha ejercido “*reasonable care*”, no será responsable, incluso si sus acciones hayan lesionado al demandante. En este sentido, una causa de negligencia de acción funciona como un estándar regulatorio impuesto judicialmente.¹¹⁶³ Para instituir el régimen de responsabilidad bajo la teoría de la “*Common Law Negligence*”, Klass,¹¹⁶⁴ expone que el demandante debe establecer mediante la “*preponderance of the evidence*”, que el demandado que violó ese “*duty of care*” adeudado al demandante; que esa quebrantación fue además, actual y próxima del daño causado al demandante; y, que el demandante sufrió daños (*basados en lesiones a personas o bienes*) como resultado de la conducta del acusado. En el contexto del daño causado por la contaminación ambiental, la preocupación es si el acusado tomó el “*reasonable care*” bajo las circunstancias

¹¹⁶⁰ Pendergrass, «Legal Background», 2.

¹¹⁶¹ *Ibíd.*

¹¹⁶² Cf. Klass, «CERCLA, State Law», 695.

¹¹⁶³ Abelkop, «Tort Law as», 396.

¹¹⁶⁴ Klass, «CERCLA, State Law», 696.

relacionadas con las actividades que resultaron en contaminación y que fue aquel quien causó el daño. Mientras tanto, Ferrey,¹¹⁶⁵ arguye que el demandante debe demostrar lo siguiente:

- 1.- Un deber legal que requiere que el actor se ajuste a una cierta norma de conducta para la protección de otros contra un “*unreasonable risk*”.
- 2.- El incumplimiento de ese deber.
- 3.- Una conexión causal razonablemente estrecha entre la conducta y el resultado en la lesión. Este elemento *-que vincula la contaminación a una lesión real-* ha demostrado ser lo más difícil para quienes demandan por “*environmental damages*”.
- 4.- Una lesión o daño real.

El “*reasonable care*” contiene varias formulaciones, que se encuentran determinadas en el “*Restatement (Second) of Torts*”:

En primer lugar, establece que, “*cuando un acto es uno de los cuales un hombre razonable reconocería que implica un riesgo de daño para otro, el riesgo es irrazonable y el acto es negligente si el riesgo es de tal magnitud que sobrepasa lo que la ley considera la utilidad del acto o de la manera particular en que se hace*”.¹¹⁶⁶

En segundo lugar, para determinar la utilidad de la conducta del actor, las Cortes han de considerar el valor social que la ley

¹¹⁶⁵ Ferrey, *Environmental Law...*, 28-29.

¹¹⁶⁶ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 291 Unreasonableness; How Determined; Magnitude of Risk and Utility of Conduct, “*Where an act is one which a reasonable man would recognize as involving a risk of harm to another, the risk is unreasonable and the act is negligent if the risk is of such magnitude as to outweigh what the law regards as the utility of the act or of the particular manner in which it is done*”. Division Two. Negligence, Chapter 12. General Principles, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 291 (1965), Topic 3. Determination of Standard of Conduct, Title B. Factors Important in Determination of Standard of Reasonable Conduct, June 2018 Update (*la traducción de arriba pertenece a la autora de esta obra*). Véase también, RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 3 (2010) “*A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances. Primary factors to consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm*”.

atribuye al interés que debe ser promovido o protegido por la conducta, el grado en que este interés será promovido o protegido por la conducta y la extensión de la posibilidad de que dicho interés pueda ser adecuadamente protegido por otro curso de conducta menos peligroso.¹¹⁶⁷

En tercer lugar, para determinar la magnitud del riesgo, deben considerar el valor social que la Ley atribuye a los intereses que están en peligro, la extensión de la posibilidad de que la conducta del actor causara una invasión en los intereses de otro, la extensión del daño a ser causada a los intereses en peligro y el número de personas cuyos intereses pueden probablemente ser irrumpidos si el riesgo se convierte en daño.¹¹⁶⁸

Klass,¹¹⁶⁹ considera que cada caso de negligencia implica un equilibrio de los costos y beneficios sociales asociados con la conducta del acusado. No obstante, dejando de lado, las defensas de la responsabilidad basada en la negligencia contributiva, la asunción del riesgo, otras acciones por parte del demandante que podrían haber resultado en el daño o las inmunidades estatutarias, aunque las demandas de negligencia se afirman ciertamente en los casos que involucran un daño ambiental, en cualquier caso, al tratarse de

¹¹⁶⁷ **RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 292. Factors Considered in Determining Utility of Actor's Conduct.** *“In determining what the law regards as the utility of the actor's conduct for the purpose of determining whether the actor is negligent, the following factors are important:*

(a) the social value which the law attaches to the interest which is to be advanced or protected by the conduct;

(b) the extent of the chance that this interest will be advanced or protected by the particular course of conduct;

(c) the extent of the chance that such interest can be adequately advanced or protected by another and less dangerous course of conduct”. (la traducción de arriba pertenece a la autora de esta obra)

¹¹⁶⁸ **RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 293. Factors Considered in Determining Magnitude of Risk,** *“In determining the magnitude of the risk for the purpose of determining whether the actor is negligent, the following factors are important:*

(a) the social value which the law attaches to the interests which are imperiled;

(b) the extent of the chance that the actor's conduct will cause an invasion of any interest of the other or of one of a class of which the other is a member;

(c) the extent of the harm likely to be caused to the interests imperiled;

(d) the number of persons whose interests are likely to be invaded if the risk takes effect in harm”. (la traducción de arriba pertenece a la autora de esta obra).

¹¹⁶⁹ Cf. Klass, «CERCLA, State Law», 697.

un daño ocurrido hace décadas o un daño ocasionado por una industria especializada (*antes de la promulgación de CERCLA y otras normas ambientales*) o incluso la conducta que se produjo en los últimos años, puede no resultar nada fácil para un demandante o al menos muy intensivo en los hechos (*y por lo tanto costoso*) establecer que el acusado incumplió con el “*duty of care*” (*cuestión del “Common Law”*). En tales casos, el demandado podría argumentar que se dedicaba a prácticas o tecnologías “*in state of the art*” para ese tiempo, incluso si la tecnología se ha desarrollado desde ese entonces de una manera que haya hecho que la actividad sea mucho más segura en la actualidad que en el pasado.

Bajo la teoría de la “*negligence per se*”, un demandante tendrá éxito en probar la negligencia del acusado, siempre y cuando, pueda demostrar que éste violó un estatuto, el cual haya sido diseñado para garantizar protección del tipo de accidente que la conducta del actor causa y si la víctima del accidente pertenece a la clase de personas que dicho estatuto ha diseñado para proteger. Esta doctrina no sólo se aplica a los “*state statutes*”, sino también a los “*federal statutes*” y a los reglamentos administrativos federales y estatales.

De acuerdo con la “*Hand Rule*”, aceptada por muchos como la definición legal del “*reasonable care*”, un acusado es responsable ante una acción de negligencia, si su costo de evitar el accidente hubiera sido menor que el costo de la lesión multiplicado por la probabilidad de la lesión. Bajo el cobijo de la “*Hand Rule*”, los estándares de responsabilidad pueden en teoría alentar a los actores privados a internalizar los costos externos mediante la creación de incentivos para el “*risk-avers or risk-aware behavior*”.¹¹⁷⁰ Por supuesto, las normas que contemplen una responsabilidad excesiva podrían sobre-disuadir la actividad de riesgo, mientras que una norma modesta podrían resultar en una disuación insuficiente. La clave o la solución, radicaría en crear normas de responsabilidad que alienten a las partes privadas a tomar los niveles socialmente óptimos de riesgo y precaución. Por lo tanto, la “*deterrence theory*” o teoría de la disuasión, caracteriza a la “*Liability Law*” como “*una búsqueda de la eficiencia en los incentivos y en el comportamiento del riesgo*”. Incluso cuando las normas de negligencia por sí solas

¹¹⁷⁰ Abelkop, «Tort Law as», 396.

no alcanzan los niveles óptimos de riesgo y precaución, pueden ser complementos útiles para la regulación.¹¹⁷¹

Con las “*negligence claims*”, en muchas jurisdicciones, la negligencia contributiva puede impedir la recuperación del demandante. Por ejemplo, si la lesión del demandante se debió a la exposición al asbesto, pero también a fumar y otras acciones voluntarias, la recuperación puede no prosperar. La negligencia *per sé*, puede reclamarse cuando el acusado haya infringido una norma legal (o algunos “*cases regulatory*”) de conducta u obligación. El demandante debe ser un miembro de la clase de personas para quienes el estatuto o los reglamentos fueron diseñados para proteger.¹¹⁷²

4. “*Strict Liability*” o Responsabilidad objetiva.- En el siglo XIX se estableció el nuevo “*all-encompassing tort of negligence*” (daño por negligencia que abarca en sí mismo todo), con lo cual se marcha de una categoría residual al principio unificador que contempla el sistema anglosajón, el “*Tort Law*”. Esta transformación legal fue el punto central de discusión debido a las consecuencias sociales de la revolución industrial. El período posterior a la guerra civil y la post-depresión -a finales del siglo XIX-, se caracterizó por el surgimiento de grandes empresas y el desarrollo de seguros de responsabilidad.¹¹⁷³ A partir de aquí, el

¹¹⁷¹ Abelkop, «Tort Law as», 397.

¹¹⁷² Ferrey, *Environmental Law...*, 29.

¹¹⁷³ Vid., Oliphant, «Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England», 822-823. Este autor explica el desarrollo del Derecho de Daños inglés o “*English Tort Law*”, considerando el impacto de la innovación tecnológica y los riesgos que aparecieron como consecuencia de ello. Resalta que a la par de los avances que surgieron a finales del siglo XVIII y XIX, tanto en la construcción como en el mantenimiento de carreteras, resultantes de la aplicación de nuevas técnicas de ingeniería, se permitió también que las velocidades sean más altas, hecho que conllevó a que el número de accidentes se incrementen. A partir de aquí, los existentes “*running-down cases*” (an action for damages against the driver or owner of a vehicle for colliding with another vehicle or person), pusieron bajo un considerable stress la vieja distinción de la ley inglesa entre las acciones alternativas de “*Trespass*” y “*Case*”, forjando el camino para el reconocimiento de una responsabilidad general por negligencia en el Derecho inglés moderno. La acción de “*Trespass*” cubría solamente las “*direct injuries*” (lesiones directas) y la acción del “*Case*” abarcaba las lesiones que fuesen *indirectas* -aquí la negligencia fue reconocida como requisito del siglo XVII-. Con el paso del tiempo, se llegó a reconocer que la categoría de lesiones indirectas abarcan todo

“*traditional torts system*” que estuvo fragmentado en diferentes partes, fue sustituido por otras alternativas como la “*-no fault-workers compensation legislation*” (*legislación de compensación laboral sin culpa*), a partir de la primera parte del siglo XX.¹¹⁷⁴ En ese momento, los EE.UU. eran ya la nación industrial líder del mundo, pero con la mayor incidencia de accidentes industriales (*en comparación con otros países industriales confrontables como Inglaterra y Alemania*).

A partir de aquí, a diferencia de las doctrinas de “*nuisance*” y “*negligence*”, nace la doctrina “*strict liability*” o de responsabilidad objetiva, que el “*Common Law*” contempla. También es otro método para resolver los casos de daños a la propiedad del otro. Permite establecer responsabilidad incluso cuando el acusado no tenía la intención de interferir con un interés legalmente protegido o no actuó de modo irrazonable o incumplió el deber de cuidado al causar el daño.¹¹⁷⁵ En consecuencia, bajo esta teoría, una Corte puede determinar que un demandado es responsable independientemente de si ejerció un cuidado razonable.¹¹⁷⁶ Así, mientras la negligencia *per sé*, opera como un tipo de norma reguladora, la “*strict liability*” funciona más como

daño resultante de la negligencia. El paso final fue aceptar que los demandantes pudieran interponer la acción del “*Case*” en vez de la de “*Trespass*”, a pesar de que su lesión haya sido el resultado inmediato del acto del acusado, siempre que la colisión no haya sido intencional. Un factor particular que apuntó hacia la expansión de la “*action on the Case*”, era que el “*coachman*” rara vez demandaba personalmente, así que el demandante se vio obligado a confiar en el principio de “*respondeat superior*” (“*vicarious liability*”), que se reconocía sólo en la acción del “*Case*”. No obstante, la responsabilidad reposaba en la negligencia del “*coachman*” y en la medida en que surgió independientemente del “*Trespass*” o cualquier relación previa entre las partes, puede considerarse como un primer paso hacia el reconocimiento de la negligencia como un daño independiente (“*independent tort*”).

¹¹⁷⁴ Brüggemeier, «Risk and Strict Liability», 939-940. A juicio del autor, lo que determinó que los Estados Unidos discuta sobre la Ley y la política hasta el siglo XX, fue el liberalismo económico, la ideología del espíritu empresarial libre y la responsabilidad individual; todo ello, contrario a ley natural, la filosofía de la iluminación y el derecho romano que caracterizó a la Europa continental, punto central de la eminencia del paradigma del sujeto en el derecho privado, totalmente superpuesta a las doctrinas del liberalismo económico.

¹¹⁷⁵ Klass, «CERCLA, State Law», 3.

¹¹⁷⁶ Abelkop, «Tort Law as», 398.

un “*Pigovian Tax*”¹¹⁷⁷ establecido judicialmente, en virtud del cual, el acusado debe pagar la “*penalty*” por cada lesión que cause.¹¹⁷⁸ Por lo tanto, la “*strict liability*”, provee la reparación de los daños causados por actividades que el debido cuidado no puede mitigar el riesgo.¹¹⁷⁹ Entonces, la justificación para imponer este tipo de responsabilidad, es que cuando el acusado ha participado en una actividad lucrativa que causa daño, está en mejor posición para soportar la pérdida bajo principios de justicia.¹¹⁸⁰ La regla de la responsabilidad objetiva es particularmente importante en los casos en que la propiedad está contaminada con sustancias peligrosas.¹¹⁸¹

Hace casi un siglo y medio, las Cortes inglesas articularon una regla de responsabilidad objetiva, primero para las lesiones que resultasen de “*unnatural uses*” de la propiedad o por actividades peligrosas, tal como se estableció en el famoso caso “*Rylands v. Fletcher*”. De esta manera, la regla de la responsabilidad objetiva, ha sido adoptada por la mayoría de las jurisdicciones, aplicable a las actividades “*abnormally dangerous*”.¹¹⁸² De conformidad con “*Rylands v. Fletcher*”, el dueño u ocupante de la tierra/propiedad era objetivamente responsable por el daño de una cosa que “*likely to do mischief if it escapes*” (*probablemente haga daño si se escapa*). El demandado es responsable objetivamente por el daño asociado con la propiedad contaminada, si se vio involucrado en un uso “*non-natural*” o “*abnormal*” del terreno que resultó en un daño. El “*reasonable care*” del “*landowner*” no es una “*defense*” para una demanda de responsabilidad objetiva por “*ultrahazardous activities*” (*actividades ultra peligrosas*). La doctrina de la negligencia, puede ser utilizada en los casos en los que el acusado ha llevado a cabo una “*abnormally dangerous activity*” (*actividad anormalmente peligrosa*) y ha sometido a una persona (*el*

¹¹⁷⁷ Conocido también como “*Pigouvian Tax*”.

¹¹⁷⁸ Abelkop, «Tort Law as», 398.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, 92. Abelkop, alude a los daños que han conllevado a la aplicación de la “*strict liability*”, destacando entre ellos, la contaminación de los suministros de agua así como daños a causa de productos químicos de los pozos de petróleo y gas y sus operaciones industriales.

¹¹⁸¹ Pendergrass, «Legal Background», 3.

¹¹⁸² *Ibid.*

demandante) a un “foreseeable harm” como resultado de esa actividad.¹¹⁸³

Por razones de política pública, un gobierno puede decidir que bajo ciertas circunstancias se aplique una norma de “*strict liability*”, generando responsabilidad legal incluso cuando un actor no posea la intención requerida o no cuenta con el estado mental culpable para ser acusado de una violación. Debido a que la “*strict liability*”, expande las potenciales responsabilidades legales a las personas que no se apartaron del “*reasonable standar of care*”, se usa cuando se trata de “*abnormally hazardous activities*”.¹¹⁸⁴ La responsabilidad objetiva puede ser utilizada conjuntamente con la responsabilidad solidaria, en la que se responsabiliza a múltiples actores y el demandante puede cobrar por la totalidad de los daños a cualquiera de ellas. Alternativamente, puede aplicarse una norma de negligencia, en virtud de la cual la responsabilidad se basa en el incumplimiento por parte del actor de la norma de cuidado o diligencia que una persona razonablemente prudente habría ejercido en una situación similar.¹¹⁸⁵

En virtud del “*Restatement (Second) of Torts*” (1977), las actividades que se consideran como “*abnormally dangerous*”, por ende, sujetas a las normas de “*strict liability*”, se rigen por un principio general que se desglosa en dos supuestos:¹¹⁸⁶

- 1) El que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa estará sujeto a responsabilidad por los daños... resultantes de la actividad, aunque haya ejercido el máximo cuidado para prevenir tales daños.

¹¹⁸³ Ferrey, *Environmental Law...*, 29.

¹¹⁸⁴ Adaire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11035.

¹¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹¹⁸⁶ “*Restatement (Second) of Torts*” (1977), § 519 General Principle: “(1) One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm. (2) This strict liability is limited to the kind of harm, the possibility of which makes the activity abnormally dangerous”.

- 2) Esta responsabilidad objetiva se limita al tipo de daño, cuya posibilidad hace que la actividad sea anormalmente peligrosa.
(§ 519)¹¹⁸⁷

Además de esta regla general, las Cortes deberán considerar los siguientes factores para poder someter a aquella “*abnormally dangerous activity*”, a la “*strict liability*”:¹¹⁸⁸

- 1) La existencia de un alto grado de riesgo de daño a la persona, bienes muebles o terrenos de otros.
- 2) La probabilidad de que el daño que resultará de la actividad será grande.
- 3) La incapacidad de eliminar el riesgo de daño por el ejercicio de un cuidado razonable.
- 4) La medida en que la actividad no es una cuestión de “*common usage*”.
- 5) La inadecuación de la actividad en el lugar donde es llevada a cabo; y,
- 6) La medida en que el valor de la actividad para la comunidad se ve superado por sus atributos peligrosos.¹¹⁸⁹
(§ 520).¹¹⁹⁰

Aunque los requisitos exactos para determinar que una actividad es “*abnormally dangerous*” difieran de un estado a otro; en términos generales, “*la actividad debe plantear un riesgo previsible*”

¹¹⁸⁷ La traducción corresponde a la autora de esta obra.

¹¹⁸⁸ “*Restatement (Second) of Torts*” (1977), § 520 “*Abnormally Dangerous Activities*”: “*In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered:*

(a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care; (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes”.

¹¹⁸⁹ Véase también, *Restatement (Third) of Torts: liability for physical and emotional harm* §20 (2010) (revising the *Restatement of Torts* on abnormally dangerous activities to provide that an activity is abnormally dangerous if it (1) creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors and (2) the activity is not a matter of common usage).

¹¹⁹⁰ La traducción de arriba es de nuestra autoría.

*significativo que no puede eliminarse incluso cuando se ejerza una atención razonable en la realización de la actividad”.*¹¹⁹¹

Las Cortes han impuesto “*strict liability*” en algunos casos en los cuales los demandantes han alegado daños causados por la eliminación inadecuada y la posterior fuga de “*hazardous wastes*”. Otras Cortes, se han negado a sostener que el manejo o el almacenamiento de sustancias químicas peligrosas, constituye una “*ultrahazardous activity*”. Otras, han mantenido su pronunciamientos considerando a los acusados como responsables bajo la “*strict liability*”, de conformidad con “*Rylands*” y por ende, acorde con el “*Restatement (Second) of Torts*” por una amplia gama de actividades, incluyendo aquellos casos que involucran contaminación desde pozos de petróleo; fugas de tanques de combustible que se filtran y contaminan las aguas subterráneas y los pozos de agua potable; contaminación de arroyos y tierras;¹¹⁹² emisiones radioactivas; la emisión de residuos tóxicos y peligrosos desde las operaciones industriales y las instalaciones de eliminación; así como la liberación de PCBs desde un gasoducto de gas natural que contamina propiedades vecinas, entre otros. Sin embargo, la aplicación de la “*strict liability*”, dependerá del análisis de caso por caso. Las Cortes han de considerar la prueba con respecto a la actividad y la gestión del demandado de esa actividad.

Ahora bien, todas las actividades antes aludidas, podrían a la vez, derivar en responsabilidad ambiental en los términos de CERCLA o la “*State Superfund Liability*”. De hecho, la “*strict liability*” está incorporada en CERCLA, como un medio para aumentar la probabilidad de que las víctimas de fugas o emisiones de “*hazardous wastes*” sean compensadas por los daños sufridos.¹¹⁹³

Una de las herramientas que el Congreso brindó al gobierno federal, a los gobiernos estatales y tribales, para que puedan recuperar los “*costs of cleanup*” de los responsables, fue la instauración de la “*strict liability*”; muy similar a la de los derrames de petróleo y sustancias peligrosas contenidos en la CWA, que deriva de las reglas del “*Common Law*” sobre responsabilidad objetiva. Es decir,

¹¹⁹¹ Abelkop, «Tort Law as», 399.

¹¹⁹² Klass, «CERCLA, State Law», 4. En igual sentido, Pendergrass, «Legal Background», 4.

¹¹⁹³ Abelkop, «Tort Law as», 399.

en virtud de la disposición de “*strict liability*” que CERCLA ha incorporado (*en el §107 a*),¹¹⁹⁴ el gobierno está autorizado para ordenar o si es necesario demandar a las partes responsables a limpiar el sitio y a cubrir los “*costs of cleanup*” dispensados por el gobierno. Por lo tanto, la investigación de la causalidad se reduce a determinar si la liberación de una “*hazardous substance*” hizo que el demandante incurra en un “*response cost*” (*gasto erogado para la investigación y la remediación*).¹¹⁹⁵

Al parecer el Congreso aprobó precipitadamente “*CERCLA*”, olvidando normas claves respecto a la responsabilidad, encambio, confió en el “*Common Law*” desarrollado bajo otras normas. Debido a que “*CERCLA*” incorporó la responsabilidad objetiva por referencia de la “*CWA*” (§311) que abarca la responsabilidad objetiva por daños marinos, las Cortes sostienen que los PRP’s son responsables objetivamente de las “*cost recovery actions*” de conformidad con “*CERCLA*” (§107), independientemente de cualquier negligencia de los propietarios, operadores, transportistas o generadores. La responsabilidad de “*CERCLA*” es en su propia especie legal -*objetiva*- y ha sido desarrollada consistentemente en varios casos.¹¹⁹⁶ Por lo tanto, la responsabilidad de “*CERCLA*” no está basada en la negligencia. Sin embargo, está basada en el “*Common Law tort*”.

La “*strict liability*” está basada en una política pública que “*obliga a la parte demandada a reparar el daño que ocasionó a los demás por riesgos anormales que son inherentes a actividades que no se*

¹¹⁹⁴ Debido a que en los Estados Unidos existe otro modelo estatutario de “*Limited Liability*” (*Responsabilidad Limitada*) que se conoce como la “*Ley Price-Anderson*” de 1957, que sirvió para facilitar el desarrollo de la industria nuclear comercial a finales de los años cincuenta. Esta norma, establece un marco para la indemnización de las partes lesionadas en caso de accidente nuclear. En virtud de esta Ley, los propietarios de centrales nucleares comerciales deben asumir la responsabilidad y renunciar a la mayoría de las defensas legales por daños causados por accidentes nucleares. Sin embargo, la ley limita esa responsabilidad a través de un programa de seguros y un límite de responsabilidad. El monto máximo que los propietarios de reactores nucleares tendrían que pagar por un accidente nuclear en los Estados Unidos es \$ 375 millones en cobertura de seguro más \$ 117.5 millones adicionales por reactor nuclear. Vid., Abelkop, «Tort Law as», 11-12; 409.

¹¹⁹⁵ *Ibíd.*, 408.

¹¹⁹⁶ Vid., Ferrey, *Environmental Law...*, 393 - 394.

consideran culpables porque son razonablemente incidentes en una actividad industrial deseable". En otras palabras, la sociedad tolerará una actividad que crea riesgos anormales porque la persona que se dedica a la actividad peligrosa es necesaria para asegurar al público contra el riesgo.¹¹⁹⁷

Por razones de política pública, un gobierno puede decidir que bajo ciertas circunstancias se aplique una norma de responsabilidad objetiva, generando responsabilidad legal incluso cuando un actor no posee la intención requerida o no cuenta con el estado mental culpable para ser acusado de una violación. Debido a que la responsabilidad objetiva expande las potenciales responsabilidades legales a las personas que no se apartaron del "*reasonable standar of care*", se usa cuando se trata de "*abnormally hazardous activities*".¹¹⁹⁸ La responsabilidad objetiva puede ser utilizada conjuntamente con la responsabilidad solidaria, en la que se responsabiliza a múltiples actores y el demandante puede cobrar por la totalidad de los daños a cualquiera de ellas. Alternativamente, puede aplicarse una norma de negligencia, en virtud de la cual la responsabilidad se basa en el incumplimiento por parte del actor de la norma de cuidado o diligencia que una persona razonablemente prudente habría ejercido en una situación similar.¹¹⁹⁹

En definitiva, el surgimiento de la legislación de responsabilidad ambiental en los Estados Unidos y su propagación a la Unión Europea (UE), fue diseñada para compensar a las personas afectadas, con especial énfasis en restaurar o reemplazar los recursos dañados y proporcionar compensación por la pérdida de su valor. Al acrecentar los costos para quienes dañen el ambiente, las disposiciones sobre responsabilidad civil pueden desempeñar un papel disuasorio importante.¹²⁰⁰ La figura de la responsabilidad, también puede servir como un instrumento para completar vacíos, cubriendo actividades que aunque no estén expresamente identificadas como ilegales, sin embargo causan daños al ambiente.¹²⁰¹

¹¹⁹⁷ Pendergrass, «Legal Background», 4

¹¹⁹⁸ Ataire Jones et al., «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11036.

¹¹⁹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰⁰ *Ibíd.*

¹²⁰¹ *Ibíd.*

Finalmente, la “*strict liability*”, también ha tenido aplicación en las demandas por responsabilidad del producto (“*product liability claims*”). Los demandantes pueden afirmar que han sido lesionados por la exposición a elementos tóxicos contenidos en los productos de consumo. El “*Restatement (Second) of Torts*” permite demandar a quien está en un comercio o negocio y vende un producto defectuoso que es “*unreasonably dangerous*” para el usuario o consumidor o para su propiedad (§402 A).¹²⁰² Puede tratarse de un defecto de diseño, un defecto de fabricación, una falla de advertencia sobre los peligros tóxicos previsibles u otros riesgos de un producto o asociados con él.¹²⁰³ El fabricante está sujeto a la “*standar of an expert in the field*”, en términos de evaluar los riesgos previsibles de un producto. Existe una obligación de mantenerse al día con la ciencia en un área relevante.

Se pueden presentar una variedad de “*defenses*” contra las demandas por responsabilidad ambiental por productos defectuosos, por ejemplo:¹²⁰⁴

- La “*defense*” del “*state-of-the-art*” contra las demandas por errores en las advertencias (“*failure to warn claims*”), en los que el acusado en su demanda afirma no haber conocido y no haber tenido una capacidad razonable para conocer el peligro o riesgo en el momento de la exposición o lesión del demandante. La mayoría de los estados permiten esta “*defense*” para que se hagan las demandas ambientales.

¹²⁰² Cf. Restatement (Second) of Torts (1965) § 402 A, Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer, “(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. (2) The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller”.

¹²⁰³ Ferrey, *Environmental Law...*, 30.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, 30-31.

- Una “*defense*” reconocida para los “*unavoidably unsafe products*” (*productos inevitablemente inseguros*) que son de gran valor para la sociedad y que no se pueden proteger. En esta área, gran parte de la jurisprudencia se ha desarrollado en torno a las lesiones relacionadas con las drogas.
- Una “*defense*” sofisticada del usuario, en virtud de la cual el consumidor se encuentra en una posición superior o sofisticada frente al vendedor del producto para conocer su “*inherent toxic risk*”. No obstante, el vendedor debe haber dado alguna advertencia apropiada al comprador.

Distinciones entre “*CERCLA*” y el “*COMMON LAW*”

Junto a las disposiciones claves de responsabilidad privada, el amplio alcance de las “*hazardous substances*” de CERCLA lo ha convertido en uno de los estatutos ambientales más potentes a nivel federal tal como lo hemos destacado. Es tan convincente que contrarresta implícitamente, según muchas Cortes,¹²⁰⁵ con los principios establecidos por el “*Common Law*”.¹²⁰⁶

- El “*common law tort principle of negligence*” (*principio de daño por negligencia del “Common Law”*) no se encuentra expresado en CERCLA.
- Los contratos que cambian la responsabilidad a través de disposiciones de indemnización son ineficaces en cuanto a terceros bajo CERCLA.

¹²⁰⁵ Los elementos significativos del currículo del primer año de la escuela de leyes así como ciertas disposiciones legales, se curvan bajo la influencia de CERCLA. Pocos estatutos ambientales son tan comprehensivos o convincentes. Sin embargo, las ambigüedades y los vacíos en este esquema legal dejan una gran cantidad de problemas para la interpretación judicial. En muchos de estos temas, los circuitos federales han dividido la autoridad y la Corte Suprema aún no ha hablado. Por lo tanto, en muchos sentidos, el Superfund aún no está seguro de su paso completo.

¹²⁰⁶ Ferrey, *Environmental Law...*, 372.

- Los conceptos de “*corporate veil*”¹²⁰⁷ e “*insulation from personal liability*” (velo corporativo y el aislamiento de la responsabilidad personal) por actos corporativos están implícitamente “*countermanded*” o revocados por CERCLA.

- Los requisitos “*mens rea*” de la ley penal son estrechos.

- Los elementos de la “*federal bankruptcy law*” (ley federal de quiebra) implícitamente también están revocados.

Hasta aquí las teorías de la responsabilidad. No obstante, existen algunas precisiones extras que hacer respecto de ellas:

Third-party damages.- En la mayoría de los casos por contaminación de una propiedad por sustancias peligrosas, el propietario o quien haya estado en posesión, no tiene ninguna relación formal con el responsable de la contaminación, aparte de ser vecinos adyacentes o simplemente vecinos. En tales casos, al titular de la propiedad que hace una reclamación por lesiones a su propiedad, se le conoce como un “*third-party claimant*”, porque la demanda no se basa en un contrato u otra relación formal con el demandado. La mayoría de los casos de “*nuisance*”, “*trespass*” y “*strict liability*” indudablemente involucran demandas por “*third-party damages*”. Del mismo modo, quienes demandan sustentando sus reclamaciones en “*private nuisance*” son terceros, porque alegan que el uso de la propiedad del “*landowner*” por el vecino no era razonable y además, le causó daños.¹²⁰⁸

“Stigma damages”.- conforme a cualquier teoría de “*trespass*”, “*negligence*”, “*nuisance*” y “*strict liability*”, los responsables de la contaminación ambiental pueden ser responsables de una amplia gama de medidas, incluyendo los costos de remediación, disminución de valor de la propiedad privada o pública, pérdida de

¹²⁰⁷ Si bien ha sido utilizado esta doctrina en la Sentencia de Chevron-Texaco, nuestro propósito durante la tesis doctoral ha sido principalmente el desarrollo del daño ecológico puro. Sin embargo, a lo largo de su desarrollo hemos postulado presupuestos para determinar la responsabilidad de los directivos y auxiliares, hechos propios y hechos ajenos, que podrían también colaborar para su determinación.

¹²⁰⁸ Pendergrass, «Legal Background», 4.

ganancias, lesiones personales, daños punitivos (*si la conducta fue intencional, ultrajante o se hizo con un desprecio deliberado por los derechos o la seguridad de los demás*) o una medida cautelar derivada de los daños a la salud humana y al ambiente. No obstante, Klass,¹²⁰⁹ reluce que en la actualidad, las Cortes también están dispuestas a otorgar “*stigma damages*” derivados de la contaminación de la propiedad, además de los “*costs of cleanup*”. El “*environmental stigma*”, se define como un impacto adverso en el valor de la propiedad, basado en la percepción del mercado de que la propiedad supone un riesgo ambiental. Por lo tanto, el “*stigma*” puede atribuirse no sólo a la propiedad que actualmente está contaminada, sino también a la propiedad que tiene el riesgo de contaminación futura o propiedades que han sido remediadas, pero que todavía se perciben que están planteando un riesgo de daño. Aunque algunas jurisdicciones requieren algún impacto físico mínimo suficiente para considerar que se ha interferido con el uso del terreno del propietario y que los daños por “*stigma*” sean recuperables. Mientras tanto, otras Cortes, reconocen que el valor de la propiedad puede disminuir a través del “*stigma*”, simplemente por estar cerca de la contaminación.

“Statutes of limitations”.- Para todas las “*Common Law Claims*”, los acusados pueden aprovechar los “*State Statutes of Limitations*”, que limitan el tiempo (*a menudo entre dos y seis años*) que un demandante tiene para entablar una “*injury lawsuit*”. Muchas Cortes y doctrinarios, han argumentado que la prueba del “*continuous damage*” apoyada sobre una demanda de “*continuum nuisance*”, impedirá que el estatuto de limitaciones expire hasta que el acusado haya disminuido el daño. Sin embargo, otras, se han centrado únicamente, en la conducta como evento desencadenante - *en lugar del daño*-, lo que significa que el período de limitaciones se extiende desde cuando el demandante sabía o debería haber sabido del último hecho ilícito, independientemente de si la contaminación continuará en el futuro.

Todo lo expuesto hasta ahora, constituye la gama disponible de los “*tort remedies*”, los cuales tienen efectos regulatorios que merecen un análisis económico y que lo expondremos al examinar las teorías económicas de la responsabilidad.

¹²⁰⁹ Klass, «CERCLA, State Law», 5-6.

b) Teorías económicas de la responsabilidad

Estas teorías se han convertido en un cuerpo bien desarrollado y ampliamente aceptado a partir del “*Teorema de Coase*”. Con esta tesis de invariancia, se postuló que en un mercado libre de costos de transacción, en el que las partes cuentan con información perfecta, derechos completos (*totalmente asignados*) y sin costos de transacción, las partes negociarían entre sí el resultado eficiente - *cuando los costos marginales de reducción para el contaminador son iguales a los beneficios marginales de reducción para la víctima*- y lograrán la asignación óptima de recursos, independientemente, de la regla de responsabilidad establecida.¹²¹⁰

Sin embargo, las partes acuden ante las Cortes para resolver las controversias, porque frecuentemente, ninguna de ellas tiene acceso a información completa, hay costos de transacción y los derechos pueden no estar claros. La sentencia de una demanda por “*nuisance*” a favor del demandante, luego, está destinada a internalizar los costes externos asociados a la contaminación simulando un “*market exchange*” entre el demandado que produce la externalidad y el demandante que debe soportar el coste.¹²¹¹

En otras palabras, el gobierno puede conceder a las víctimas la indemnización o puede conceder el derecho a los contaminadores a contaminar. Si no hay costos de transacción (*por ejemplo, si las víctimas pueden identificar a los contaminadores y viceversa, las víctimas saben el valor del daño que han sufrido y los contaminadores conocen el valor de la contaminación y los costos de la reducción*), las partes pueden negociar entre sí para lograr los niveles óptimos de contaminación y reducción, independientemente de quién tenga el derecho. El único efecto del derecho es determinar si el contaminador paga a las víctimas por el derecho a lastimarlas o si las víctimas pagan al contaminador para abatir parte de su contaminación. Por lo tanto, cuanto menores sean los costos de transacción, menor será la asignación de asuntos que versen sobre derechos legales. Por supuesto, tal como reconoció Coase, no

¹²¹⁰ Abelkop, «Tort Law as», 388.

¹²¹¹ *Ibíd.*, 393.

vivimos en un mundo libre de distorsiones del mercado y costos de transacción, donde las partes tienen información completa.¹²¹²

Los costos de transacción, las fallas del mercado, los fracasos de las políticas y las limitaciones políticas crean lo que los economistas han calificado como *“the second-best problems”*. Esta teoría sostiene que la corrección de una *“failure”* o *“restriction”* del mercado puede no producir un resultado eficiente si existen otras *“failure”* o *“restriction”*, incluso en mercados aparentemente no relacionados (*así por ejemplo, corregir una externalidad de la contaminación del aire podría no maximizar el bienestar social si hay un fracaso en las políticas de la contaminación del agua: las instalaciones podrían eliminar los contaminantes de sus emisiones y depositarlos en sus efluentes*).¹²¹³

Estos problemas suelen requerir de múltiples instrumentos de política para diferentes medios ambientales y a diferentes niveles de gobernanza, que son a la vez preventivos (*ex ante*) y remediales *“in nature”* (*ex post*). La teoría del *“second-best”*, considerando a la responsabilidad como herramienta política, puede justificar la dependencia práctica del *“Tort Law”* en situaciones en las que los economistas (*o las Cortes*) no tendrían que confiar en la *“private enforcement”* si el mercado estuviera libre de distorsiones. Abelkop,¹²¹⁴ determina que los *“policymakers”* deben considerar al *“Tort Law”* como una de las múltiples herramientas políticas empleadas para abordar los problemas de gestión ecológica y de contaminación. En un *“second-best world”*, los *“policymakers”* establecen reglamentos públicos y derechos consagrados en la Ley con el objetivo de inducir a las partes privadas a tomar decisiones de producción y consumo que en conjunto, convertirían un mercado económicamente eficiente. La eficiencia asignativa, es decir, la que se refiere a una distribución de bienes y servicios que maximiza el bienestar, es la que dentro de los diversos tipos de eficiencia, principalmente interesa a los estudiosos de derecho y economía.¹²¹⁵

¹²¹² *Ibíd.*, 388.

¹²¹³ *Ibíd.*, 389.

¹²¹⁴ *Ibíd.*

¹²¹⁵ *Ibíd.*, 390.

Según el criterio de Kaldor-Hicks, un cambio en la asignación de recursos mejorará la eficiencia si se cumplen con los siguientes tres postulados:¹²¹⁶

- 1.- El cambio debe hacer que al menos una persona esté mejor.
- 2.- La persona (*o las personas*) que se ha beneficiado de mejor manera debe, teóricamente, ser capaz de compensar a todos los que se encuentran en peor estado y que todavía experimentan una ganancia neta en el bienestar.
- 3.- Si quienes se encontraban en peores condiciones pagaron a quienes se encontraban en mejores condiciones, por renunciar al cambio, los primeros (*que ya se encontraban peor*) estarían en una situación aún peor. Así, en una situación en la que es incierto si un beneficio vale su costo social, los derechos legales deben estructurarse para colocar los costos sobre quien cuenta con mayor conocimiento, sobre quién está en mejor posición para hacer un análisis costo-beneficio y quién puede evitar los costos de la precaución con un precio más barato. Sin embargo, no siempre es posible un análisis costo-beneficio, porque medir los beneficios de la protección del ambiente y de la salud pública es una práctica extremadamente difícil que generalmente produce resultados indeterminados. Frente a ello, los “*policymakers*” suelen elegir políticas ambientales basadas en el criterio costo-efectividad, siendo una política óptima, aquella que minimiza los costos para lograr un objetivo estatuido, más que un criterio de eficiencia.¹²¹⁷

Ahora bien, examinar al “*Tort Law*” bajo el criterio de costo-efectividad implica necesariamente la medición de los costos de gobernabilidad, incluyendo el costo mantención del sistema judicial en relación con los costos que implicarían sistemas reguladores alternativos. A pesar de la dificultad de medir los beneficios ambientales, gran parte de la literatura sobre el “*Tort Law*” como instrumento de política, evalúa las normas de responsabilidad en términos de eficiencia, sin embargo, las decisiones políticas no se centran únicamente en la determinación de la eficiencia: las preocupaciones sobre la distribución son tan importantes como la

¹²¹⁶ *Ibíd.*

¹²¹⁷ *Ibíd.*

eficiencia en la toma de decisiones políticas. Por lo tanto, las teorías microeconómicas del “*Tort Law*” generalmente reconocen dos funciones principales para el establecimiento de la responsabilidad.¹²¹⁸

- a) **“La disuasión óptima de la actividad arriesgada”**. Los especialistas de derecho, economía y los académicos progresistas realistas, hacen hincapié en la teoría de la disuasión del “*Tort Law*”, considerada como un instrumento de política pública que puede ser utilizado para repartir pérdidas, compensar a las víctimas y alcanzar un equilibrio eficiente entre actividades riesgosas y medidas de precaución.
- b) **“La justicia correctiva mediante la compensación”**. Mientras tanto, un grupo opuesto de eruditos sostiene que el “*Tort Law*” es el derecho privado destinado principalmente a proporcionar a las víctimas de algún daño ilícito un medio de reparación.

La posición dominante, parece ser el punto de vista instrumentalista, que hace hincapié en los efectos disuasivos generales de la responsabilidad como derecho público.

4.15 La responsabilidad en el caso “chevron-texaco”:

¿De qué tipo de responsabilidad estamos hablando cuando analizamos el caso Chevron? ¿Cabe el exigimiento de las medidas de prevención, evitación y reparación?

La actividad hidrocarburífera es considerada una actividad de riesgo, a pesar de no estar en la lista de actividades postulada por la Directiva 2004/34/CE y por la LRM. Si esta actividad cuenta con una probabilidad alta para generar daños en el ambiente, el motor para accionar el sistema de responsabilidad ambiental se vería encendido en forma inmediata sin atender a elementos de carácter subjetivos, es decir, tal y como se ha explicado, únicamente lo que a ojos de

¹²¹⁸ Abelkop, «Tort Law as», 391.

esta normativa importa verdaderamente es el resultado dañoso, cuya consecuencia sería la imputación de una responsabilidad de carácter objetivo. La legislación ambiental ecuatoriana vigente en la época en la cual Texpet desarrolló las operaciones del Consorcio y que constituyó la base legal para deducir las pretensiones planteadas en la demanda, no contemplaba normas específicas ni un procedimiento específico para imputar responsabilidad ambiental al nivel del procedimiento jurídico-administrativo, lo que a diferencia de ello, la Directiva y la LRM, cuentan con uno dentro de su marco regulatorio. Fue el instituto clásico de responsabilidad civil extracontractual *-en el caso ecuatoriano-*, el que cobró vida jurídica y se instauró como mecanismo de protección de los recursos naturales afectados así como de los derechos subjetivos vulnerados de los miembros de la comunidad de la zona afectada.

Del listado de actividades, que consagran tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, no se puede colegir que esté incluida el “*facking*” dentro de alguna de ellas. En realidad, esta actividad está regulada mediante instrumentos internacionales e internamente, se cuenta con una ley específica que regula la materia. Pertenece entonces, a una de las actividades de las no incluidas en el Anexo III.

Lo que resulta importante, es determinar si efectivamente la responsabilidad que de la sentencia se desprende, gozaba de carácter objetivo o subjetivo en el caso ecuatoriano. El criterio compartido por quienes integraron la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos para estructurar el fundamento de la aplicación de la responsabilidad civil, nace a partir del considerando séptimo de la sentencia,¹²¹⁹ en el cual se refieren a que una de las fuentes de las obligaciones, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daños a la persona o sus bienes, son los delitos y cuasidelitos,¹²²⁰ recalcando que lo que importa es que

¹²¹⁹ Veáse, SSUCPS. Considerando Séptimo, fojas 74-86.

¹²²⁰ Código Civil Ecuatoriano de 1970. Artículo 1480: “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia*”.

estamos ante hechos ilícitos, los cuales estaban también regulados en el Código Civil de aquella época,¹²²¹ basándose entonces en la doctrina clásica.¹²²²

La responsabilidad civil extracontractual establecida con la Sentencia encuentra su fundamento legal en el artículo 2256 del Código Civil.¹²²³ La Corte recuerda que la responsabilidad civil extracontractual procede sólo si se ha cumplido con tres presupuestos,¹²²⁴ tal como lo exige la legislación española: “1. Un daño o perjuicio, material o moral; 2. Una culpa demostrada o preexistente; y 3. Un vínculo, de causalidad entre uno y el otro”. De esta manera, se analizó la presencia de estos elementos en el “Caso Chevron”, ratificándose en la sentencia, que la certeza de la

¹²²¹ Ver Código Civil Ecuatoriano de 1970, a partir del artículo 2241 al 2261. Estos artículos regulan principalmente los daños generados como consecuencia de un delito o cuasidelito, por hecho ajeno, el daño moral, entre otros.

¹²²² La Corte Suprema se remite a una de las sentencia más estudiadas en el Ecuador, que fue pronunciada por la la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada el 29 de octubre de 2002 (RO. Nro. 43, de fecha 19 de marzo de 2003). Ver Juicio N° 2003-0002, 14 de febrero de 2011. Sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en contra de Chevron Corporation. Considerando Séptimo, foja 74. En esta sentencia se establece que “El Código Civil llama hechos ilícitos no solamente a las acciones omisiones personales del responsable que intencional o culposamente ha ocasionado daño a un tercero...sino también a los daños causados por las personas que están a su cargo, cuidado o dependencia... o de las cosas que son de su propiedad o de las cuales se sirve... de donde se infiere que no para todo caso se requiere que la culpa directa del responsable, sino que en varios casos la culpa se asume por actos de terceros o por daños causados por cosas de las que se sirve”.

¹²²³ Código Civil Ecuatoriano de 1970. Artículo 2256.- “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación: 1o.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente; 2o.- El que dispara imprudentemente una arma de fuego; 3o.- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 4o.- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el; y, 5o.- El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios”.

¹²²⁴ Ver Juicio N° 2003-0002, 14 de febrero de 2011. Sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en contra de Chevron Corporation. Considerando Séptimo, foja 75.

existencia del daño es un presupuesto indispensable y a efectos de la responsabilidad es necesario probarlo cabalmente, pues éste será reparable cuando sea cierto.¹²²⁵ Coincide plenamente con el sistema civil español y la doctrina construida sobre ella. Ya sabemos que este sistema es insuficiente, pero es el que se aplicó, en razón de que no existía una normativa como la Directiva 2004/35/CE y la LRM de responsabilidad ambiental.

No obstante, la misma norma legal enumera algunas actividades riesgosas o peligrosas, para cuyo efecto la culpa se presume, eximiendo a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia. Corresponde al demandado, demostrar que el hecho acaeció por fuerza mayor o caso fortuito de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima. En cuanto a la culpa, la Corte estableció que la responsabilidad extracontractual puede ser subjetiva u objetiva, dolosa o culposa por lo que conviene hacer un análisis de la voluntad y conciencia de la parte demandada en relación con los daños que la parte actora alega en su demanda.

En forma textual, la Corte reconoce que *“La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto. Y*

¹²²⁵ Requisito que hice alusión en el acápite que diferenciaba la responsabilidad civil vs la responsabilidad ambiental. Sin embargo, más allá de que la Corte consideró esclarecer la diferencia entre daño fáctico y daño jurídico como tal, recalco que los daños pueden ser presentes o futuros, *“El primero es el que ya ha acaecido, el que se ha consumado. El futuro es que el todavía no se ha producido, pero aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro solo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas”* (Veáse SSUCPS, considerando séptimo, foja 76). La Corte reconoce entonces la diferencia notable entre ambos tipos de responsabilidad, considerando el carácter difuso propio de un daño ambiental que conlleva la posibilidad de que surjan nuevos daños como consecuencia de un hecho dañoso antecedente, a cuyo efecto la responsabilidad civil extracontractual se contrapone, ya que si la *“certeza de que un daño existe”* es lacónica, la imputación de responsabilidad se tornaría inexigible e inoperante.

*sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque mientras la culpa se refiere a la acción u omisión que causa daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la infracción recae sobre el daño mismo que se ocasiona. Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles”.*¹²²⁶

La parte actora, según consta de la demanda que la sentencia analizó, ha alegado que la parte demandada estaba obligada legalmente a evitar los daños causados y que tenía pleno conocimiento y conciencia sobre las consecuencias de su conducta. Aspectos fundamentales para calificar una determinada conducta como culposa o dolosa. La Corte, luego de revisar la legislación vigente en la época de Texpet en el Ecuador,¹²²⁷ llegó a la conclusión de que dicha obligación efectivamente existió y que por lo tanto era vinculante, convirtiéndose en una conducta exigible, es decir, en una obligación legal de hacer. Efectivamente, algunas normas habrían sido infringidas, lo cual ratificaría la presencia de la omisión de una conducta exigible a la parte demandada, que configura uno de los pilares más importantes de la responsabilidad extracontractual, la culpa. Sin embargo, en contraposición con lo expuesto, la parte demandada en su defensa, siempre alegó el cumplimiento cabal de las normas legales y contractuales vigentes así como de las prácticas operacionales más adecuadas dentro de la industria en los años de las décadas de 1960, 1970 y 1980.

Un fundamento extra expuesto por Texpet (*operadora del Consorcio*), llamó mucho la atención, pues alegó en su defensa que durante la vigencia del contrato de concesión de 1973, operó con el permiso y bajo vigilancia de las entidades gubernamentales encargadas por ley de la dirección y ejecución de la política hidrocarburífera formulada por el Gobierno ecuatoriano. La Corte llevó a cabo un examen profundo respecto de una eventual

¹²²⁶ Véase SSUCPS, considerando Séptimo, fojas 76-77.

¹²²⁷ Normas que serán expuestas y analizadas a lo largo del presente trabajo, según su aplicabilidad y oportunidad en cada capítulo.

vigilancia o supervisión estatal sobre la obligación de la compañía demandada o sobre derechos de terceras personas. Al efecto, según consta en la sentencia, no existía norma legal durante aquella época ni prueba alguna aportada por parte de la parte demandada que justifique la hipótesis de que la vigilancia o el control estatal liberen a Texpet de sus obligaciones legales. No existe doctrina ni jurisprudencia en las que se determine que el control estatal ha liberado de responsabilidad al sujeto controlado.

Si dicho supuesto habría ocurrido de tal manera como la parte demandada ha expuesto, el tipo de responsabilidad que generalmente se configuraría es una responsabilidad administrativa que se ejerce sin perjuicio de derechos de terceros. La teoría de que una mera autorización administrativa impone a terceras personas el deber jurídico de soportar los daños que ésta ocasione, o peor aún, que los prive de su derecho a pedir su reparación, está totalmente descartada y es así entendida a juicio de la Corte de Sucumbíos.¹²²⁸

Ahora bien, lo que se pretende entender con esta postura, es si la autorización administrativa de la actividad excluiría el conocimiento de la materia por el orden civil, verificar si procede o no la responsabilidad extracontractual y si se podría establecer alguna responsabilidad patrimonial a la Administración por su intervención. Estos inconvenientes pretenderé resolverlos en el desarrollo continuo de nuestro trabajo. Mientras tanto, el criterio acogido por la Corte, estuvo sustentado en la doctrina y jurisprudencia española,¹²²⁹ cuyo fundamento se centró en

¹²²⁸ *Ibíd.* 78.

¹²²⁹ Ver Juicio N° 2003-0002, 14 de febrero de 2011. Sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos en contra de Chevron Corporation. Considerando Séptimo, fojas 78-79. Con la finalidad de demostrar esta conclusión, Corte de Sucumbíos se refirió y citó jurisprudencia española, en forma específica la Sentencia No. 589/2007, de 31 de mayo (RJ/2007/3431), en la cual se cita a su vez la sentencia de 12 de diciembre de 1980 (RJ/1980/4747), cuyo exponente, el Dr. Francisco Marin Castán, en la Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1a del Tribunal Supremo de España, indica que: *"el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga*

establecer que ni siquiera el acatamiento y el cumplimiento de la normativa aplicable liberan al obligado de sus responsabilidades, ni tampoco de las acciones civiles que puedan iniciar terceros. Hecho que justificaría además, el por qué se impusieron varias sanciones de carácter administrativo a Texpet, aunque siempre dejando a salvo los derechos de los terceros,¹²³⁰ ya que dichas sanciones no implican de modo alguna una reparación del daño causado, sino una mera sanción administrativa que refleja un incumplimiento legal, sin que ningún daño haya sido reparado.

Para la apreciación de la culpa, la Corte recogió doctrina de otra sentencia,¹²³¹ enfocada en dos criterios, que están constituido sobre la base de un modelo objetivo y otro subjetivo. El primero, toma en consideración la previsibilidad general de un sujeto ejemplo o prototipo, es decir hace un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados, conforme a la actitud media del común de las personas; por ejemplo, el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. Mientras tanto, el modelo concreto o subjetivo, es el que aprecia la culpa en relación con el agente mismo. No se presenta a comparación con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo sólo a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso.¹²³²

En aplicabilidad al caso de estudio, siguiendo el modelo objetivo, se

para eliminar las inmisiones como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebramiento patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva". Marín Castán cita a su vez otra sentencia, de 19 de febrero de 1971, y expone que *"una cosa es el permiso de instalación de una industria con la indicación de los elementos que deben ser para evitar daños y peligros, cometido propio de la administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento completa a los órganos de la jurisdicción civil".*

¹²³⁰ Véase SSUCPS. Considerando Séptimo, foja 79. existieron documentos constantes que demuestran que la demandada conocía de antemano que no se encontraba a salvo de reclamaciones por parte de terceras personas, sino por el contrario, los derechos de esas terceras personas eran los que se encontraban a salvo.

¹²³¹ *Ibid.*, foja 82. Se refiere a la Sentencia de la primera sala de lo Civil y Mercoantil de la Corte Suprema de Justicia, del 29 de octubre de 2002, publicada en RO 43, de fecha 19 de marzo de 2003.

¹²³² Véase SSUCPS, Foja 80-84.

debería calcular la previsibilidad conforme la actitud media de una "buena empresa petrolera" en la época, mientras que según el modelo subjetivo sería necesario verificar el conocimiento que tenía Texpet y las condiciones particulares en torno al efecto dañoso, tal como se hizo en cuanto a la legislación vigente y al entorno dañado. Para atender la aplicabilidad de estos criterios, la Corte analizó ambos modelos, basándose en el aporte de los peritos insinuados por las partes, quienes aparte de contradecirse unos a otros, demostraron distintas perspectivas del momento histórico.

Lo que sirvió de apoyo a la Corte fue un libro denominado "*Primer Of Oil and Gas Production*" (que describe los principios técnicos de la industria petrolera en la misma época en que suceden los hechos materia de este juicio).¹²³³ Fue escrito en 1962, esto es antes del inicio de la operación de Texpet en el Ecuador, lo cual demuestra que fue un texto objetivo e imparcial. En este libro se reflejó lo que podía esperarse de una "buena empresa petrolera". Incorporaba importantes advertencias acerca de los peligros del agua de formación, junto con recomendaciones respecto a que "*El cuidado extremo debe ejercerse en el manejo y disposición del agua producida no sólo debido al posible daño a la agricultura, sino también debido a la posibilidad de contaminación de lagos y ríos que mantienen el agua para beber así como para propósitos de irrigación*". En caso de comprobarse que la parte demandada no brindó cuidado extremo en el manejo del agua de formación, podría llevar a inferir que ignoró las advertencias e incumplió con las recomendaciones que una "buena empresa petrolera" llevaría a cabo, siendo responsable de culpa según este criterio de carácter objetivo.

Para analizar si cabe el criterio subjetivo, la Corte tomó en consideración el capítulo del citado libro sobre "*Problemas Especiales*". Fue escrito por un funcionario de Texaco Inc. y es precisamente esta parte del texto la que contiene las advertencias respecto a la actividad carburífera, hecho que ha llamado la atención de la Corte. Este antecedente incitó a Sala a pensar que Texaco Inc. tenía conocimiento previo acerca de los daños que podía causar. La prueba efectiva es que una década antes, sus propios funcionarios escribieron libros que advertían no sólo

¹²³³ *Ibíd.*, 82.

respecto a este tema, sino que además, el estado de la técnica ahí descrito era el que establecía el Instituto Americano de Petróleo¹²³⁴ y el que debieron haber practicado.

En cuanto a la conducta del autor del daño, falta esclarecer si hubo o no dolo. Si la parte demandada hubiese tenido conocimiento de los potenciales daños que podía causar por la forma en que realizaba sus actividades y si además tenía el conocimiento y la capacidad técnica de impedirlos a un costo razonable, lo cual haría que tales daños sean no sólo previsibles, sino evitables, por ser jurídicamente exigible el deber de evitar tales daños al amparo de la legislación histórica vigente en la época, resultaría evidentemente que se trata de una conducta culposa grave, que en materia civil se asemeja al dolo. La Corte, según de lo que el expediente sugiere, consideró que no existió prueba alguna que demuestre que Texpet haya actuado con voluntad manifiesta y positiva de causar daño, por lo que en principio se diría que no existió ninguna intención dolosa.

Frente al análisis de estos modelos, surge un conflicto de criterios, frente al cual la Corte de Sucumbíos determinó que si bien no existió el propósito previsible de causar el daño que exige el supuesto doloso, se alcanzó igualmente el resultado negativo por no haber tenido la parte demandada, el cuidado de adoptar las medidas necesarias para impedirlo. De este modo, mas allá de la clasificación del acto como doloso o culposo, lo que importa es el resultado negativo obtenido como consecuencia de dicha conducta. Este fue el sentido en virtud del cual se pronunció la Corte, estableciendo además que *"La culpa y el dolo no son conceptos contrapuestos sino más bien diferenciados en cuanto a la manera de actuar pero en definitiva ambas actitudes causan daño", dejándonos así un acercamiento jurisprudencial objetivo a la responsabilidad extracontractual, en la que no es relevante la manera de actuar, sino las consecuencias del acto"*.¹²³⁵

Si lo que pretendemos es aclarar el tipo de responsabilidad frente a la cual estamos, objetiva o subjetiva, resulta importarte analizar las demás consideraciones que sirvieron de cimiento para recurrir al mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual en este fallo.

¹²³⁴ Ibíd., 80.

¹²³⁵ Ibíd., Considerando Séptimo, foja 82.

La sentencia reconoce y hace referencia a la progresiva acumulación de riesgos de los nuevos fenómenos sociales que conllevan la exigencia de una mayor defensa de los valores del hombre, creados por una técnica que por un lado facilita todo, pero por otro, atenta contra todo. Concuere con el hecho de que la multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria que llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos, han facilitado a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada.¹²³⁶

Estos antecedentes, permiten que la teoría del riesgo desplegada en líneas previas cobre vida e importancia justo ahora. La Corte consideró que el riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que implica la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Apoyándose en dicha teoría, *“quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana ubi emolumentum ibi llus (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad)”*.¹²³⁷ De esta manera, para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual, no se requeriría que haya culpa o dolo, bastaría que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los haya originado. Frente a ello, estaríamos entonces ante una responsabilidad meramente objetiva tal y como lo arguye la Corte en consideración con la teoría del riesgo.

La teoría de la responsabilidad objetiva pura no ha tenido gran aceptación en la legislación de los países ni en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Lo mismo sucede en el caso español, que a pesar de la corriente jurisprudencial que ha marcado su tendencia objetivadora de la responsabilidad, aún exige la presencia de la

¹²³⁶ *Ibíd.*, 82-83.

¹²³⁷ *Ibíd.*

culpa en la conducta del responsable como elemento indispensable para instaurar la responsabilidad extracontractual. No obstante, considerando justamente, que la prueba de la culpa resulta muy difícil o casi imposible para quien ha sufrido el daño (*o sea, para la víctima*), muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, han considerado la necesidad de revertirla, imponiendo que sea la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa a quien le compete 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 ha configurado la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño.

Esta misma teoría es la que fue defendida por la Corte de Sucumbíos (*beneficio de la cosa riesgosa*).¹²³⁸ Sobre la base de dicha presunción, se instituyó un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños ambientales *-por llevar a cabo actividades hidrocarburíferas-*. La Corte pretendió fundarse en un criterio de culpa, aislado de una responsabilidad de pleno derecho o del establecimiento de una presunción absoluta.¹²³⁹ Así, el dueño de la explotación o industria debería responder directamente por los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo podría exonerarse de responsabilidad si demuestra que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño (*fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima*). Al dueño de la explotación no se le debería permitir exonerarse de responsabilidad acreditando la simple ausencia de culpa, como ocurre con la responsabilidad por hecho ajeno a la que se refiere el Código Civil tanto español como ecuatoriano.¹²⁴⁰

¹²³⁸ *Ibíd.*, 83-84.

¹²³⁹ *Ibíd.* 83-84.

¹²⁴⁰ *Ibíd.*, 84-85. La sentencia lo que hizo, fue dar una interpretación al artículo 2229 del Código Civil, partiendo de dos discernimientos. El primero, 1. El artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano se refiere a los daños causados mediante hechos propios que en general tienen el mismo sentido o espíritu a la conducta humana que forma el contenido de la responsabilidad penal. Es el derecho común. 2. Los artículos 2220 a 2222 se refieren a daños causados por el hecho ajeno y de los cuales deben responder los padres de los menores, los tutores o curadores, los amos o patronos, directores del colegio, etc. 3. Los artículos 2224 a 2226 estatuyen normas acerca de los daños causados por los animales, de los

El empleo de este régimen favorece a cualquier persona que haya sido la víctima, pues solamente debe demostrar el daño y el consiguiente nexo de causalidad para que prospere su acción indemnizatoria. En el presente caso, tal como lo ha manifestado la parte demandada, las actividades hidrocarburíferas que supuestamente causaron los daños cuya reparación se demanda, fueron actividades legítimas y autorizadas por la Ley. Premisa a partir de la cual, luego de todos los análisis realizados, la Corte llegó a la conclusión de que el hecho de que sea una actividad legítima, implica sencillamente que *“El riesgo de la cosa es un*

cuales deben responder sus dueños a poseedores. 4. Los artículos 2221 y 2227 comprenden los daños causados por la ruina de un edificio o por las cosas que se caen de la parte superior del mismo, de los que deben responder los dueños o poseedores de la construcción o edificio. 5. Por consiguiente, lo más natural es pensar que el artículo 2356 [actual 2229 del Código Civil ecuatoriano] se refiere a una clase diferente de daños; y éstos no son otros que los ocasionados por actividades o explotaciones peligrosas. Y el segundo: Los mismos ejemplos del artículo 2356 [2229 del Código Civil ecuatoriano]. Analizando los dos últimos ejemplos de este texto según los cuales se responde por daño causado: a) quien remueve las losas de una acequia o cañería, o descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por ahí transitan, b) quien por defectuosa construcción o reparación de un acueducto o un camino *“lo tiene en estado civil por el camino”*, estas eran actividades peligrosas en la época en que se redactó el Código, de ahí que la doctrina y la jurisprudencia resolvieron ampliar dichas aplicaciones a otros casos de industrias explotaciones actividades que ofrecen peligros especiales en la época moderna”.

Transcribió las partes pertinentes de un fallo realizado por la Corte Suprema de Colombia, relacionado con la teoría de la culpa presunta de las actividades peligrosas: "... tampoco, seguiría de ello la casación de la sentencia acusada, pues de todas maneras vendría a resultar que los elementos daño y vínculo de causalidad, ya establecidos por el Tribunal y no impugnados en casación, se integrarían con la culpa presunta de la sociedad demandada por fundarse la pretensión indemnizatoria de los actores en una actividad peligrosa a la cual le es aplicable el artículo 2356 del Código Civil [2229 del Código Civil ecuatoriano]"... este artículo ha sido para la jurisprudencia colombiana lo mismo que el artículo 1384 lo es para francesa, un motivo de encontrados estudios, en atención a que se busca ubicar en esas disposiciones todos los problemas de carácter legal que presenta la era industrial y moderna con la paulatina aparición de máquinas e inventos que conllevan inevitables y desconocidos peligros. Se han dicho que es una continuación del artículo 2341 ib. (2214 del Código Civil ecuatoriano), que señala la obligación de indemnizarlo, debido a la aparente repetición de la parte sustantiva que ostenta las dos disposiciones. No obstante, la Corte ha sostenido en forma reiterada la distinción entre estas dos normas; ya que la una se refiere al hecho, del hombre que ha determinado una culpa probada por la víctima, en cambio, la segunda se refiere esencialmente a "un daño" imputado o malicia o negligencia de la persona que lo causó.

*peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales y económicos, y de ningún modo significa que por ser lícita la actividad se exima de responsabilidad a quien la realiza, sino por el contrario, el desarrollo del derecho ha llevado a que se establezca la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño”.*¹²⁴¹

¿Se deben incluir los daños tradicionales en el régimen de responsabilidad ambiental? Argumentos a favor y en contra. críticas al carácter “tradicional - personal” y “puro” del “daño ambiental”.

La “simple” tala de un árbol por un acto humano nos permite formular este tipo de interrogante. En el caso que nos ocupa *-sobre contaminación de petróleo-*, se puede arraigar el problema de una manera más sistemática: Un operador, en concreto, la compañía “Chevron-texaco”, ha dañado el ambiente *-en sentido amplio- (varios recursos bióticos como la flora, fauna, agua, suelo y los propios habitantes del lugar; así como recursos abióticos, incluyendo el elemento cultural que particulariza a sus habitantes, se han visto afectados)*, pero ligado a éste, se han presentado otros daños que se han inmiscuido en la esfera individual de los habitantes de la zona amazónica *(salud, integridad física y actividades cotidianas y propias de supervivencia como la caza y la pesca, entre otros)*. Concretamente, estamos entonces ante la dualidad de daños ambientales que la doctrina española clasifica:

¹²⁴¹ Veáse, SSUCPS. Considerando Séptimo, foja 86. “Considerando que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen actividades de alto riesgo se impuso la necesidad de aplicar este nuevo tipo de responsabilidad, ya que el criterio de la simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impotente, pues el dueño de una explotación (empresa de ferrocarriles, automóviles, fábricas, etc.) bien podría demostrar que ha puesto los cuidados del caso para evitar accidentes y que éstos sean realizados a pesar de todas las previsiones tomadas razón por la cual el demandado sólo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño (fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima, ya que la ausencia de culpa no exonera de responsabilidad al dueño de la explotación, pues como ha quedado explicado, el régimen favorece a la víctima del daño pues solamente debe probar el daño y el consiguiente nexo de causalidad para que prospere su acción indemnizatoria”.

a) Daños ocasionados en la esfera individual de unos determinados individuos (*los indígenas de la Amazonía*), quienes se han visto afectados en sus intereses individuales y también en la esfera de sus derechos subjetivos, incluyendo el factor cultural. Hablamos entonces, de “*daños personales ambientales*”.

b) Daños de carácter colectivo, que a *contrariu sensu*, no se proyectan ni se ven reflejados en su esfera individual, sino que radican en lesiones graves sobre el ambiente en sí mismo considerado. Se trata entonces, de un “*daño ecológico puro*”.

Es un caso de “*daño ambiental*”, que por un lado, no deja de ser un daño ecológico “*puro*”; y por otro, no se excluyen los “*daños tradicionales*”. Estos último están pegados a aquel simultáneamente. Es el supuesto de hecho que ni la Directiva 2004/35/CE ni la LRM lo han contemplado a lo largo de su desarrollo normativo. Mejor dicho, lo que han hecho, es excluirlo expresamente, desde su exposición de motivos hasta lograr su inserción dentro de su propio articulado (*preámbulo III y artículo 5.1 LRM y Considerando 14 Directiva 2004/35/CE*); disponiendo su no aplicación/protección respecto de los daños que sufran los particulares. No obstante, la determinación del régimen aplicable -*el ambiental o el civil*-, ciertamente, está ligado al ánimo del juzgador; dependerá de él para resolver cualquier caso, mediante un juicio de valor respecto de los dos sistemas jurídicos, optando por el más “*eficaz*”. El será quien resuelva *¿Cuál de los mecanismos jurídicos debería, en definitiva, aplicarse a dicho hecho dañoso o a los nuevos casos con esta misma esencia y gravedad?* Una pronta y fácil respuesta, sería decir que acudir a la vía civil para el supuestos a) y a la administrativa-ambiental para el supuesto b) dotaría de solución al caso “*Chevron-Texaco*”. La problemática que se presenta no sólo versa sobre aquellos casos en los que los bienes demaniales cuentan con un título jurídico privado. Va más allá de aquello, tal como a continuación lo vamos a exponer.

Ya habíamos destacado que el “*daño ecológico puro*” afecta a un bien común: *El Ambiente*. Es un bien que tiene un dueño no privado, pertenece al público, es decir a la generalidad/colectividad y ha llegado a convertirse además, en el interés y preocupación central del Derecho Ambiental (*predominio del carácter colectivo*

del daño), pues con una conservación adecuada de éste, se podría garantizar una utilización sostenible de todos sus recursos naturales; sostén de la vida misma. Es una concepción totalmente opuesta a la de los daños puramente individuales *-que dañan intereses netamente privados-*. Sobre esta base, doctrinariamente, ha surgido un gran debate en cuanto a si los daños tradicionales deberían estar incluidos o totalmente excluidos del régimen de responsabilidad ambiental previsto por la Directiva 2004/35/CE y la LRM. No existe unanimidad en la toma de posiciones, afirmativas o negativas. Si los “*daños ambientales*” no se bifurcarían de la forma dual como la doctrina mayoritaria los ha llegado a clasificar, tal vez no existiría este planteamiento y podríamos pensar que estaríamos ante un “*daño ambiental ecológico puro*”, sin más. No obstante, siempre vamos a tropezarnos con el instituto tradicional, rector en materia de daños.

En efecto, en virtud del propio carácter colectivo del daño, es que muchos autores han exteriorizado su desacuerdo respecto de la incógnita traída a colación. Ruda González,¹²⁴² considera que la protección del ambiente no le corresponde al ámbito privado, ya que sería “*una especie de perversión de la naturaleza y funciones del Derecho Civil, cuya pureza como instrumento de tutela de intereses individuales convendría preservar a toda costa*”. De manera tajante, afirma que el orden civil, no tiene nada que ver con el ambiente como tal y cualquier daño que pudiese recaer sobre él es “*feudo del Derecho Público*”, pues está ausente algún interés individual protegido jurídicamente o un derecho privado sobre un bien ambiental, tornando impróspera cualquier pretensión de responsabilidad civil.¹²⁴³

Esteve Pardo,¹²⁴⁴ argumenta que lo que caracteriza al “*daño ambiental*” es que se trata de un daño sin víctimas; las víctimas serían los recursos naturales, lo cual hace que esta materia se aleje también de los esquemas conceptuales de la responsabilidad civil,

¹²⁴² Sobre le carácter colectivo del daño, veáse, Albert Ruda González, *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, primera edición (Navarra: Aranzadi S.A., 2008), 75-89.

¹²⁴³ *Ibíd.*, 79 - 80.

¹²⁴⁴ Cf. Esteve Pardo, *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*, 10, 41 y 48.

primando la prevención y reparación del daño sobre la imputación de responsabilidades.

La opinión del Tribunal Supremo *-que no podría faltar-*, entre las más variadas razones, va de la mano de la posición más común y la más sembrada en el campo dogmático, en el sentido de que el interés en la protección del ambiente es un interés público, cuya tutela no corresponde al Derecho Privado, sino que cae por su propia naturaleza fuera de su dominio; es irrelevante para su campo de acción y pertenecería al campo del Derecho Público.¹²⁴⁵

Cabanilla Sánchez,¹²⁴⁶ ha adoptado más bien una posición tendiente a que se debería empezar a descartar que el Derecho Civil no tutela intereses colectivos, sino que sólo precautela los privados. Sobre este fundamento, explica que algunos ordenamientos han introducido normas civiles tendientes a proteger el ambiente, como aquellas normas tendientes a proteger al consumidor o el régimen civil de arrendamiento urbanos.¹²⁴⁷

Sin embargo, aún está latente otro interrogante que debemos resolver y que íntimamente estaría ligado a todo lo hasta aquí afirmado: ***¿Por qué, sólo determinados daños ambientales pueden tener jurídicamente una repercusión humana?*** Recurrimos a la exposición del profesor Betancor,¹²⁴⁸ quien explica esta situación de manera muy prolija y clara:

- a) No se puede aseverar dicha situación (*la individualización y separación de los daños en orden a las materias, en civil y ambiental*) de manera afirmativa tan tajantemente. No resulta lógico, pues pertenecemos y dependemos de la Naturaleza *-sustento de la vida humana-*, por ende, todo lo que a ella le acontezca, en algún momento, trascenderá y causará efectos *-más negativos que positivos al menos en caso de un daño, no una simple alteración-* en nuestra esfera de derechos. Entonces, no sólo ciertos daños repercutirán

¹²⁴⁵ Ruda González, *El Daño Ecológico...*, 78-80.

¹²⁴⁶ Cabanillas Sánchez, «La responsabilidad civil por inmisiones y daños ambientales», 10-11.

¹²⁴⁷ Vid., Ruda González, *El Daño Ecológico...*, 87-88.

¹²⁴⁸ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 66-67.

sobre los seres humanos, sino que **“Todos los daños ambientales son humanos”**.

- b) La relación entre los seres humanos y la Naturaleza se juridifica no solamente por contar con un título de derechos sino en razón de deberes; desde el deber y la responsabilidad para con la Naturaleza, hasta el deber y la responsabilidad para con la generaciones futuras. Entonces, el “*daño ambiental*”, es fruto del incumplimiento del deber de cuidado y de la responsabilidad, razón por la cual el Derecho reacciona imponiendo una sanción y buscando su reparación (*artículo 45.3 CE*), por la violación de lo dispuesto en el apartado anterior (*45.2 CE*), en el cual la Constitución impone un deber dirigido a todos (*no sólo a los poderes públicos*) de utilizar racionalmente los recursos naturales.¹²⁴⁹
- c) Esta visión eco-humanista enfoca la pertenencia y dependencia de los seres humanos de la Naturaleza, lo cual debe ir acompañado de su deber de conservación, porque los daños sufridos por la Naturaleza presuponen su incumplimiento y ante ello, el derecho ha de reaccionar.
- d) En consecuencia, la distinción entre daños ambientales “*personales*” y “*puros*” debería desaparecer. Esta afirmación, que es la que nosotros también defendemos, se apoya en lo que este profesor afirma: “*todos los daños son personales porque afectan no a la esfera de derechos de un sujeto, sino, en última instancia, a la de sus deberes*”.

Valencia Martí,¹²⁵⁰ acorde con nuestro planteamiento, también esbozó un interrogante que hemos traído a colación, ya que nos ayudará a dotar de una solución al caso que ha latido en todo este trabajo. El profesor se preguntaba “*¿Por qué, si la responsabilidad medioambiental no es sino una especie de la responsabilidad civil extracontractual, no puede ser abordada sin más con los mismos instrumentos jurídicos que ésta (en el caso del Derecho español, fundamentalmente, a partir del artículo 1902 CC), y necesita, al*

¹²⁴⁹ *Ibíd.*, 66-67.

¹²⁵⁰ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 8-9.

menos parcialmente, una regulación especial?” Ajustó su respuesta a las características propias del daño ambiental en sentido estricto. Le resultó lógico estos, pues a pesar de lo mucho que se ha escrito sobre las singularidades del “*daño ambiental*”, las características que éste presenta son muy diferentes del “*daño tradicional*”. Ha destacado que algunos daños ambientales tienen un origen difuso (*como el cambio climático al que todos contribuimos; el ejemplo prototípico, aunque no sea el único*), otros son históricos, otros se manifiestan mucho después de producido el suceso causante, permaneciendo hasta entonces latentes, etc. Lo que precisamente sucede, tal como lo ha explicado, es que *-algunos de estos supuestos más singulares de daño ambiental-*, al no ser imputables a una o varias personas determinadas, su reparación no puede obtenerse a través de la institución jurídica de la responsabilidad, sino que ha de ser procurada por otros medios. Lo que particulariza a todos los “*daños ambientales*” *-incluso si fuesen actuales e inmediatos-*, es que comportan dos rasgos o especialidades particulares e indiscutibles que exigen la aplicación de un tratamiento jurídico distinto; un mecanismo jurídico singular y diferente al que la clásica regulación civilista de la responsabilidad extracontractual (*artículo 1902 CC*) ofrece, a menos que se hiciera una interpretación evolutiva de ella, adaptada a las singularidades del caso, aunque ha destacado que en el Derecho español no se ha producido y va a ser ya innecesaria. Siempre va ser un daño colectivo y no admite otra clase de reparación que no sea la reparación “*in natura*”. En efecto, ha concluido que el daño ambiental es un daño sufrido por todos (*cuyo sujeto pasivo somos todos*), el cual afecta a “*intereses difusos*”, aunque de manera más simple, es el que afecta al interés general.¹²⁵¹

El carácter colectivo que denota un daño ambiental, tal como expone el docto maestro, también se debe a que muchos de los recursos naturales que componen el ambiente no son susceptibles de estar en el tráfico jurídico, mediante algún título de apropiación. Por lo tanto, no son susceptibles de ser configurados como objetos o simples cosas sobre los que puedan instarse derechos reales o establecer cualquier otra relación jurídica privada. Son inaprensibles (*así el aire libre, el clima, etc*); por eso su exclusión

¹²⁵¹ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 9-10.

del ámbito civil, por ende, no cabe indemnizarlos civilmente. Todo esto parecería obvio si los recursos naturales afectados tuviesen un “*status demanial*” (como las aguas o la ribera del mar) o se tratase de bienes “*extracomercium*” (como la flora y fauna silvestres por lo general), ya que si el bien dañado hubiese sido de titularidad pública o al menos insusceptible de apropiación privada, es evidente que los perjudicados somos todos. Sin embargo, cabe decir lo mismo, según el mismo profesor, aún cuando el daño ambiental recaiga sobre recursos naturales de titularidad privada, como en el caso de daños a la biodiversidad (*se destruye, por ejemplo, un monte de propiedad privada dentro de un espacio natural protegido*) y con mayor asiduidad, en el caso del suelo, pues este recurso natural es el arquetipo de bien susceptible de apropiación privada.

En estos casos, tal como ocurre con el caso “*Chevron - Texaco*” (con la salvedad en cuanto a la “*puridad*” que como daño refleja y que hemos expuesto en el capítulo que trata del daño ambiental) hay que distinguir dos efectos diferentes que generan este tipo de daños:

1.- Por un lado, el perjuicio económico que puede sufrir el propietario del bien (*por ejemplo, la pérdida o disminución del aprovechamiento maderero*¹²⁵² que proporciona el monte), lo que sería un “*daño tradicional*”; y,

2.- El perjuicio que nos causa a todos, la merma o privación de los servicios ambientales que proporcionaba el recurso (*el monte era, por ejemplo, uno de los pulmones de la ciudad de California en EE.UU., se ha destruido el hábitat de una especie protegida, etc.*), lo que sería el daño ambiental en sentido estricto.¹²⁵³

En ciertas ocasiones -*aunque no necesariamente*-, al reparar el daño ambiental puede quedar también reparado (*total o parcialmente*) el daño particular, sin que su distinción conceptual se vea alterada, justificando tan sólo, la previsión de mecanismos para evitar el enriquecimiento injusto del propietario o la “*prohibición de la doble recuperación de los costes*” como la

¹²⁵²

¹²⁵³ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 10-11.

normativa ambiental que venimos estudiando lo prescribe (*artículos 16.2 Directiva y 5.2 LRM*). No hay mejor argumentación más abstracta, a la que se pueda recurrir, como la cita de Victor Hugo, que algunos autores,¹²⁵⁴ la toman prestada para explicar semejante distinción en un ámbito afín, la cual versa sobre el patrimonio histórico: “*Hay dos cosas en un edificio: su uso y su belleza. Su uso pertenece al propietario, su belleza a todo el mundo. Por eso aquél no tiene derecho a su destrucción*”. Sustitúyase “*edificio*” o “*monumento*” por “*recurso natural*” (*de propiedad privada*) y “*belleza*” por “*funciones o servicios ambientales*”, y no hay mejor forma de expresar lo que se pretende.

De todo lo expuesto, parecería que la conclusión más universal a la que gran sector doctrinario ha llegado, es que la protección al ambiente y por ende, todos los daños ambientales, son de interés público, cuya tutela no corresponde al Derecho Privado, pues aquellos les resultaría totalmente irrelevante y supondría además un subterfugio de su esencia o naturaleza jurídica, pues lo que en verdad le importa es indemnizar aquellos daños que hayn repercutido en la esfera individual del ser humano.

Es verdad y hay que reconocer que en los últimos años, el Derecho comenzó a innovar nuevos caminos para ir difuminando la clasificación convencional de los “*daños ambientales*” - “*personales*” y “*puros*”. Existe una evolución con tendencia monista en cuanto a la responsabilidad ambiental que busca la integración de ambos tipos de daños. Se ha querido desvanecer esa necesidad instaurada de comprobar la vulneración de los derechos subjetivos para que el Derecho reaccione. Con esta tendencia, existiría -*por fin*- un solo “*daño ambiental*”. Se superaría la “*humanización*” -*antes referida*- de los daños para poder juridificarlo, pues todos los daños son humanos.

De hecho, en el campo internacional, son un reflejo de esta nueva tendencia algunos convenios internacionales,¹²⁵⁵ que buscaron

¹²⁵⁴ Cf. *Ibíd.*; Ramón Parada, *Derecho administrativo*, Tomo III, 11ª ed., (Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007), 247.

¹²⁵⁵ **a)** El Convenio sobre el transporte marítimo de hidrocarburo, de 29 de noviembre de 1969; **b)** El Convenio sobre el transporte de mercancías peligrosas,

proteger el ambiente. Sin embargo, más que cubrir el “*daño ecológico puro*”, lo que hacen es establecer responsabilidad por daños, pero sin proteger al ambiente entendido como un todo y como fuente de vida que garantice a las generaciones futuras. No protegen al ambiente como un propósito principal, sino que su objeto central de protección, todavía es el hombre y los daños en su esfera individual. Antropocentrismo puro. Son instrumentos que instauran no una verdadera responsabilidad ambiental, sino más bien tratan de establecer sólo una responsabilidad por daños. Lo que fuera impensable hoy en día, es que la regulación que se vaya implementando, si revelamos lo vital que representa en nuestra vida la madre Naturaleza o “*Paccha mamma*” y el ambiente como tal, no se la haga con una óptica única y exclusivamente antropocéntrica. Asimismo, existen también algunos instrumentos internacionales, como las Convenciones de la OMI (*Organización Marítima Internacional*) que tampoco contemplan en su normativa al “*daño ecológico puro*” de forma completa, en el sentido en el que lo venimos proponiendo y defendiendo, en tanto, consideran en algunos de ellos, sólo responsabilidad civil, quedando la protección del ambiente ajena a este campo.¹²⁵⁶

de 10 de octubre de 1989; y, c) El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 de junio de 1993.

¹²⁵⁶ Entre los Convenios más importantes de la OMI están: a) Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (*Convenio SOLAS*), 1974, enmendado; b) Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978 y por el Protocolo de 1997 (*Convenio MARPOL*); y, c) Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, en su forma enmendada, incluidas las enmiendas de 1995 y las enmiendas de Manila de 2010. Sin duda, existen otros convenios y están relacionados con la seguridad y protección marítimas y a la interfaz buque-puerto, entre los cuales destacamos, el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional de 1965, como el más antiguo, el Acuerdo de Ciudad del Cabo de 2012 sobre la implantación de las disposiciones del Protocolo de Torremolinos de 1993 relativo al Convenio internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros como el más reciente. Sin embargo, en cuanto a los Convenios relativos a la prevención de la contaminación del mar, se destacan entre otros, el Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos de 1969; Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990; Protocolo sobre cooperación, preparación y lucha contra los sucesos de contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 2000. En cuanto a materia de responsabilidad, priman ciertos Convenios sobre la responsabilidad civil e indemnizaciones, entre

Encambio, en el Derecho de la Unión Europea, el Libro Blanco¹²⁵⁷ sí que distinguió los “daños al ambiente” (*es decir, los causados a la biodiversidad y los de contaminación de lugares*) de manera conjunta con los “daños tradicionales” (*o sea, los que sufren la salud y los bienes*). Pretendió cubrir a ambos bajo un mismo sistema de responsabilidad.¹²⁵⁸ No obstante, intentando evolucionar en el campo ambiental, se pasó del Libro Blanco *-que sí regulaba los daños tradicionales-* a un régimen exclusivamente instaurado para los mal llamados “daños ambientales puros”, aunque tampoco están regulados de una manera tan específica. Es así como lo han preferido y lo han hecho tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM (*con la segmentación de recursos naturales ya explicada en*

lo cuales destacamos al Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1969; el Protocolo de 1992 del Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos; el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo de 1976; Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques de 2001, etc. Para estudiar a detalle toda la lista de Convenios de la OMI, veáse en: <http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/Default.aspx>

¹²⁵⁷ Que fue el que introdujo el cambio. Veáse, “Libro Blanco” sobre responsabilidad ambiental (*COM (2000) 66 final*), promulgado por la Comisión, el 9 de febrero de 2001.

¹²⁵⁸ Sin embargo, a pesar de la confluencia, no todos los daños ambientales estaban cubiertos. Esta pretensión integradora se sustenta en la delimitación de los daños que implica dos tipos de exclusiones: externas e internas a los daños. Respecto a las externas, el Libro Blanco afirma que “*no todas las formas de daño ambiental pueden remediarse a través de un sistema de responsabilidad. Para que éste sea efectivo; 1) tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores); 2) el daño tiene que ser concreto y cuantificable, y 3) se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores*”. En consecuencia, “*la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con actividades de determinados agentes*”. Este es el caso, como detalla el Libro Blanco, de “*los efectos sobre el cambio climático producidos por las emisiones de CO2 y otros contaminantes, la muerte del bosque como consecuencia de la lluvia ácida y la contaminación atmosférica causada por el tráfico*”. Mientras tanto, la delimitación interna se realiza en virtud de un umbral mínimo de afectación; así, “*sólo deben quedar cubiertos los daños significativos*” que sufra la biodiversidad o la “*contaminación significativa*” que afecte a determinados lugares.

su momento). Por lo tanto, parecería entonces que aquel repercutió más bien en una distorsión de contar con un régimen unificador en este campo, evitando de igual manera un resultado que permita reducir todo a una sola especie de “*daño ambiental*”, un verdadero “*daño ecológico puro*”.

Del mismo modo, el “*tort of nuisance law*” también viene a ser poco indicado para proteger directamente al ambiente por su carácter individualista. Es más un mecanismo de defensa de la propiedad inmobiliar y otros intereses sobre bienes inmuebles. Tal como ocurre con el régimen civilista español y francés (*con la doctrina de las relaciones de vecindad*). En respuesta a ello, no porque no regulen los daños ambientales tendrán que ampliar su ámbito de aplicación forzosamente, pues no fueron elaborados para dicho fin de forma específica; el legislador se encargará de crear nuevos mecanismos a través de otros instrumentos legales, netamente de carácter ambiental.

Ya nos vamos acercando a obtener una respuesta más clara. A partir de aquí, vamos a dilucidar sólo dos cuestiones extras:

- a) *¿Cuándo una acción de cualquier individuo -un acto humano- debe ser sancionado por el Derecho por haber sido la causa de un daño ambiental?*

- b) *¿Cuándo ese daño ambiental proveniente de una conducta humana -acción u omisión-, deberá ser compensado/reparado por un ordenamiento jurídico?*

Betancor,¹²⁵⁹ pone énfasis en el aspecto ligado con la compensación del daño. Afianza el hecho de que la mayoría de los sistemas jurídicos rechacen la compensación del “*daño ambiental puro*” (o *ecológico*) mediante el mecanismo clásico de la responsabilidad civil,¹²⁶⁰ porque no encaja en él. Esto le resulta coherente por la “*imagen*” que los sistemas tendrán respecto de la situación de los seres humanos en la Naturaleza: “*el ser humano es la medida de su entorno*”, la cual se matiza tomando en consideración dos aspectos:

¹²⁵⁹ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 66.

¹²⁶⁰ Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 64.

- a) Mediante una relación de utilidad/aprovechamiento del recurso natural con el ser humano, que es la que se juridifica. De esta manera, la utilidad gozaría de protección (*jurídica*), puesto que los daños que pueden ocasionarse al recurso natural perjudican ese aprovechamiento y, por ende, al derecho que le inviste a un individuo sobre tal aprovechamiento.

- b) Porque exista una amenaza a la salud. Dicho de otro modo, la Naturaleza es fuente de vida, pero si sufre daños, éstos pueden acarrear enfermedades, molestias o contrariedades. De esta manera, la contaminación del agua o del aire se juridificará en el momento en que la salud de las personas se vea afectada. En este caso, la conexión no proviene del aprovechamiento, sino de la amenaza a la salud.

Como podemos ver, en ambos casos, el daño se juridifica sin considerar en ningún momento los daños ocasionados sobre los recursos naturales o las amenazas que éstos hayan podido sufrir. La juridificación en definitiva, deviene del carácter patrimonial o personal (*o ambos*) que reviste a dichos bienes naturales o como en el segundo caso, luego de verificar que la salud de las personas ha sido afectada (*vulneración de un derecho subjetivo*).

Ciertamente, el daño cubierto es el daño identificable (*en cuanto a su responsable, a su materialidad, a su condición de efecto de una causa asociada a un responsable*), siempre y cuando haya ocasionado efectos “*adversos y significativos*”. Sin embargo, como lo mencionamos en el Capítulo I, referente al “*daño ambiental*”, éste no versa sobre derechos subjetivos -*derechos personales*- o bienes patrimoniales incluso con carácter ambiental de un titular privado (*como el suelo*).

¿Cómo un ordenamiento jurídico puede determinar la dimensión de un daño ecológico puro?, o mejor dicho, ¿Cómo va a cuantificar el posible valor ecológico de un bien dañado, con parámetros/estándares de carácter netamente individualistas? y ¿Cómo va a indemnizar las pérdidas patrimoniales?

Los daños tradicionales, es decir los individuales y/o a terceros, por regla general, son indemnizables en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, a través del mecanismo clásico de responsabilidad civil. La problemática que circunda en esta órbita, es si efectivamente, el derecho de la responsabilidad civil, cuya finalidad primordial es garantizar la compensación de un daño individual (*predominio del carácter individualista del daño*) adquiere o no pleno sentido desde un punto de vista colectivo. Si la figura más representativa es el “daño” a una “víctima individual”, quien puede además, gobernarse de forma personal o individualmente, excluye inflexiblemente al “daño ecológico puro” por no ser compatible con la naturaleza jurídica de aquel daño. Existen muchos “daños ambientales” no actuales ni inmediatos, cuyo origen, incluso, no está definido perfectamente,¹²⁶¹ lo cual no facilita en nada para que sean conectados de manera fácil y directa con el instituto de responsabilidad civil, sin que además, nada esté dicho sobre su eficacia o que la reparación del daño será garantizada. Está en tela de duda la compensación íntegra que sería lo ideal a obtenerse. En consecuencia, el daño no sería resarcible por la vía de lo civil, provocando que la eficacia del instituto de responsabilidad aquiliana quede marginada.

Es verdad que, la tendencia individualista es la que ha predominado en el ordenamiento civil español y a partir de ahí, se puede colegir claramente, que un daño, única y exclusivamente, es el que una persona causare a otra (*artículo 1902 CC*); fuente de inspiración para las demás leyes de orden civil o de materia administrativa. Por citar un ejemplo, nos podemos remitir a la ley española de residuos.¹²⁶² Paralelamente a ello, en relación con los requisitos, por la notable influencia del orden civilista francés y según lo hemos denotado al tratar en específico el daño civil, se exige que para que un daño sea resarcible, debe comportar el carácter “cierto” y “personal”. Opuestamente a ello, un daño colectivo, no puede cumplir esta finalidad, más aún considerando el carácter difuso que muchos “daños ambientales” representan. Por lo tanto, creemos

¹²⁶¹ Porque no todos los daños se presentaron inmediatamente. Son el espejo de la incertidumbre; todo lo contrario al requisito “*sine qua non*” que el instituto de responsabilidad civil exige: la certeza.

¹²⁶² Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (*BOE* núm. 96, de 22 de abril de 1998).

que no es posible ni factible que quepa en el ordenamiento civilista, ni tampoco cabe la posibilidad de que sea compensado mediante esta vía, pues dicho sistema protege a las personas en estricto sentido y trata en efecto, únicamente los “*daños individuales*”, los que cuentan a diferencia de los “*daños colectivos*”, con un precio asignado en el mercado.

Betancor,¹²⁶³ al exponer las características que asumen un particular protagonismo en cuanto a los “*daños ambientales puros*”; refugie una circunstancia: “*Los daños ambientales puros ponen en crisis las características tradicionales (jurídico-civiles) del daño y las consecuencias jurídico-civiles que le asocian*”; los *daños civiles son personales, en el sentido civilista, en cambio los ambientales puros no lo son necesariamente*”. A su modo de ver, se produce una contradicción o conflicto entre la dimensión personal de la institución jurídica de la responsabilidad civil y la colectiva del ambiente. Desde la perspectiva integradora que defiende, las características jurídicas de los daños ambientales son, por un lado, su conexión con los seres humanos y, por otro, su antijuridicidad. El derecho impone aquellos deberes y la consiguiente consecuencia reparadora. Sin embargo, este mismo profesor,¹²⁶⁴ se ha fundamentado en que hay que eludir el juicio jurídico tradicional, porque vendría a constituirse en una muralla infranqueable para la reparación íntegra de todos los daños infligidos a la Naturaleza y a los recursos naturales cuando no es posible “*afectarlos*” a los derechos patrimoniales/personales sufridos por un sujeto determinado. Aquí, surgiría el conflicto entre el objetivo constitucional (*la reparación in integrum*) y la dificultad de un medio institucional y jurídico que lo permita (*la responsabilidad civil*). El medio debe estar al servicio del objetivo, no a la inversa.

En estas misma línea, en palabras de Gomis Catalá,¹²⁶⁵ quien también defiende la unión que debe existir entre el concepto de daño ecológico y el derecho a la propiedad para poder hablar de aquél en sentido íntegro, “*no se debería excluir del concepto de daño ecológico el que afecta al medio ambiente objeto de*

¹²⁶³ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1553-1554.

¹²⁶⁴ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 68 .

¹²⁶⁵ Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 62.

propiedad”. Afirmación sobre la cual también nos apoyamos y atribuimos de acertado y oportuno el juicio de valor por él empleado, poniendo énfasis sobretodo en que, “*negar la especificidad del concepto del daño al medio ambiente (entendido en su doble acepción) y aplicar con todo rigor el mecanismo clásico de la responsabilidad civil es tanto como negar su reparación*”.

Todos los daños ambientales van a repercutir y sobretodo conllevar efectos negativos sobre los seres humanos. Ellos son las víctimas principales, aunque también los actores de dichos menoscabos. La Naturaleza es la que nos garantiza la vida, además de ser el macro bien que provea de recursos naturales a cada Estado para que éste pueda incluso mejorar y garantizar la economía de su país y mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Las órbitas que atraviesa y puede afectar un daño ambiental, va desde lo social, económico, físico, cultural hasta lo jurídico, porque de hecho también tendrá consecuencias en la esfera de los derechos de los individuos (*reiteradamente la salud, la vida como tal*). Todo a consecuencia de la falta de racionalización de los recursos naturales. Más bien, todo por incumplir el deber de conservar o de utilizar de forma racional los recursos naturales. Por lo tanto, todos deben ser reparados. No sólo unos “*pocos*”.

Un daño ambiental que implique tanto la afección a un objeto y a un titular de unos derechos, sin duda ocasionará que la Naturaleza así como los recursos naturales *-bióticos y abióticos-*, sufran los efectos negativos de dicho hecho dañoso a causa de la ejecución de actividades peligrosas o no por parte de un sujeto/el operador (*el presunto responsable*). Sin embargo, para determinar que se trata de un daño jurídico-ambiental se ha de resolver una problemática relativa a la conexión entre el daño “*objetivo*” y “*subjetivo*”, que recae sobre las víctimas (*los dañados*). Esta conexión, se traduce en la lesión directa a los derechos de apropiación y de uso de los recursos referidos, por ende, se pretenderá la gravedad del daño y valorar los daños y pérdidas sufridas por la víctima, lo cual de alguna manera se equipararía a los daños que activan el mecanismos de la responsabilidad civil. Si se logra verificar que existe un “*dueño*”, un titular del bien/recurso perjudicado, se puede decifrar quién es el perjudicado y los servicios menoscabados por el daño. Sin embargo, si el título se va “*desmaterializando*”, como ocurre

con los recursos bióticos, es más dificultoso -*aunque no imposible*- identificar al perjudicado, la significatividad y mensurabilidad del daño. El derecho del que todos los ciudadanos gozan para “*usar*” ciertos recursos exentos de un título jurídico de apropiación -*pública o privada*-, se debe a que son objetos de protección jurídica por parte de la Administración; es la que garantiza ese uso. El derecho a “*usar*” un recurso natural, es el derecho público subjetivo que nace en virtud del derecho a exigir a la Administración la protección del recurso, ya que es a ella a la que el Derecho ha encomendado la tutela del recurso. La conexión jurídica nace gracias a dicha intermediación de la Administración. De hecho, sobre la base de estos aspectos, se habla incluso de “*Patrimonio Natural*”; razonamiento válido también para la Naturaleza como un todo sistémico. No hay apropiación, pero sí un uso gracias a aquella tutela. La intermediación de la Administración, permite que se de forma simultánea la protección de un bien “*colectivo*” objeto de uso también colectivo. El derecho al uso del recurso/Naturaleza es suficiente para exigir la reparación de los recursos dañados y, por supuesto, el derecho correspondiente.¹²⁶⁶

Estos cimientos dogmáticos permitirían superar el desafío jurídico de que si bien los usos son derechos de los ciudadanos, el daño que suponga una pérdida no es susceptible de indemnización. Todos tenemos derecho a usar/consumir ciertos bienes naturales demanializados (*por ejemplo la costa y el agua*), siempre que no se impida el uso/disfrute de otra persona, pero si la contaminación priva ese derecho, esta privación también debe ser objeto de reparación/compensación. Ante los recursos/Naturaleza sin “*dueño*”, la Administración Pública, como sujeto tutelante de los recursos naturales, es la que deberá garantizar que el derecho al uso/a la protección, garantice también la reparación de este derecho cuando se vea alterado (*por un menoscabo/perjuicio*). En definitiva, esta intermediación permite conectar la esfera de derechos de una persona y los bienes ambientales, de tal manera que cuando surjan daños sobre éstos y se proyecten sobre aquella, se pueda exigir y obtener la respectiva compensación/reparación, que garantizará además, el cumplimiento al principio constitucional de la “*restitutio in integrum*”.¹²⁶⁷ En el caso “*Chevron-Texaco*”, todos estos aspectos

¹²⁶⁶ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 72-73.

¹²⁶⁷ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 73-74.

polémicos y de índole dogmático: la “*humanización*” del daño, la no titularidad de los recursos naturales y lo de “*Patrimonio Cultural de la Humanidad*”, están sumamente latentes.

Como ya hemos dicho, no surge jurídicamente la humanización de los daños ambientales a la que nos hemos referido, sólo porque un titular de derechos se vio vulnerado como consecuencia de un daño ambiental. Los daños ambientales son “*humanizados*”, en sentido jurídico, en doble dirección, i) porque son producidos por los seres humanos; y porque además, ellos se convierten en ii) las víctimas que soportan esos daños *-directa o indirectamente-*.¹²⁶⁸ Resulta ser entonces, todo lo contrario a lo que una respuesta antropocéntrica aportaría, pues bajo esta perspectiva, los “*daños ambientales puros*” no encuentran ni encontrarán una solución reparadora.¹²⁶⁹ En definitiva, no hay que humanizar el daño para juridificarlo. El daño ambiental en sí mismo, es un DAÑO HUMANO.

Lastimosamente, el legislador español no ha querido y ha perdido la gran oportunidad de aprobar una norma integral de responsabilidad ambiental que abarque ambos regímenes en los que se fraccionan los “*daños ambientales*”. *¿Por qué le fue tan dificultoso incluir los daños tradicionales surgidos del “daño ambiental” en una norma general como un verdadero “daño ecológico puro”?* Una única disposición bastaba para cumplir con una mejor técnica legislativa que además pudo actuar como un “*antígeno*”,¹²⁷⁰ colaborando a la hermeneútica y a la seguridad jurídica. Ante tanta dispersión que engloba la normativa-ambiental, el legislador español las pudo congregar; pero no apostó por esa opción; favoreció má bien, a que la dispersión del régimen jurídico-ambiental continúe. De hecho, con la promulgación de nuevas normas, a pesar de que sus propósitos vayan dirigidos en pro del ambiente y de las generaciones futuras, desfavorecerá a la seguridad jurídica, en tanto no existe una normativa unificada que rija la materia y a la cual sujetarse, sobretudo en los casos de tipo ambiental que incluyen daños con la “*dimensión unitaria*” que hemos señalado y que el

¹²⁶⁸ Ibí 56.

¹²⁶⁹ Ver más sobre el carácter irreparable del daño en Ruda González, *El daño...*, 164 - 167.

¹²⁷⁰ Diccionario RAE, “*antígeno*”: 1.M. Biol. *Sustancia que, introducida en un organismo animal, da lugar a reacciones de defensa, tales como la formación de anticuerpos*”.

caso “*Chervon - Texaco*” la enfoca. A todo esto, acompañará el efecto-riesgo, de que ésta sea desconocida y esté tan distante de los particulares que puedan verse plenamente afectados, lo cual interrumpiría que el principio general ambiental “*Contaminador - Pagador*” opere efectivamente en el mundo material; sólo por desconocimiento y por la no oportuna intervención del legislador.¹²⁷¹

Como hemos denotado, el daño ambiental es humano, principalmente porque quien se verá afectado siempre, será el ser humano. Sin embargo, los mecanismos jurídicos utilizados en la mayoría de sistemas jurídicos, varían en función del título jurídico de “*apropiación del bien*”. A partir de aquí, se podrían distinguir tres grupos de bienes:¹²⁷²

a) Bienes-objeto de apropiación privada, que cuentan con un título de propiedad. Aquí entraría el suelo.

b) Bienes-objeto de apropiación colectiva (*demanial*), en virtud de un título de dominio público. Son bienes de este tipo, el agua, el mar y la costa.

c) Bienes-no objeto de apropiación privada ni colectiva/pública, PERO que sí gozan de **protección pública**. El aire, la atmósfera y los recursos bióticos que son de uso común, como los seres vivos no apropiables, es decir de uso no consuntivo, mediante la caza o la extracción.

El caso “*Chevron - Texaco*”, escenifica aún más todo lo manifestado. Una compañía operada por seres humanos, que causó al mismo tiempo, daños no sólo en el ambiente sino sobre derechos, bienes ambientales y personales de los habitantes de una zona demográfica en particular, conectados con la Naturaleza sin ningún título jurídico sino mediante una vía natural de interdependencia para justificar su vida misma y su “*sumak kausay*”. Tal como hemos dicho, todos los precedentes expuestos hasta aquí, han provocado un debate interesante dentro del campo doctrinario. Ya no se debería hablar sólo de daños individuales de una manera aislada,

¹²⁷¹ En sentido parecido, García Amez, *Responsabilidad...*, 95.

¹²⁷² Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 69.

sino que existe ahora un daño colectivo e individual también de manera conjunta. En el caso que nos ocupa, se da efectivamente una simbiosis de la clasificación más usual de “*daños ambientales*” a la que tanto la doctrina ha referido.

En cuanto a los dos primeros tipos de bienes antes referidos, éstos guardan una conexión DIRECTA en razón del título jurídico de apropiación, que los vinculan/conectan con la esfera jurídica de una persona. En el tercer caso, los bienes carecen de un título jurídico. Sin embargo, aquí la conexión no se prescinde; existe una conexión INDIRECTA, que surge porque la inserción en la esfera jurídica de los ciudadanos, es producto del efecto reflejo de la protección pública, cuya finalidad es garantizar la “*usabilidad*”, es decir, hacer posible la puesta en disposición del recurso a los ciudadanos para su uso/disfrute (*como la atmósfera o recursos bióticos no apropiables*). La protección a los recursos naturales, necesariamente, es para asegurar que puedan ser usados/disfrutados por la colectividad -*por todos los individuos*-.

En efecto, esta clasificación derivada de un criterio jurídico, en virtud de la cual lo que destaca es precisamente cómo el criterio de “*apropiación/uso*” prima, aunque no es un óbice para demostrar también, que existen ciertos “*recursos naturales*” que aunque no cumplan con ese criterio, son bienes susceptibles de protección pública (*la atmósfera o los recursos bióticos no apropiables como habíamos dicho por lo general la flora y la fauna*). En este caso la “*conexión*” es indirecta, puesto que la finalidad primaria es la usabilidad más que su protección en tanto de Naturaleza se trata (*tanto en su visión conjunta o como ecosistemas naturales -selvas, desiertos, bosques, etc.-*). Este “*objeto*”-“*no objeto*”, como lo califica el profesor Betancor,¹²⁷³ trasciende los límites institucionales de índole privatista del Derecho,¹²⁷⁴ pues en su

¹²⁷³ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 69-70.

¹²⁷⁴ La Naturaleza ha llegado a ser considerada incluso como Patrimonio Común de la Humanidad, o más genéricamente, sólo como patrimonio, para de esta manera incorporarla en el campo jurídico (Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 70.), a pesar de que esta calificación plantea problemas jurídicos respecto de la Naturaleza como bien jurídico (vid., Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 686-723). Este planteamiento tiene su reflejo normativo tanto en el Derecho Internacional como interno. La Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, de 13 de diciembre, define al **Patrimonio Natural**, como el

totalidad representa el sostén de la vida. No se concreta en algo específico; pues lo es todo. El profesor en referencia, ha formulado incluso una pregunta al respecto: “¿Cómo entender jurídicamente aquello que no se puede apropiarse, pero que lo “apropiamos” para hacer viable la vida?” Focaliza su respuesta en la paradoja de lo considerado inespecífico, pero esencial para la vida. Explica como el Derecho, por un lado, incorpora completamente a unos bienes-recursos naturales, bien a través de la apropiación *-mediante la titularidad pública o privada-*, o bien, mediante la protección pública y su efecto reflejo en la esfera jurídica privada de los individuos; y por otro, en cuanto al conjunto de recursos *-bióticos (organismos vivos) y abióticos (el medio y sus influencias)-*, entendido como Naturaleza o ecosistema *-visión macro o micro-*, escapan del Derecho, porque no cabe su apropiación por medio de ningún título jurídico, ni el de la soberanía y peor bajo el de la propiedad. Únicamente, es factible su protección a través de los recursos naturales; pues son las partes que lo componen. Sobre esta base, descansan los intentos de juridificarla a través de la institución del patrimonio común. Es la demostración fehaciente de la incompatibilidad de lo uno con lo otro; la falta de acople.

Paralelamente a esto, Pedraza,¹²⁷⁵ resalta que entre los recursos contemplados por la normativa de responsabilidad ambiental española, si bien existen unos que están sujetos al régimen de dominio público, como sucede con las aguas y costas; mientras que otros, como el suelo, pueden ser de titularidad privada. Sin embargo, lo que se debe tener presente es que, como manifiesta la profesora, la finalidad es proteger al ambiente de las posibles

“conjunto de bienes y recursos de la naturaleza fuente de diversidad biológica y geológica, que tienen un valor relevante medioambiental, paisajístico, científico o cultural” (artículo 3.27). Más adelante, entre sus definiciones permite su distinción respecto de los **recursos naturales**, a los cuales los define como *“todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial, tales como: el paisaje natural, las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegética y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables” (artículo 3.30).*

¹²⁷⁵ Pedraza, *La responsabilidad...*, 82-83.

agresiones a las que pueda encontrarse sometido, independientemente de la titularidad que cada recurso ostente, la cual deberá quedar ajena a cualquier clase de responsabilidad y al sistema de prevención o recuperación que deba ser aplicado.

En efecto, del contenido normativo de la LRM, que si bien no ampara el ejercicio de acciones legales por lesiones causadas a las personas, daños a la propiedad privada, ninguna pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños u otros daños patrimoniales que no tengan la condición de “*daños ambientales*”, así sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad ambiental; en cuyo caso “*tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación*” (artículo 5.1 LRM), no quedarían algunos “*daños tradicionales*” excluidos. La misma norma establece que “*Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación*”. Volvemos al ejemplo del supuesto de daño que implique la contaminación del suelo de una propiedad privada, éstos quedarían incluidos, pero eso sí, con una peculiaridad; la única persona legitimada para reclamar será la autoridad pública. El propósito de ello, es evitar que los sujetos particulares afectados puedan adquirir un determinado poder de disposición sobre recursos privados que sean de interés general. No aludimos a la Directiva 2004/35/CE en este caso, pues no aclara como si lo hace expresamente la LRM (*en el artículo antes citado*), respecto de que los particulares preservan las acciones que la legislación de responsabilidad civil prevé. En Italia, el ambiente tiene carácter público y aunque el Estado puede reclamar por daños a bienes privados que forman parte del ambiente y que están administrados por aquel, también se ha reconocido la legitimación activa a los particulares, para que puedan interponer un reclamo mediante las vías ordinarias del Derecho Civil.¹²⁷⁶

Los daños, entendidos como un menoscabo y pérdida de utilidad/servicio/aprovechamiento de los recursos naturales que éstos prestan, considerando que deben incluir esa doble perspectiva de afectación de un objeto y a un sujeto titular de unos derechos para establecer responsabilidad ambiental, nos permiten determinar cómo el caso que nos ocupa *NO* se alinea perfectamente a esta perspectiva. La razón radica en la falta de título jurídico que

¹²⁷⁶ Vid., *El daño...*, 145-146.

justifique o delimite la propiedad tal como la Corte Provincial de Sucumbíos lo denotó en la sentencia que emitió. Ni siquiera entramos en conflicto con la titularidad ancestral de tierras que se reconoció luego de que el caso se haya iniciado, a pesar de que impidió que la Corte hablase de pérdida de tierras, sino sólo de un detrimento patrimonial. En el caso “*Chevron-Texaco*”, no sólo se vieron inminscuidos ambos tipos de daños (*ambientales y personales*), además otros componentes de índole cultural ligado con las tierras (*como fue el desplazamientos forzado de las tribus indígenas*). En todo caso, todos los daños, fueron producto directo de la falta de previsión y de conservación sostenible de los recursos naturales presentes en la Amazonía ecuatoriana por parte de la compañía petrolera en el área de la concesión para que se lleve a cabo la extracción de petróleo (*deber que si nos remitimos a la Constitución española está plenamente instaurado en ella y se lo exige a través del artículo 45.1*).

Creemos que este caso, nos permite demostrar de manera tan cierta aunque catastrófica, la transgresión no sólo de la Naturaleza en su conjunto y de todos los ecosistemas de la Amazonía, sino también, la afección a un pueblo que vive de ella precisamente en un estado y modo netamente NATURAL. La conexión aquí es DIRECTA, pero SIN TÍTULO alguno que juridique el daño. Creemos que basta con saber de los hechos ocurridos, para afirmar su falta de necesidad. Además, la repercusión que este daño trae consigo a todos los seres humanos y por ende, a las generaciones futuras, deja fuera cualquier duda de que i) todos dependemos de la Naturaleza como fuente de vida y por ende, ii) todo daño ambiental tendrá repercusión humana, sin que sea necesario iii) juridificarlo a título de derechos, sino más bien, de deberes con la Naturaleza y con las generaciones futuras, traducidos en iv) el deber de prevención y de racionalización de los recursos naturales.

Hablamos entonces, de un único daño, un daño tan humano como ambiental. No se requiere establecer una relación directa ni indirecta con los derechos subjetivos que fueron vulnerados para que el Derecho opere, porque su pureza no depende de la afección sólo de los bienes naturales aisladamente de las lesiones que los individuos han sufrido o podrían sufrir a consecuencia del mismo hecho dañoso (*los cuales desembocarían en responsabilidad civil si nos ceñimos a los términos previstos por el artículo 5 de la LRM*).

Es puro este daño ambiental, porque la Naturaleza y las víctimas, vienen a depender el uno del otro. Ya no serían sólo víctimas *-en el sentido metafórico que se lo usaba-* los recursos naturales; son víctimas también, en el caso que estudiamos, los indígenas que dependen de modo tan directo de este magestuoso bien, lo cual nos permite demostrar lo que un representa un “*daño ecológico puro*” en esencia. Ambos representan ese todo sistémico (*el ambiente*). La Naturaleza les da lo que ellos necesitan y ellos le cuidan de manera proporcional. Dependen de ella directamente como medio de supervivencia y desarrollo.

La Constitución ecuatoriana ha instaurado un régimen especial para la Amazonía (*aunque en la época de la Concesión este status legal no existía aún*). Ha ordenado que se precautele y se reconozca a este grupo humano de manera distinta porque de aquella viven y de aquella depende su “*sumak kausay*”. No hay mejor buen vivir, que ese estado puro que conecta lo natural con lo humano de manera tan racional como lo demuestran quienes habitan en ese espacio terrestre. El caso representa la humanización que trae consigo el “*daño ecológico puro*”, aunque haya sido letal, y lo hace además en tres dimensiones:

- a) Es provocado por un acto humano.
- b) Está afectada la Naturaleza.
- c) Están afectados quienes viven de la Naturaleza, los indígenas y en verdad todos los seres humanos por la función que ésta desempeña para el Ambiente (*incluso a nivel mundial*).

No existe ningún título jurídico, porque los bienes son de “*todos*”. Esto no quiere decir que no se vean afectados el resto de ciudadanos del país y por qué no el resto del mundo. Una vez más, todos los humanos somos víctimas de este tipo de daños. Esta es su verdadera “*humanización*” y aún sin detenernos a analizar a fondo las funciones ecológicas y vitales que desempeña la Amazonía en el mundo (*regulador del clima, productor de oxígeno, regulador de dióxido de carbono, colaborador de la circulación de agua dulce, etc.*). Esto es lo que el caso “*Chevron-Texaco*” representa. En esencia, es el mejor ejemplo de lo que por “*puridad*” de un “*daño ecológico*” deberíamos comprender.

Todo ello, incluso a pesar de contar con un contrato de concesión, que si nos sujetamos a la Directiva 2004/35/CE y la LRM, estaríamos ante una causa de exclusión de responsabilidad, que no compartimos por cierto.

Con base en los dos parámetros del daño ambiental en tanto daño humano que es (*por ser producto de una conducta humana; y porque las personas se convierten en las propias víctimas*), ya podemos colegir y afirmar que el error dogmático de los daños ecológicos “*puros*” precisamente radica en su misma pureza. Si afirmamos que ciertos daños existen jurídicamente, disociados de los seres humanos, los estamos ya condenando a la inexistencia. Separarlos (*el daño de una persona*), sería esquizofrénico. El Derecho, se fundamenta en la misma humanidad de los hechos objeto de regulación. De hecho, la presencia de los seres humanos en los “*daños ambientales puros*” no ha desaparecido; está presente, pero no de la manera en comparación con los “*personales*”. No existe ningún derecho patrimonial (*como la propiedad*), ni un derecho personal (*como la vida, la integridad física o la salud*) ni tampoco está presente sólo un individuo, sino todos, ya que se trata de la Naturaleza como totalidad sistémica o como ecosistemas; ambos indispensables para el desarrollo y sostenimiento de la vida de los seres humanos. El elemento cardinal aquí, sería la “*usabilidad*” de la Naturaleza/recursos naturales, la cual se garantiza mediante un título de apropiación (*propiedad/dominio público*) o de disfrute (*concesión/licencia*), o sin título alguno, ya que es el efecto reflejo de la protección jurídica que el Derecho les brinda a aquellos, en la esfera jurídica de cada individuo.¹²⁷⁷

En consideración a los dos factores anteriormente expuestos (*la usabilidad y el título patrimonial*), hay que cavilar sobre el hecho de que un recurso natural pertenezca a una determinada persona/s no equivale a reparación, es decir, nadie asegura que éste vaya a ser ciertamente reparado. Correlativamente a ello, Ruda González,¹²⁷⁸ expone que lo que un régimen puro de responsabilidad civil dejaría irresuelto algunos de estos supuestos:

¹²⁷⁷ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 68-69.

¹²⁷⁸ Ruda González, *El daño...*, 148.

- a) Los daños causados al recurso natural los pudo haber ocasionado el propio dueño privado.
- b) Que la víctima no ejercite la pretensión de responsabilidad.
- c) Que se trate de un daño puro concomitante.
- d) Que el recurso natural afectado pertenezca a varias personas.

En el caso que nos ocupa, lo que motivó a las comunidades indígenas, es su dependencia, esa conexión directa con la Naturaleza. No existían ninguna normativa que provea un mecanismo de responsabilidad ambiental como el de la Directiva 2004/35/CE y la LRM, por ende, no se regulaba este tipo de supuestos que engloban lo objetivo y lo subjetivo de un daño, lo ecológico y lo tradicional (*en sentido civilista*) de manera conjunta. Es por ello, que la Corte acudió, como única alternativa de solución, al instrumento regulador clásico de la responsabilidad civil extracontractual.

Todos los precedentes y argumentos hasta aquí presentados, además de la posición doctrinaria construida al efecto y a la cual hemos tenido que recurrir para lograr tener mayor solidez en nuestra tesis, como nos hemos propuesto, para lograr dirimir si es más viable y eficaz el sistema público o el privado para resolver este hecho dañoso o “*daño ambiental ecológico puro*” (*el caso “Chevron-Texaco”*), nos permiten corroborar y denotar lo siguiente:

- a) Ni la Directiva 2004/35/CE ni tampoco la LRM, son idóneas ni suficientes para afrontar el caso objeto de estudio.
- b) Ninguna de estas dos normas -*ni la Directiva 2004/35/CE ni la LRM*- esclarecen cómo debe coordinarse el interés general en la protección del ambiente con el interés privado del particular afectado. Si la autoridad pública que reclame podrá liquidar daños a particulares o sea si podrá reclamar la indemnización que corresponderá a los particulares afectados. Quienes arguyen a favor de la exclusión, podrían tener razón, si se piensa que la especialidad de los daños personales aparecen por una influencia que se propaga vía el ambiente. No obstante, aunque acierten por ese lado, dicho argumento resultaría deficiente para un régimen especial *ad hoc*, más aún en relación con los daños tradicionales.

c) El principio de subsidiariedad se vería vulnerado, ya que en algunos Estados de la UE si existe la regulación de los “*daños ambientales personales*” (*Alemania y Suecia que regulan reclamos sólo de particulares*¹²⁷⁹). Es por ello, que se torna redundante, recurrir al argumento de que se protege el ambiente con la finalidad de proteger bienes que están sujetos y cuentan ya con un régimen propio de protección.

d) El verdadero “*daño ecológico*” y “*puro*” es aquel que desemboca en el caso “*Chevron - Texaco*”. No cabe hablar de un daño más humano que éste.

e) Es acertado que la Directiva 2004/35/CE y la LRM se refieran al “*daño ambiental*” a secas y no al “*ecológico puro*”, porque no lo consagran de manera total.

Dicho esto, una visión antropocéntrica jamás se ajustaría a la realidad expuesta por el “*Chevron-Texaco*” o cualquier otro “*daño ecológico puro*”. Sería además, inconveniente para alcanzar el propósito fundamental del Derecho ambiental, es decir, la protección al ambiente. Es por ello, que la pertenencia y dependencia de los seres humanos a la Naturaleza nos conduce, luego de todos los argumentos jurídicos expuestos y del análisis del caso referido, los cuales ponen en crisis el orden civil, demostrando la simbiosis de los daños ambientales que la doctrina ha considerado y ha defendido, a rechazar la distinción forzosa e innecesaria entre daños ambientales “*personales*” y los “*ecológicos puros*”.

“*A viva voz*” podemos concluir entonces que, el sistema comunitario y el de la LRM no son suficientes para resolver el caso “*Chevron-Texaco*”. No se ajusta este caso a su ámbito de aplicación. No encaja en su prototipo de responsabilidad ambiental. La misma norma ambiental (*artículo 5 LRM y considerando 14 Directiva 2004/35/CE*), que a simple vista parecería ser una paradoja a aquella frase que admite que “*toda regla tiene una excepción*”; ésta no prospera respecto del marco de responsabilidad previsto en la Directiva 2004/35/CE y en la LRM. No existe tal

¹²⁷⁹ Ver más sobre cómo se ha regulado en estos países, en Ruda González, *El daño...*, 146.

paradoja y no puede resolverse el daño de la Amazonía mediante el mecanismo de responsabilidad instituido por estos instrumentos. El daño sobre la Amazonía engendra la condición simultánea de haber afectado tanto a “*bienes ambientales*”¹²⁸⁰ como a “*derechos personales*”, lo que hemos denominado un verdadero *-aunque penoso-* “*daño ecológico puro*” que no puede ser reparado de manera viable al amparo del sistema ambiental referido, pues excluye los daños sufridos por los particulares. Lo que en el caso “*Chevron-Texaco*” es imposible hacerlo por la dependencia misma que existe entre los aborígenes con la naturaleza y por ende, la conexión DIRECTA entre la esfera de sus derechos y los daños ocasionados sobre ella. En consecuencia, no se puede juridificar el daño que tratamos y en general los ambientales sólo porque éste ha representado un cambio adverso y pérdida de utilidad o funcionalidad de los servicios como la Directiva 2004/35/CE y la LRM lo exigen. El caso “*Chevron-Texaco*” simboliza un daño que más humano no puede ser, porque además de recaer sobre recursos naturales (*bienes jurídicos protegidos*), es causado por un acto humano y ha afectado a sus habitantes y a la humanidad en general *-seres humanos en definitiva-*. Es por ello, que se ha exigido y se merece su reparación y el pueblo ha interpuesto las acciones para exigirla. Plenamente, este perjuicio *-adverso, significativo y con pérdidas de utilidad-* que ha afectado a los indígenas de la Amazonía y a las personas en general, termina “*humanizándolo*”, pues “*hay un continuum indestructible que va desde la Naturaleza a los seres humanos y de éstos a aquella; el continuum de la vida, pero también, de la responsabilidad/dependencia*”.¹²⁸¹

¹²⁸⁰ Sin embargo, la Ley con el fin de evitar la doble recuperación de costes, dispone que tales perjudicados no podrán exigir reparación por los daños que se les haya irrogado en la medida en la que los mismos queden reparados por la aplicación de esta ley. Y es que ocurre que, en ocasiones, tales daños tienen la naturaleza propia de los daños medioambientales, en cuyo caso, su reparación sí puede llevarse a cabo conforme a esta ley.

¹²⁸¹ Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 56.

5. CAPÍTULO V: LA OBLIGACIÓN REPARADORA

En el momento en el que un hecho humano y profesional por desempeño de alguna actividad peligrosa o menos peligrosa (*de las incluidas o excluidas en el Anexo III de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM*),¹²⁸² produzca un daño ambiental o es capaz de representar una amenaza inminente de que éste pueda aparecer, la institución de la responsabilidad reivindica su vida jurídica y por ende, ocupa una posición imperiosa frente al daño ambiental acontecido (*se activará*). Este instituto, es aplicable a los daños ambientales y a las amenazas inminentes de que éstos puedan ocurrir. Este binomio es el que en definitiva, legitima la adopción de las medidas reparadoras y preventivas a las que refiere la normativa ambiental referida. Los daños patrimoniales están suprimidos del marco normativo que ampara la legislación de responsabilidad ambiental (*artículo 5.1 LRM*).

Toda la legislación ambiental gira alrededor del daño ambiental: su evitación, su prevención y su reparación. El Derecho es el instrumento jurídico que sirve a estos fines, los cuales además, son los que contribuyen a la articulación de la estructura que lo soporta. Es la línea de continuidad que lo une: la evitación o, en su caso, reparación del daño.

La prevención y reparación de los daños ambientales deben llevarse a cabo mediante el fomento del principio rector en materia ambiental, “*Quien contamina paga*” y coherentemente con el principio de desarrollo sostenible (*Considerando 2 Directiva 2004/35/CE*). Los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y la reparación de daños ambientales, que las previstas en la Directiva 2004/35/CE, la cual no constituye una traba para ello ni para que adopten medidas apropiadas en relación con situaciones de doble recuperación de los costes resultante de una acción concurrente proveniente de una autoridad competente y de una persona cuya propiedad se haya visto afectada por los daños, incluida la

¹²⁸² Involucran todas estas actividades responsabilidad, pero dependerá en muchos casos de la presencia o ausencia de elementos subjetivos (*dolo, culpa o negligencia*), para determinar si es o no necesario/obligatorio adoptar las medidas de reparación.

determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la Directiva y la determinación de otros responsables (*Considerando 29 y artículos 3.2 y 16 Directiva 2004/35/CE*).

Corolario de esto, a lo largo del articulado de la LRM, se ha instaurado como máximas de carácter general, que ante la producción de un daño ambiental, o ante una amenaza inminente de que se produzca, han de adoptarse las medidas apropiadas de prevención o de reparación, “*sin demora y sin necesidad de advertencia*”, de requerimiento o de acto administrativo previo (*artículo 17 y 20 LRM*). Todas estas medidas, podrán ser adoptadas por la Administración Pública, por los titulares de las industrias, por los propietarios de los terrenos afectados o por cualquier otro sujeto que pudiera deducirse de lo que la LRM dispone. En cualquier caso, este es un primer momento que la LRM advierte con el objetivo de dar una pronta respuesta y de carácter universal a todos los daños ambientales o amenazas inminentes que se produzcan.¹²⁸³

La adopción de medidas de prevención, evitación y reparación, es un deber que recae y tiene que ser cumplido en “*strictu sensu*” por un agente conocido como “*Operador*”.¹²⁸⁴

La acepción de índole general, considera que el “*daño*” en sí mismo, es el prisma para que la institución de la responsabilidad civil instaure su rol jurídico. No obstante, una de las premisas más imperantes es que no todo daño podría considerarse “*resarcible*”, pues deberá cumplir ciertos requisitos. El problema va más allá, ya que no todo daño tiene que ser resarcido exclusivamente mediante una “*indemnización*”, premisa imperativa y exclusiva del régimen civil clásico. Es el inconveniente que el “*daño ecológico puro*” debe hacer *frontis*, si una de sus especialidades radica en la no materialidad y además “*res extra commercium*”.

Hasta el momento, la idea más general que hemos apuntado es que el “*daño ecológico puro*” es irreparable por medio de la

¹²⁸³ Urrutia Garro, «La normativa ambiental», 102.

¹²⁸⁴ Para una mayor descripción de las obligaciones del “*Operador*” de conformidad con el Capítulo III de la LRM, en el que se contempla la prevención, evitación y reparación de los daños ambientales a su cargo, vid., *ibíd.*, 103.

institución jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y que el tipo de reparación que admite en razón de la naturaleza que representa sería la “*in natura*”. Es la opinión concertada por la mayoría de doctrinarios, pero que no por ello ha dejado de propiciar dudas sobre la efectividad respecto de la aplicación o no de los diferentes regímenes de responsabilidad, es decir si a la final éstos reparan o no, un “*daño ecológico puro*”. Si la reparación en especie quepase, por fortuna la institución de responsabilidad ambiental habrá cubierto con plenitud su finalidad, pero si no fuese posible (como en el caso de los daños ocasionados por los organismos genéticamente modificados (OGM) casi imposibles de reparar en especie -incluso, una restauración genética puede resultar impracticable-) porque se produjo la extinción de alguna especie, el sistema de responsabilidad ya no sería suficiente; los casos más graves quedarían excluidos del mecanismo de reparación. No se podrían reparar.

Esta situación, nos permite instaurar una clasificación dual, diríamos que existen “*daños ecológicos puros*” irreparables en especie y otros que no. La Directiva 2004/35/CE y la LRM, dejan aislada la indemnización pecuniaria, con lo cual el principio rector del Derecho Ambiental “*contaminador-pagador*” no surtiría los efectos dignos de ser cumplidos. Si la normativa de responsabilidad ambiental, especifica que la reparación de un daño consiste en la indemnización de los costes de restauración, cómo podría cubrir también a estos daños -*irreparables en especie*-. En algunos ordenamientos jurídicos como el italiano esta limitación no se plasma. De lo que se trata, es evitar que el autor del daño quede indemne. Prever la responsabilidad sólo por “*daños ecológicos puros*” reparables en especie sería una solución de mínimos, así como la adopción de medidas no equivalentes o irrazonables, resultarían todas insatisfactorias y contribuirán al resultado menos deseado -*un sujeto autor de un daño ambiental exento de responsabilidad*- y bienes naturales dañados no reparados.¹²⁸⁵ Tal vez, hubiese sido oportuno la adopción de medidas de reparación alternativas, aunque esto no significa tampoco que sea un mecanismo garantizado.

¹²⁸⁵ Ruda González, *El daño...*, 104-105.

En el ámbito jurídico, el “daño” -no sólo el ambiental- va delimitado por una de las instituciones más relevantes del Derecho. La responsabilidad. La función primordial que desempeña este instituto, ante la presencia de un daño, es lograr su reparación. Para ello, previamente, se ha de determinar *¿Cuándo, un daño será considerado susceptible de ser reparado, por el posible o identificable responsable de su producción?* La obligación de reparar las consecuencias lesivas que han vulnerado los derechos o intereses de otro individuo (*artículo 1968 CC español*), por aquel que resultase ser su responsable, viene predeterminada por el cumplimiento de un condicionamiento infalible. Los daños deben estar determinados “*ex ante*”. Tanto la efectividad de la responsabilidad como su obligación inmediata -*la de reparar-*, dependen de él. En el sistema clásico, la concreción, determinación y acreditación de los daños civiles o tradicionales, se pueden resolver con los medios usuales del Derecho. El problema, es que cuando se trata de daños ambientales, no se puede garantizar dicha preexistencia.

Para perseguir y lograr la reparación, es vital determinar además, *¿Cómo va a reparar los daños -mediante la indemnización u otro mecanismo- ese posible o identificable responsable?* Doctrinariamente, en el campo civil, se alude a tres tipos clásicos de reparación:¹²⁸⁶

- a) La reparación “*específica o in natura*”, que trata de arreglar la cosa dañada o mediante la sustitución por otra igual.
- b) Una “*indemnización por equivalente*”, es decir, mediante la entrega de la suma de dinero correspondiente al daño sufrido.
- c) La reparación en “*especie*”, a través de la entrega de bienes, cuyo valor sea equivalente al daño sufrido.

Todas estas formas de reparación buscan que la víctima regrese al estado anterior a la producción del daño, aunque puede que se requiera a veces el concurso de varias de ellas para resarcir a la víctima. Existen varios ejemplos que se podrían proponer al

¹²⁸⁶ Álvaro Luna Yerga et al., «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *Indret* 2 (2002): 2-3.

respecto, así por citar algunos, ante la inundación de un inmueble ajeno, cabría la reparación “*in natura*” (*reconstruyéndolo*), pero si operaba como un negocio comercial, además de la reconstrucción, el lucro cesante, es decir, la ganancia legítima o la utilidad económica dejados de obtener por la víctima como consecuencia del acto ilícito, deberá ser resarcido mediante la “*indemnización por equivalente*”.¹²⁸⁷ Se nos ocurre también, un choque entre vehículos, con la particularidad de que uno de ellos es un taxi. La indemnización podría consistir en reparar los daños materiales causados o comprar, en caso extremo, un auto nuevo, ante lo cual estaríamos ante la reparación “*específica o in natura*”, pero lo que el señor conductor ha dejado de percibir por estar determinado tiempo sin operar su taxi, medio de trabajo y supervivencia (*su lucro cesante*) sólo podría repararse mediante la “*indemnización por equivalente*”.

Ante el suceso de un “*daño ecológico puro*”, no cabría que éste sea compensado tampoco mediante la indemnización por sustitución; mecanismo propio del Derecho Civil. El daño ambiental sólo consiente la reparación *in natura*. Valencia Martí,¹²⁸⁸ destaca el hecho que aunque la Administración perciba una indemnización sustitutoria, ya sea que se trate solamente de daños “*irreparables*” o reparados de manera incompleta, no contribuye en nada a la reparación de un daño ambiental como habitualmente contemplaba la legislación española en la materia,¹²⁸⁹ a pesar de que posterior a la entrada en vigor de la LRM, alguna disposición aún lo prevea, máxime si no se les atribuye ningún destino finalista a tales indemnizaciones.¹²⁹⁰

Por regla general, los daños “*tradicionales*” son los únicos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos consideran como resarcibles a través de una vía pecuniaria, la indemnización. El daño a la víctima individual es el elemento clave, pues ella se puede gobernar individualmente también, lo que no sucede con el “*daño ecológico puro*”. Por lo tanto, esto equivaldría a decirse que los “*daños*

¹²⁸⁷ En sentido similar, Álvaro Luna Yerga et al., «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», 3.

¹²⁸⁸ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 4.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ *Ibid.*

ecológicos puros”, son daños que no pueden ser compensados pecuniariamente mediante la aplicación de los instrumentos legales como la Directiva 2004/35/CE y la LRM. Esta afirmación, nos obligaría en algunos casos a aplicar los mecanismos que el régimen civilista prevé, cuando hasta lo que hemos visto hasta ahora, se trata de un campo con características particulares inversamente opuestas a aquel. Paralelamente a ello, se daría paso además, a que se considere la aplicación de la regla de la “*compesatio lucri cum damno*” (cf. artículo 10:103 PETL),¹²⁹¹ cuando las “*víctimas*”, es decir, los recursos naturales, si resultasen dañados, carecen de valor económico.

Siempre se parte entonces, de la idea y la pretensión “*entusiasta*” de alcanzar una reparación “*in integrum*”. No obstante, no siempre ésta se puede lograr. Es muy difícil plasmar este fin cuando se trata de daños que no son susceptibles de ser cuantificados económicamente y de manera precisa, por no tener un precio exacto en el tráfico económico. Es lo que ocurre con los “*daños morales*”, que serían una “*excepción*” en el ámbito civil y los “*daños ambientales*”, que constituirían una “*regla*” en el campo ambiental, por ejemplo.

Ciertamente, los daños ambientales traen consigo dificultades que los daños tradicionales no presentan; son distintas y que algunos las califican incluso de “*extremas*”. Betancor,¹²⁹² denota que una de ellas, radica ciertamente en el cumplimiento del objetivo constitucional del ordenamiento jurídico español (artículo 45), que se traduce en una reparación íntegra. Esta norma además de ser imperativa y aunque parezca bastante clarificadora, es “*extrema*” según lo expone, porque i) hay daños no “*reparables*” jurídicamente, al no haber un cauce jurídico claro para lograrlo, ii) porque tales daños “*no existen*” en el mundo jurídico. Entonces, no

¹²⁹¹ “*Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of pre-venting harm*”. “*La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño*”.

¹²⁹² Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 48.

resulta nada fácil cumplir con ese mandato supremo, porque al no “*existir*” jurídicamente todos los daños, tampoco se va habilitar un mecanismo institucional que logre una reparación íntegra y completa. Tal como confronta el profesor mencionado, “*Lo que existe para la “física”, tiene, sin embargo, difícil existencia “jurídica”*”. En consecuencia, surge un conflicto entre el objetivo proveniente del principio contaminador/pagador (“*quien contamina paga*”) y el medio para lograr la restitución (*el mecanismo legal más utilizado*).

Ante la paradoja deducida, buscamos esclarecer y “*superar*”, si es que esto fuese posible, esas dificultades jurídicas “*extremas*”, que el caso Chevron-*Texaco* las engloba y las representa de manera pragmática. Lo que sí merece tener presente y que en verdad nos interesa es qué vamos a resolver, y ello se sintetiza en cuatro premisas:

- a) Existe un daño *-ambiental-* provocado por contaminación de hidrocarburos o contaminación petrolífera.
- b) El daño debe ser reparado, conforme al principio general del Derecho “*quien contamina paga*”.
- c) Su valoración/cuantificación es indispensable para poder reparar el daño.
- d) Alcanzar una reparación por substitución (*indemnización*) con la valoración

5.1 REPARACIÓN AMBIENTAL

Cuando nos referimos a reparación ambiental, lo que precisamente se quiere decir con ello, es que se pretende alcanzar una reparación *in natura*, figura idéntica a la que la corriente francesa denomina como la “*réparation en nature*”, o la que para el Código Civil italiano (1942) se conoce como “*risarcimento in forma specifica*” (*artículo 2058*), en virtud de la cual, “*la persona lesionada puede solicitar la reparación en forma específica, si es total o parcialmente posible. Sin embargo, el juez puede ordenar que la compensación se realice sólo por el equivalente, si la reparación en*

forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor".¹²⁹³ Alguna doctrina, mezclando las dos denominaciones anteriormente mencionadas, llama reparación en forma específica, terminología adoptada recientemente en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, elaborados por el European Group on Tort Law.

A partir de aquí, diremos que todo daño ambiental presenta al menos dos especialidades indiscutibles (*el carácter colectivo y la reparación "in natura"*) que requieren un tratamiento jurídico singular, distinto del que ofrece la clásica regulación civilista de la responsabilidad extracontractual (*artículo 1902 CC*). Lo que ello quiere decir es que, el daño ambiental siempre será un daño colectivo y no admite un tipo de reparación distinta a la reparación "*in natura*". El instituto de la responsabilidad civil extracontractual (*artículo 1902 CC*) admite que la reparación del daño se realice "*in natura*" o se produzca mediante una indemnización sustitutoria (*reparación por el equivalente*), porque su fin es garantizar la indemnidad patrimonial del perjudicado. Sin embargo, el daño ambiental sólo consiente (*o sólo debería consentir*) la reparación "*in natura*". El que la Administración perciba una indemnización sustitutoria, no contribuirá en lo absoluto a la reparación de un daño ambiental así sea por los daños "*irreparables*" o no completamente reparados, como la legislación española lo contemplaba anteriormente, aunque aún prevé alguna disposición posterior a la entrada en vigor de la LRM, máxime si a tales indemnizaciones no se les impone ningún destino finalista. En consecuencia, la Directiva y la LRM únicamente contemplan distintas modalidades de reparación "*in natura*" del daño ambiental, excluyendo la pura y simple indemnización sustitutoria. En definitiva, el daño ambiental sólo admite tres formas de reparación (*o una combinación de las mismas*), resultando ser todas ellas formas de reparación "*in natura*" (*Anexo II de la Directiva y de la LRM*).¹²⁹⁴

¹²⁹³ "Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".

¹²⁹⁴ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 10-11. En igual sentido, Luquin Bergareche, *Mecanismos...*, 121.

Cuando el patrimonio de un particular ha sido dañado a causa de un daño ambiental, cualquier tipo de indemnización de conformidad con lo determinado por la LRM artículo 5 está prohibida, por dos razones principales:¹²⁹⁵

- En atención al carácter colectivo del daño ecológico, que denota la carencia de sentido la posibilidad de que una persona particular pueda realizar una reclamación por daños y perjuicios.
- Desde el punto de vista económico, la reparación dineraria en materia ambiental carece de lógica, puesto que en muchos casos, no será posible lograr cuantificar determinados recursos naturales. Evidentemente, su reparación absoluta, sólo podría tener cabida a través de la reparación “*in natura*”, ayudada por el factor tiempo.

Bajo el paraguas de la normativa comunitaria -*Directiva 2004/35/CE*- y la legislación española -*LRM*-, quien debe responder por un “*daño ambiental o una amenaza inminente de éste*”, es quien lo haya causado. Es la consecuencia axiomática del principio “*Quien contamina paga*”; punto de partida de este epígrafe. Es además, el principio rector y fundamental de la Directiva 2004/35/CE, en virtud del cual se pretende que todo operador, cuya actividad haya causado daños al ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de dichos daños, sea imputado como responsable desde una óptica financiera, con la finalidad de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños ambientales (*seguros apropiados u otras formas de garantía financiera*), con lo cual también se reducirá también, su exposición a responsabilidades financieras. (*Considerandos 2 y 27 Directiva 2004/35/CE*). Efectivamente, la imputación de responsabilidad ambiental a las empresas perjudiciales para el ecosistema, incentiva la adopción de medidas que permiten reducir de forma eficiente las externalidades negativas para el ambiente.¹²⁹⁶

¹²⁹⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 200-201.

¹²⁹⁶ Álvarez Lata et al., *Lecciones de Responsabilidad Civil...*, 414-415.

Este principio, se tornará efectivo si se logra trasladar los costes emanados de la reparación de los daños ambientales, desde la colectividad social hasta los operadores económicos, por ser quienes se han beneficiado de la explotación de los recursos naturales (*Preámbulo I LRM*). No obstante, la dimensión reparadora del régimen de responsabilidad ambiental no debe minusvalorar su dimensión preventiva, pues como habíamos expuesto al analizar el principio preventivo, no hay mejor política que la que tienen a prevenir el surgimiento de cualquier daño ambiental.

Frente a ello, el axioma “*Quien contamina paga*”, traza algunos planteamientos trascendentales que deben ser resueltos: *¿A quién corresponde soportar este deber?; ¿Cómo va a instaurarse la institución de la responsabilidad ambiental para lograr que el agente causante del hecho dañoso repare el daño ambiental?; ¿Quién debe correr con estos gastos?;*

Primero que nada, relucir que la finalidad de ejecutar este principio, es que el responsable del daño ambiental, sea quien asuma el pago de dichos costes. Es lo lógico y el objetivo principal y el último de la institución de responsabilidad ambiental. Incluso la figura de “*recuperación de costes*”, creada por la LRM, que si bien cuenta con diferentes vías de acceso según las circunstancias que hayan podido concurrir, no es menos cierto que, el principal objetivo hacia el que todas apuntalan es que pague el responsable. Esto expone una clara diferencia con respecto al régimen característico de la responsabilidad civil en el que lo primero es declarar a una persona responsable de un daño para que afronte su resarcimiento. Si no se declara a ninguna persona responsable entonces el daño queda sin reparación.¹²⁹⁷

La reparación es una obligación considerada también como una manifestación o consecuencia del deber general de conservar la naturaleza, aunque sobretodo, del deber de prevenir y evitar que ésta sufra algún daño. Habíamos hecho alusión en líneas anteriores, que el deber constitucional de conservar el ambiente considera entre una de sus declaraciones el de prevenir la producción de los daños al ambiente, los cuales se producen cuando dicho deber *-es decir, el de conservación-* no ha sido tomado en consideración; ha sido

¹²⁹⁷ Esteve Pardo, *Derecho...*, 103.

violado *-por incumplir una de sus manifestaciones, sea de prevención o evitación-*, por el “Operador”. Consecuencia de ese incumplimiento, la producción de un daño ambiental se puede convertir en una realidad y cuando éste suceda, quien queda supeditado a la obligación de su reparación, debiendo además sufragar los costes que de ella se deriven (*las medidas de reparación*), cualesquiera que sea su cuantía, es el “Operador” por ser el sujeto responsable de los daños.¹²⁹⁸

A partir del incumplimiento del deber de conservación, surgen dos consecuencias.¹²⁹⁹

a) La responsabilidad en sentido estricto. Es la consecuencia más importante, pues la institución de la responsabilidad es la que engendra el deber de reparar y sufragar los costes que se deriven de dicha reparación.

b) La derivada de la potestad sancionadora. Surge una consecuencia sancionadora, aunque no necesariamente el incumplimiento del deber de conservar la naturaleza acarrea la imposición de un castigo. No es imperiosa la sanción. Este deber *-de conservar la naturaleza-*, es un deber ciudadano y el deber de prevenir es una forma de ponerlo en pie.

No obstante, el deber que soporta el “Operador”, más que un deber ciudadano, es un deber profesional, porque así expresamente lo dispone la normativa ambiental *-Directiva 2004/35/CE y LRM-*, exigiendo que sea él quien deba cumplir con este deber (*artículo 2 LRM*). Sin embargo, mientras el deber de prevención y evitación de los daños ambientales, es un deber universal que conduce a la obligación de adoptar las medidas adecuadas dirigidas a cumplir con dicho fin; el de reparar es un deber que sólo soporta el “Operador” en determinadas circunstancias. Todo “Operador” debe prevenir pero no todo “Operador” deberá reparar, aún cuando la actividad de la que es responsable haya sido la causante del daño ambiental ocasionado.¹³⁰⁰

¹²⁹⁸ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...* 423.

¹²⁹⁹ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1743-1744.

¹³⁰⁰ *Ibíd.*

La atribución de responsabilidades de conformidad con la LRM, se circunscribe a su capítulo II, en el cual se han incorporado en varios de sus artículos (*del 9 al 13*) algunas reglas al respecto. De manera específica y genérica, en el artículo 9, se atribuye responsabilidad a los operadores que desarrollen actividades profesionales o económicas, quienes tendrán la obligación de adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación y la de sufragar el coste que pueda derivarse de ellas, sin imponer el monto de su cuantía (*cualquiera que sea*), cuando así resulte como consecuencia de la aplicación de la ley (*Préambulo III LRM*), es decir, cuando hayan sido imputados como responsables de un daño o amenaza ambiental. El cumplimiento de los requisitos, condiciones o las precauciones impuestas por cualquier norma legal o reglamentaria o de los fijados en los títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para llevar a cabo una actividad económica o profesional (*autorizaciones ambientales integradas*), no exonerarán a los operadores a los que refiere el Anexo III, de la posible responsabilidad ambiental que pueda derivarse por sus acciones, sin perjuicio eso sí, de lo dispuesto por el artículo 14 sobre la inexigibilidad de la obligación de sufragar sus costes (*artículo 9.1 LRM segundo párrafo*).

Para alcanzar el éxodo a los interrogantes planteados, se ha de analizar si ha existido alguna infracción a determinada norma administrativa o si la conducta del autor del daño se deduce que fue con conocimiento y voluntad (*dolo*). La presencia de estos supuestos, nos involucra dentro del armazón administrativo o penal. No obstante, aunque el ámbito de aplicación de estos campos jurídicos está perfectamente delimitado por la normativa sectorial, podríamos estar ante la concurrencia de varios tipos de responsabilidad.¹³⁰¹ En caso de que esto ocurra, la responsabilidad establecida en la LRM es compatible con las penas o sanciones administrativas *-responsabilidad penal y administrativa-*, que puedan imponerse por idénticos hechos que hubieran originado el “*daño ambiental*”. En otras palabras, esta Ley se ocupa de los supuestos de concurrencia de responsabilidad ambiental con la responsabilidad que pueda derivarse de la comisión de infracciones

¹³⁰¹ La concurrencia de responsabilidades está contemplada en el Préambulo II y el artículo 6 de la LRM; mientras que en la Directiva 2004/35/CE no se dice nada sobre esta posibilidad.

o delitos¹³⁰² y para ello ha previsto expresamente algunas reglas de aplicación (*artículo 6*).

5.2 Obligaciones del operador y la estructura jurídica de las medidas de reparación

Lo que ha de entenderse por “*medida reparadora*” o “*medida de reparación*”, viene establecido por la propia LRM. Textualmente, éste entiende por aquella a:

“Toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el anexo II” (artículo 2.16 LRM).

Dicho de otro modo, lo que las medidas reparadoras buscan es que los recursos naturales y los servicios que éstos prestan recuperen o vuelvan a su “*estado básico*”, es decir “*aquél en que, de no haberse producido el daño ambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los servicios de recursos naturales en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible*” (*artículo 2.19 LRM*). En cuanto a la finalidad de la reparación, habrá que prestar atención a lo dispuesto por el Reglamento de Desarrollo Parcial de la LRM (*artículo 20.1 RLRM*).

¹³⁰² Esteve Pardo, *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario Sistemático*, (Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A., 2008), 39-50. El profesor en su análisis, también manifiesta que la compatibilidad establecida por la LRM, entre la responsabilidad ambiental y las sanciones administrativas o penales que puedan imponerse y define las reglas que se deberán observar en los supuestos en que concurra la tramitación de un procedimiento de los regulados en esta ley con otros que tengan por objeto la imposición de sanciones administrativas o penales. La ley garantiza en todo momento una intervención eficaz en materia de prevención con el fin de que la misma no se vea obstaculizada por condicionantes competenciales o jurisdiccionales. Además, asegura que se evite en todo caso la doble recuperación de costes y respeta en todo momento el ámbito de actuación de la potestad sancionadora de la Administración y el del poder punitivo de los tribunales.

El régimen jurídico del deber de reparar se instituye acorde con la naturaleza de las actividades causantes del daño. Está determinado por la propia legislación de responsabilidad ambiental, que además, permite diferenciar dos clases de obligaciones dependiendo del tipo de actividad que el “Operador” responsable haya realizado¹³⁰³:

- Si se trata de las actividades del Anexo III, calificadas por su peligrosidad.

- Si se trata de actividades distintas y menos peligrosas de las que el Anexo III consagra, pero que igualmente son productoras de daños.
(artículo 19 LRM)

Ambos supuestos hacen que surtan diferentes obligaciones legales para el “Operador” y a al mismo tiempo lo forzan a actuar de diferente manera en uno y otro caso. Esta situación nos obliga a perfilar dos cuestiones de suma importancia que van íntimamente ligadas con lo dicho y que surgen también en cuanto a la reparación:¹³⁰⁴

1.- La primera referente al tipo de medidas, *¿Cuáles son las medidas reparadoras que el “Operador” debe adoptar?*

2.- Atendiendo a la oportunidad de los costes, *¿Cuándo soporta el “Operador” la obligación de sufragar los costes de la reparación?*

En el primer caso -respecto a las **actividades del Anexo III**-, deberá:

- Poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente y

- Adoptar las medidas de reparación, a pesar de que no haya incurrido en su conducta dolo, culpa o negligencia, es decir, independientemente de que haya actuado mediando dichos elementos de carácter subjetivo.

(artículo 19.1 LRM).

¹³⁰³ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 202.

¹³⁰⁴ Vid., Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1766-1773.

En este supuesto, el “Operador” debe soportar todas las consecuencias que genere el daño, derivadas del desarrollo de la actividad correspondiente, porque se ve incorporado en un régimen jurídico gracias a la titularidad de las actividades calificadas jurídicamente como peligrosas, que forja a que deba asumir esta obligación, independientemente del grado de intencionalidad en la producción del daño. No existe ninguna causa de exoneración que la responsabilidad admita. Es la consecuencia del hecho objetivo de la causación del daño derivado del desarrollo de la actividad. Sin embargo, las consecuencias jurídicas de dicha responsabilidad empujan a distinguir entre el deber legal de reparar (*adoptar las medidas de reparación*) y la obligación de soportar los costes que se originen. El primero siempre deberá ser adoptado, pero la segunda, la obligación de soportar los costes, puede ser eximida si concurre alguna de las circunstancias previstas en la legislación de responsabilidad ambiental (*artículo 14 LRM*). En este caso, se puede recuperar los costes soportados, pero para ello se deberá seguir el procedimiento regulado también por la Ley (*artículo 15 LRM*).¹³⁰⁵

En el segundo caso -*ante cualquier otra actividad distinta de las del Anexo III*-, deberá al igual que en el caso anterior:

- Poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente.
- Únicamente debe adoptar las medidas de evitación.

Este supuesto envuelve un régimen jurídico más complejo. El “Operador” está exento de adoptar las medidas de reparación -*en principio*-. La responsabilidad exige la “*intencionalidad*”. Éstas sólo las deberá adoptar cuando haya mediado dolo, culpa o negligencia en su actuar. No obstante, si el “Operador” hubiese incumplido los deberes relativos a las medidas de prevención y evitación de daños, ahí sí se ve obligado a adoptar aquellas medidas (*artículo 19.2 LRM*).

Dicho de otro modo, el “Operador” de la actividad causante del daño no deberá adoptar ninguna medida reparadora ni por ende, soportar los costes correspondientes. No obstante, según lo expuesto, esta situación difiere frente a dos situaciones:

¹³⁰⁵ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1766-1767.

- Intencionalidad (*dolo, culpa o negligencia*) en la producción del daño.
- Incumplimiento de los deberes de prevención y evitación

La redacción del precepto legal no es muy venturosa, y lo único que se puede denotar que lo diferencia de la disposición normativa anterior (*artículo 19.1 LRM*) es la exigencia de la intencionalidad; aspecto trascendental respecto de la responsabilidad de los operadores que llevan a cabo actividades distintas del Anexo III. Dicha intencionalidad tiene como manifestación más sobresaliente el incumplimiento de los deberes indicados, pues sin la aparición de tal incumplimiento, el daño no se hubiera producido.¹³⁰⁶

Valencia Martín,¹³⁰⁷ respecto a estos deberes incumplidos (*de prevención y evitación*), acentúa que la LRM no precisa a qué obligaciones se refiere exactamente. Por lo tanto, se ha de entender comprendidas en ellas a todas aquellas “*que le incumben al operador en estos casos tanto previas (adoptar sin demora y sin necesidad de requerimiento previo las medidas apropiadas y poner en conocimiento de la autoridad competente la amenaza inminente o el daño ya iniciado, art.17) como resultantes del ejercicio por la Administración competente de sus potestades (facilitar la información requerida, adoptar las medidas ordenadas y seguir las instrucciones dispuestas, art. 18)*”. Sin embargo, como bien esclarece el autor, estas medidas deberán ser adoptadas siempre que el incumplimiento provoque el daño o lo agrave y en la medida en que lo sea, pues lo contrario sería desproporcionado y chocaría con el principio “*ne bis in idem*”.

En este mismo contexto (*en atención a los mismo deberes*), el profesor Betancor,¹³⁰⁸ matiza y añade, que se podría interpretar que el incumplimiento de aquellos, alude a un supuesto de responsabilidad objetiva, lo cual aproximaría el régimen de responsabilidad de quienes realizan actividades excluidas del Anexo III al de aquellos que ejecutan actividades incluidas en el referido Anexo. Sin duda, es un situación jurídicamente confusa. Si hay incumplimiento de los deberes, independientemente de la

¹³⁰⁶ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 203.

¹³⁰⁷ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental»,13.

¹³⁰⁸ Betancor Rodríguez, *Derecho...*,1767-1768.

intencionalidad, el “Operador” también deberá adoptar las medidas de reparación pero, si no hay incumplimiento y a pesar de ello, sobreviene el daño, la responsabilidad sólo surge de la intencionalidad. Esta interpretación, considera el maestro, que parte del fundamento de que el daño se podría producir incluso si el “Operador” aplicase la máxima diligencia en la adopción de todas las medidas que demanda el cumplimiento de los deberes de prevención y evitación. Teóricamente esto es posible, pero en términos materiales y técnicos, es imposible *-que se puedan adoptar todas las medidas que imposibiliten la producción del daño-*. El daño siempre encontrará un resquicio para su producción.¹³⁰⁹ Una vez producido el daño, el “Operador” debe proceder a su determinación (*extensión, intensidad, escala temporal y significatividad*), a la identificación y caracterización del agente que lo causó, así como a la verificación de los recursos afectados y con base en estos datos, deberá proceder con la reparación.

5.3 Los géneros de las medidas de reparación

Las medidas necesarias para que el operador lleve a cabo la obligación de reparar el daño ambiental de manera íntegra están definidas en la LRM (*artículo 20 LRM*) y en su Anexo II, en plena armonía con lo que dispone la Directiva 2004/35/CE (*artículo 7*). El Anexo II, trata sobre la reparación del “*daño ambiental*”, el cual entra en acción de manera posterior a la determinación de la “*significatividad del daño*”. Dicho de otro modo, para que quepa la aplicación de las medidas reparadoras, el daño ambiental ocasionado para que sea imputable y quede sometido a la tutela pública y por ende al régimen de responsabilidad, debe haber sido

¹³⁰⁹ La arrogancia de los seres humanos frente a los imponderables siempre ha tenido resultados dramáticos como el títanic y otros. El “Operador” ha cumplido con el deber de adoptar las medidas de prevención y, no obstante, el daño ha sobrevenido. En esta hipótesis, el otro supuesto, la ausencia de intencionalidad, no casa adecuadamente. Si hay diligencia en la prevención, no tiene sentido el otro requisito de la ausencia de intencionalidad o, al contrario, su existencia a los efectos de hacer recaer sobre el “Operador” el deber de adoptar las medidas de reparación. el requisito central y, en la práctica único, es el de la intencionalidad en la producción del daño. No parece sensato suponer que habiendo esta intencionalidad, el “Operador” ha cumplido diligentemente con sus obligaciones de adoptar las medidas de prevención y evitación. Al contrario, si ha adoptado estas medidas e intencionalmente producir el daño parece contradictorio. Betancor, *Derecho...*, 1742-1744.

significativo y debe haber causado un daño que represente verdaderamente un perjuicio a los recursos naturales que la normativa detalla, exigiéndose la “...*determinación del estado en que se encontraba el recurso natural afectado antes del daño (el llamado “estado básico”)*”, lo cual determinará la posibilidad de exigir la adopción de las medidas expuestas a quien lo causó.

Es el referido Anexo III, el que ha perfilado un marco común que debe ser cumplido obligatoriamente, con el fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del “*daño ambiental*”, para lo cual hay que remitirse también al desarrollo de su regulación reglamentaria.

El verdadero propósito de la normativa de responsabilidad ambiental ante la presencia de un daño sobre los recursos naturales o sus servicios se plasma aquí. El “*Operador*”, deberá adoptar “*sin demora y sin necesidad de advertencia*”, todas las medidas necesarias para reparar el daño cometido.

No obstante, antes de exponer el “*modus operandi*” del sujeto responsable del daño, hemos de resaltar la inmediatez con la que ha de proceder, puesto que no deberá en ningún caso interrumpir su actuación a la espera de un requerimiento o acto administrativo previo. Este mandato legal con la máxima urgencia, es una consecuencia directa del sistema de responsabilidad objetiva de la Ley.¹³¹⁰ Además, el posible incumplimiento del operador respecto de la adopción de estas medidas reparadoras que la Ley le ha impuesto, derivará en una responsabilidad subjetiva que podrá ser sancionada a través de la vía administrativa e, incluso, penal.

La adopción de medidas, de la cual el “*operador*” no puede escapar, son fruto de lo que la Directiva 2004/35/CE ha regulado en cuanto a la acción reparadora, exigiendo que el “*Operador*” adopte inmediatamente, todas las medidas posibles para controlar, contener, eliminar o enfrentar de otra manera a todos los contaminantes existentes, con objeto de limitar o impedir mayores daños ambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios que éstos prestan (*Artículo 6.1 a*)). De esta manera, las obligaciones instauradas por la LRM (*artículo 20.1 LRM*), para reparar, restaurar o reemplazar los recursos

¹³¹⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 202-203.

naturales y servicios de recursos naturales dañados, se plasma en doble vía:

- Ha de adoptar *-inmediatamente-*, todas las medidas provisionales útiles en relación con los criterios establecidos en el anexo II, sin perjuicio de los criterios que adicionalmente las Comunidades Autónomas establezcan. Informará respecto de las medidas adoptadas a la autoridad competente.

- Elaborará una propuesta conforme a lo previsto en el anexo II, de medidas para la reparación y las someterá a la aprobación de la autoridad competente de acuerdo con “*las normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad ambiental*” (capítulo VI) en consideración con lo previsto en el anexo II. Todo ello, sin perjuicio de los criterios adicionales que establezca las Comunidades autónomas.

(ambas obligaciones en armonía directa con lo dispuesto en el artículo 7.1 Directiva 2004/25/CE).

No obstante, a pesar de esta dualidad de deberes impuestos al “Operador”, éste se encuentra investido de la facultad de elegir entre distintas medidas adecuadas o entre diferentes formas de ejecución la que considere más adecuada, pero sólo cuando fuera posible y la Administración así lo permita (*artículo 7 Directiva 2004/35/CE y artículo 20.2 LRM*). Con esta posibilidad, únicamente se le da la posibilidad al sujeto responsable de optar por la opción más conveniente para él, siempre y cuando, la eficacia de la reparación no se vea aminorada por la vía de resarcimiento elegida. Esta posibilidad, como algunos doctores lo reconocen, debe ser aplaudida, puesto que dejar en manos del operador la elección de las medidas a emplear, provocará una mayor celeridad, precisión y rentabilidad de los recursos empleados. Sin embargo, debe someterse a un estricto y cuidadoso control, ya que los operadores, frecuentemente, ensayarán aplicar las medidas más económicas sin atender a la recuperación adecuada del medio.¹³¹¹

La Directiva 2004/35/CE y la LRM, disponen que ante la

¹³¹¹ *Ibíd.*

constatación de varios daños ambientales, cuya reparación conjunta sea imposible, porque no es posible adoptar y ejecutar todas las medidas reparadoras necesarias al mismo tiempo, será la administración competente la que deba determinar las prioridades de reparación del daño ambiental. Para cumplir dicho fin, la autoridad competente, deberá tener en cuenta la naturaleza, el alcance y la gravedad *-entre otros aspectos-*, de cada daño ambiental, así como, las posibilidades de recuperación natural y los riesgos para la salud humana (*artículo 7.3 Directiva 2004/35/CE y artículo 20.3 LRM*), para lo cual se identificarán el tipo, la cantidad, la duración y la ubicación de las medidas reparadoras necesarias (*artículo 20.1 RLRM*).

Paralelamente a lo expuesto, surge otro interrogante, *¿Cómo deben llevarse a cabo la elección de las medidas de reparación?* Afortunadamente, el mismo Anexo III, nos brinda la respuesta. Se las debe elegir, aplicando los criterios técnicos, valorados utilizando las mejores tecnologías disponibles, que tienen en cuenta los efectos, la probabilidad del éxito, la prevención de daños futuros, los beneficios ambientales, los intereses sociales, el tiempo, los resultados de la reparación del lugar, la vinculación geográfica con el lugar dañado y, por fin, el *“coste que supone aplicar la medida”*. Aquí, la Administración desempeña un rol importante. Cuando fuera posible, deberá habilitar al *“Operador”* para que pueda optar entre distintas medidas adecuadas o entre diferentes formas de ejecución. Sin embargo, cuando se hayan producido varios daños ambientales, deberá precisar el orden de primacía que el *“Operador”* deberá observar, frenando que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten al mismo tiempo. Cabe destacar eso sí, el carácter preferente que en cuanto a su aplicación gozarán las medidas destinadas a la eliminación de riesgo para la salud humana (*artículo 20 LRM*).¹³¹²

Todos estos abecés vienen a constituirse en los factores comunes de la acción de reparación y determinan cómo se han de instaurar las medidas de reparación. No obstante, aún no nos hemos referido al género de las medidas reparadoras. Aquí, es que el Anexo II (*de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM*), juega un rol preponderante, pues en él se han establecido y definido las medidas reparadoras a

¹³¹² Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1770.

adoptarse así como también, se han configurado los criterios que se configuran como obligación para el “Operador” y a su vez se han convertido en la potestad de la Administración en relación con las medidas de reparación.

Atendiendo a la regla general de las medidas de reparación, éstas tienen como finalidad que el ambiente se restituya, permitiendo a aquél volver a su “estado básico anterior”, a través de distintas medidas, las cuales se clasifican en:

- a) Medidas Primarias**
 - b) Medidas Complementarias; y,**
 - c) Medidas Compensatorias**
- (Anexo II, I. a, b y c)

a) Medidas Primarias

Estas medidas, son aquellas que pretenden restituir o aproximar al máximo los recursos naturales dañados a su estado básico. Sin embargo, éstas pueden consistir en distintas opciones (*una o varias*) encargadas de la restitución, aunque bien se podría optar por la recuperación natural. Las opciones a las que referimos, están consagradas de manera expresa en el Reglamento Parcial a la Ley (*artículo 21.1 del RLRM*), y son las siguientes:¹³¹³

- a) Eliminar, retirar o neutralizar el agente causante del daño.*
- b) Evitar la acción de especies exóticas invasoras.*
- c) Reponer o regenerar, según el caso, el recurso afectado con el fin de acelerar su recuperación hasta el estado básico.*
- d) Cualquier acción dirigida específicamente a reponer los servicios de los recursos naturales afectados.*
- e) La recuperación natural”.*

Ahora bien, entre estas diferentes alternativas, el “operador” deberá identificar que en ellas se incluya alguna referencia a ciertos factores como:

¹³¹³ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 204-205.

- a) Las consideraciones ecológicas para la conservación de los recursos naturales y los servicios afectados.
 - b) El grado de intervención asociado a cada técnica de reparación. Dicho grado de intervención podrá ser total, parcial o basarse en la recuperación natural. Su determinación se hará atendiendo a aspectos referentes a la sensibilidad del medio, el horizonte temporal de recuperación y el coste de la medida de reparación, entre otros.
 - c) Estimación previa de la pérdida provisional de recursos o servicios.
 - d) Evaluación de la viabilidad técnica reparadora.
 - e) Estimación previa de los costes de cada alternativa reparadora.
- (artículo 21.2 del RLRM).

El “pequeño” problema que implica la aplicación de cada una de ellas, es el alto coste económico que ocasionará el devolver los recursos dañados al estado básico en el que se encontraban antes de ser afectados.¹³¹⁴

b) Medidas Complementarias

Este tipo de medidas son aquellas que buscan compensar lo que no se pudo alcanzar con la reparación primaria, evitándose alcanzar la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados. Estas medidas únicamente prosperarán cuando no sea posible recuperar el recurso natural dañado mediante la aplicación de las medidas primarias, o si no resulta razonable su aplicación por el plazo requerido para su efectividad o el coste se considera desproporcionado con el beneficio ambiental resultante. La correcta determinación de la proporcionalidad del beneficio ambiental se medirá en atención al valor social de los recursos y servicios naturales perdidos, entendido éste como expresión monetaria del bienestar o utilidad que aquéllos generan.¹³¹⁵

¹³¹⁴ Ibíd.

¹³¹⁵ Ibíd., 205.

c) Medidas compensatorias

Estas medidas aluden a cualquier acción cuya finalidad se circunscribe a satisfacer las pérdidas provisionales ocasionadas desde la producción del daño ecológico hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias. Para comprender mejor esta definición nos conduce directamente a buscar apoyo en el concepto de “*pérdidas provisionales*” que también está incorporado en el Anexo II (1. literal d). Éste define a aquellas, como “*las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales o los servicios de recursos naturales dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias*”. Este tipo de medidas, no se traducen en una compensación de índole financiera al público. Ciertamente, con este tipo de medidas lo que en verdad se busca, es impedir ulteriores efectos negativos a consecuencia de un daño ambiental producido.

De manera simplificada, se puede concebir que la reparación primaria, es la devolución de las cosas a su estado anterior (*al estado básico del recurso natural afectado*). La reparación compensatoria, es una reparación por el equivalente pero también *in natura* y que prospera cuando la anterior no es posible o es desproporcionadamente costosa (*por ejemplo, la regeneración de un bosque o de un hábitat próximo al dañado*). Finalmente, la reparación complementaria, se trata de una especie de reparación del lucro cesante, puesto que viene a compensar, siempre *in natura*, la pérdida provisional de los recursos o servicios ambientales en tanto se alcanza cualquiera de las dos anteriores. Paralelamente a ello, el hecho de que la LRM haya consagrado estas únicas formas de reparación “*in natura*”, independientemente del procedimiento administrativo o judicial a través del cual se determinará la responsabilidad ambiental y se imponga el deber de reparación (*Disposición adicional novena*), es un factor apreciable que hay que registrar.¹³¹⁶

Respecto de estos tres tipos de medidas, hay que tener presente, que en un mismo proyecto de reparación podrá incluirse uno o más tipos

¹³¹⁶ Valencia Martín, «La responsabilidad medioambiental», 4. En igual sentido, Luquin Bergareche, *Mecanismos...*, 121.

de medidas reparadoras primarias, compensatorias y complementarias (*artículo 20 del RLRM*) a aplicarse. No obstante, la normativa ambiental -LRM-, en orden de prelación, expone su preferencia por la adopción de la reparación primaria, en *confrontis* con las otras dos medidas, cuya finalidad radica en el resarcimiento por equivalencia para alcanzar, en el caso de la complementaria, “un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales... similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico”¹³¹⁷ y en el caso de la compensatoria, para contrarrestar las pérdidas provisionales de recursos naturales o de servicios que éstos prestan. Dicho de otro modo, únicamente en el caso de que la reparación primaria no haya generado el resultado para el cual fue creada, es decir, la restitución del recurso a su estado básico no prosperó; entonces, serán procedentes la reparación complementaria y compensatoria, para compensar las pérdidas provisionales.¹³¹⁸

Frente a la claridad sobre la aplicación de cada medida reparadora, nos topamos con una cuestión oscura que trae consigo la redacción del RLRM (*artículo 23.1*),¹³¹⁹ en cuanto a la identificación de las medidas complementarias y compensatorias. De conformidad con el texto legal insertado, se equipara la reparación complementaria a la primaria, estableciendo un período de tiempo desde que la reparación primaria se haya puesto en ejecución hasta el momento en que los recursos naturales o servicios dañado alcanzaran el estado básico. Sin duda, esto debe ser un error de redacción, siendo su intención referirse sólo a la reparación compensatoria.¹³²⁰

La única diferencia que debe destacarse, es que las dos últimas clases de medidas referidas, no se tratan de una reparación “*in natura*” (*artículo 23.2 RLRM*); esto es una característica

¹³¹⁷ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1770.

¹³¹⁸ *Ibíd.* En igual sentido, Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 202-204.

¹³¹⁹ Artículo 23. “*Identificación de las medidas de reparación complementaria y compensatoria*”, “1. Con el fin de determinar las medidas de reparación complementaria y compensatoria, el operador, una vez que hayan sido identificadas las diferentes alternativas de reparación primaria, deberá estimar para cada una de ellas las pérdidas de los recursos naturales y de los servicios que éstos prestan, acaecidas desde el momento en el que se pusieran en marcha las medidas de reparación primaria hasta el momento en que los recursos o servicios alcanzaran el estado básico”.

¹³²⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 205-206.

diferenciadora y exclusiva de la reparación primaria. Sin embargo, el Reglamento Parcial de la LRM ha previsto que el ejercicio de las medidas compensatorias y complementarias podrán consistir en la extensión de las primarias, lo cual viene a ser una contradicción que no ha sido subsanada hasta la actualidad.

Ahora bien, el marco común definido en el Anexo II, que se deberá seguir a fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño ambiental, dependerá del recurso natural que se vea afectado/dañado y se aplicarán indistintamente según cada caso.¹³²¹ En dicho marco, se distingue que cada tipo de las medidas reparadoras dependerá si se trata, por una parte, de la reparación de daños a las aguas o especies y hábitats naturales protegidos; y, por otra, de la reparación de daños al suelo.¹³²² En otras palabras, la reparación del ambiente dañado prospera de manera unánime. Sin embargo, exclusivamente, con el recurso suelo, florece una excepción respecto de los demás recursos naturales cuando éste ha sufrido algún daño.

1.- En cuanto a los daños a las aguas, a las especies silvestres y los hábitats, así como, a la ribera del mar y de las rías, se sigue una perspectiva ecocéntrica (*en contraposición a la antropocéntrica*), puesto que lo que se persigue es la restitución del elemento natural dañado *-a su estado anterior; al estado en el que se encontrarían de no haberse producido el daño ambiental-*, sin considerar el uso o la utilización de ese recurso por las personas.¹³²³ Aquí, cabe la adopción de las tres medidas estudiadas anteriormente:

- a) De reparación primaria:
 - b) De reparación complementaria:
 - c) De reparación compensatoria:
- (Anexo II, 1 Directiva 2004/35/CE)

2.- En cuanto al suelo, este recurso natural es afrontado de manera peculiar. No sólo cuenta con un tratamiento heterogéneo al configurar y delimitar la categoría de daño ambiental (*capítulo del*

¹³²¹ *Ibíd.*

¹³²² Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 431.

¹³²³ *Ibíd.*, 432.

daño ambiental), sino que presenta también un régimen disímil respecto de los otros recursos naturales en cuanto a la adopción de las medidas de reparación. Cuando el suelo sea “víctima” de un daño, la medida reparadora se instaura con la finalidad de precautelar por un lado, la salud humana y, por otro lado, el ambiente como tal, es decir, se aplicará desde el punto de vista de la utilización de ese espacio y en la medida en que aquel medio/recurso natural presente un riesgo para la salud humana.¹³²⁴

Dicho de otro modo, cuando se produzcan daños sobre él, cuyas sustancias contaminantes de origen humano provoquen un nivel de concentración que comporte “*un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente*”, se adoptarán todas aquellas “*medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan las sustancias, preparados, organismos o microorganismos nocivos de que se trate de modo que el suelo contaminado deje de suponer una amenaza significativa de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente*”¹³²⁵ (Anexo II.2 LRM).

El objetivo de la LRM a través de la reparación del suelo, no es que este recurso natural vuelva a su “*estado básico*” como se pretende con los demás recursos naturales -*finalidad restitutiva*-. La reparación del suelo tiene una finalidad distinta: neutralizadora o restitutiva. Su finalidad primaria es neutralizar los peligros; lo que se busca es eliminar el peligro o las fuentes de peligro que el suelo pueda representar. Mientras tanto, el uso del suelo es secundario. Una vez se eliminan tales peligros, “*se tendrá en cuenta el uso actual o el futuro del suelo en el momento del daño*”, en función de la normativa de ordenación del territorio¹³²⁶ vigente en dicho momento. En cuanto a los criterios que aludimos hace un momento,

¹³²⁴ *Ibíd.*; Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1769.

¹³²⁵ En el marco de lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, así como en la normativa sobre protección de la calidad del suelo aprobada por las Comunidades Autónomas.

¹³²⁶ El uso del suelo se podrá determinar, también en función de otra normativa pertinente, según sea el caso, que estuviera vigente en el momento de producirse el daño. Si ésta no existiese, la naturaleza de la zona en la que se produjo el daño, será la que determine su uso, considerando sus expectativas de desarrollo (*Anexo II.2*).

éstos delimitan el marco de elección de las medidas de reparación de la siguiente manera:¹³²⁷

- a) El recurso dañado, pudiendo ser las aguas, especies, hábitats y ribera, o el suelo.
- b) La finalidad a perseguir con la medida de reparación respectiva.
- c) Los criterios técnicos, apreciados utilizando las mejores tecnologías disponibles, para la elección de las medidas reparadoras. Estos aspectos se concretarán en el correspondiente proyecto de reparación (*artículo 25 Real Decreto 2090/2008*) que deberá aprobar la Administración competente (*artículo 26 Real Decreto 2090/2008*).¹³²⁸

En el caso de las medidas primarias, se buscarán opciones de acciones que logren restituir directamente los recursos naturales y los servicios a su estado básico rápidamente, o bien mediante la recuperación natural (*Anexo II, punto 1.2.1*). Mientras tanto, debido a que, las medidas *-complementarias compensatorias-*, implican la sustitución de los recursos y servicios dañados por otros, es necesario establecer unos criterios de equivalencia. Se proporcionan dos medios que al determinar la magnitud de estas medidas. El primero, que se refiere a la posibilidad de aplicar el principio “*recurso-recurso*”, en virtud del cual, se deben sustituir los recursos o servicios dañados por otros del mismo tipo, cantidad o calidad. El segundo, es el sistema “*servicio-servicio*”, si el anterior método no fue posible aplicar. En virtud de este sistema, se proporcionan recursos naturales o servicios de recursos naturales alternativos (*por ejemplo, una disminución de la calidad podría compensarse con un aumento del número de medidas reparadoras, Anexo II 1.2.2*), es decir, “*consiste en seleccionar la escala de reparación de manera que la cantidad presente descontada de los servicios reemplazados iguale a la cantidad presente descontada de los servicios perdidos debod al daño*”.¹³²⁹

¹³²⁷ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1769.

¹³²⁸ Sobre la elección de las medidas primarias, complementarias y compensatorias, veáse el Real Decreto 2090/2008, artículos 21, 22 y 23.

¹³²⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 207.

Pueder existir una contingencia respecto de la utilización de estos criterios (*de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio*). Puede que no sea posible su uso, en cuyo caso, se puede optar por la aplicación de las técnicas de valoración alternativa, ya que la valoración de un daño aunque pueda ser dificultosa, no quiere decir que el carácter indemnizable del daño vaya a quedar excluido. La autoridad competente es quien seleccionará los métodos a seguir para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias o compensatorias necesarias. De hecho, si se puede valorar los recursos naturales o servicios de recursos naturales perdidos pero no es posible valorar los de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá aplicar medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al valor monetario de los recursos o servicios perdidos y prevean que los recursos naturales y servicios de recursos naturales adicionales obedezcan a las preferencias en el tiempo y a la cronología de las medidas reparadoras (*por ejemplo, más tiempo se demora en regresar al estado básico, mayores serán las medidas de reparación compensatoria que se apliquen*).

En todo caso, si el coste de las medidas reparadoras que deben aplicarse es desproporcionado en relación con los beneficios ambientales a obtenerse, el operador deberá informar mediante una memoria justificativa (*que tendrá carácter público*), para ya no adoptar dichas medidas (*Anexo II 1.3.3.2 y artículo 22.1, segundo párrafo del RLRM*). Asimismo, si ya la amenaza significativa de que se produzcan efectos desfavorables para la salud humana, el agua o las especies silvestres y los hábitat ha desaparecido con las medidas reparadoras adoptadas, no cabe que el operador adopte más medidas, que además le generaría un gasto innecesario.

Sin embargo, debe observarse que no se han precisado los criterios de valoración o modos de estimación de valoración, sino simplemente los bienes, servicios o recursos que pueden considerarse sustitutos de los dañados. Frente a ello, Pedraza,¹³³⁰ fulgura que la valoración ha sido una de las dificultades que los Estados miembros de la UE en el momento de llevar a cabo la transposición de la norma, por lo que como manifiesta, hubiese sido favorable que la Directiva 2004/35/CE y la LRM los hubiesen

¹³³⁰ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 208-209.

fijado. No obstante, para llenar este vacío, y poder aplicar los criterios de equivalencia recurso-recurso y servicio-servicio, el RLRM ha incorporado como metodología el “*Análisis de Equivalencia de Recursos*”. Esta herramienta sirve para calcular la cantidad de recursos naturales y servicios similares a los dañados que deben generarse con la aplicación de las medidas complementarias (*para las pérdidas irreversibles o cuya reparación no pueda llevarse a cabo en un periodo de tiempo razonable*) y compensatorias (*para las pérdidas reversibles*).¹³³¹ Esta metodología recibe el nombre de “*análisis de equivalencia de hábitat*”, cuando la unidad de medida utilizada para estimar las pérdidas y las ganancias de los recursos o servicios se exprese en virtud de la cantidad de hábitat de los servicios que éste presta (*Anexo II, III.1*).

De esta manera, en la determinación de las medidas reparadoras -*complementaria y compensatoria*- la designación del lugar donde se forjará la reparación se torna muy importante.¹³³² Se debe optar por el mismo lugar donde el daño ocurrió o en el más cercano a los recursos y servicios dañados y sólo cuando esto no sea posible o adecuado, la autoridad competente puede realizar la reparación en un lugar alternativo que esté vinculado geográficamente a los recursos referidos. Esta vinculación existe, en los términos del RLRM, “*cuando pueda establecerse una conexión ecológica,*

¹³³¹ La persona que debe determinar las pérdidas provisionales como las irreversibles de los recursos o servicios producidos a consecuencia del daño ambiental hasta que alcancen el estado básico, y las ganancias de éstos obtenidas gracias a la reparación es el sujeto responsable del daño, es decir el “*Operador*”. Esto lo hará mediante el empleo de una o varias unidades de medida, que serán las mismas y podrán consistir en un indicador ecológico cuantitativo, cualitativo, mono-atributo o multi-atributo, dependiendo el caso, pero que coincidan en lo que más se pueda, con los indicadores empleados para caracterizar el daño durante el proceso de cuantificación (*Anexo II, III.2 y 3*).

¹³³² La primera fase del proyecto de reparación es justamente la designación del lugar. Su contenido está regulado también en el RLRM, artículo 25 (*a) Localización espacial y temporal del daño ambiental; b) caracterización del daño; c) justificación de las principales alternativas de reparación, d) descripción de la alternativa elegida; e) establecimiento de un programa de seguimiento*). Lo que hemos de enfatizar, es que para la fijación de la responsabilidad mancomunada de ciertos operadores -*implicados en la producción de un daño ambiental en sus diversas fases*-, se puede elaborar un solo proyecto de reparación en función de sus respectivas cuotas de contribución a la causación de dicho daño.

territorial o paisajística” (Exposición de Motivos). En este caso, dicha autoridad, ha de tener presente no sólo la intensidad, extensión y dimensión temporal del daño ambiental, sino también, la recuperación natural de los recursos afectados, los servicios que el recurso prestaba en su estado básico y los intereses de la población afectada (*artículo 24.4 del RLRM*). No obstante, nada se dice acerca del posible efecto negativo que puede suponer la incorporación de un nuevo recurso, para las especies y recursos existentes en ese hábitat. Pedraza,¹³³³ critica este aspecto y fundamenta que es una cuestión que se debería haber contemplado y que debería haberse tenido en cuenta a la hora de realizar la reparación en un lugar distinto al que naturalmente tenían los recursos y servicios dañados.

Las medidas adoptadas han de ser sometidas a la aprobación de la autoridad competente (*artículo 7.1 Directiva*), quien decidirá las que deben aplicarse (*según los criterios del Anexo II*), con la cooperación del operador correspondiente, si fuese necesario (*artículo 7.2 Directiva*). Uno de los aspectos esenciales que la normativa interna debe despejar es el plazo de aprobación y los efectos del silencio administrativo en este procedimiento. De haberse producido varios casos de daños ambientales, de forma que a la autoridad competente le resulte imposible hacer que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten simultáneamente, aquélla podrá fijar las prioridades de reparación del daño. Para ello ha de tener en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza, alcance y gravedad de cada caso de daño ambiental, así como como las posibilidades de recuperación natural y los riesgos para la salud humana. La Administración ha de invitar a las personas que hubieran instado el procedimiento y, en todo caso, a aquellas en cuyas tierras hayan de aplicarse las medidas reparadoras a presentar sus observaciones y las tendrá en cuenta (*artículo 7.4 Directiva 2004/35/CE*).¹³³⁴

Atendiendo a la oportunidad de los costes, buscamos ahora dilucidar *¿Cuándo soporta el “Operador” la obligación de sufragar los costes de la reparación?*

¹³³³ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 202.

¹³³⁴ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...*, 432-433.

El “Operador”, deberá adoptar todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recurso naturales dañados y someterá a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños ambientales causados. Esto lo deberá llevar a cabo, sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo. Así lo prescribe expresamente la propia LRM (*artículo 20*).

El “Operador” ha de sufragar los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras (*artículo 8.1 Directiva 2004/35/CE*). Corresponderá a las autoridades competentes recuperar dichos costes causados por el daño ambiental o la amenaza inminente del mismo, mediante el embargo de bienes inmuebles u otras garantías adecuadas. Aunque pueden decidir no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable, o cuando no pueda identificarse al operador (*artículo 8.2, primer apartado, Directiva 2004/35/CE*). En relación con la imputación de costes en caso de varios responsables, especialmente, en lo que respecta al reparto de responsabilidad entre el productor y el usuario de un producto, la normativa comunitaria se entiende sin perjuicio de lo que establezcan a estos efectos las disposiciones internas vigentes (*artículo 9 Directiva 2004/35/CE*), aunque, en algún caso de contaminación del suelo y de aguas subterráneas el TJCE ya ha establecido un sistema de responsabilidad objetiva y solidaria entre ambos.¹³³⁵

Cuando el daño o la amenaza de daño sean causados por el uso de un producto, parece razonable que el operador pueda reclamar al fabricante, al importador o al suministrador, el importe de los costes en que haya incurrido, siempre y cuando el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de su actividad a las condiciones establecidas para el uso del producto y a la normativa vigente en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño ambiental. Es lógico pensar que en los casos de muerte o extinción de las personas responsables, sus deberes preventivos y reparadores y, en particular, sus obligaciones pecuniarias

¹³³⁵ *Ibíd.*, 433.

subsiguientes, se transmitan y exijan conforme a lo dispuesto para las obligaciones tributarias.¹³³⁶

Hay supuestos en los que no puede exigirse a un operador que sufrague los referidos costes, por derivarse de actos que están fuera de su control.

5.4 Disposiciones comunes en la prevención, evitación y reparación de daños ambientales

a) Incumplimiento de las obligaciones de prevención, de evitación o de reparación del daño ambiental

La LRM establece las directrices a seguir en caso de incumplimiento de las obligaciones de prevención, de evitación o de reparación del daño (*artículo 22 LRM*). En primer lugar, se ha impuesto a las autoridades competentes *-quienes ejercerán las potestades que el ordenamiento jurídico los haya investido-*, la obligación de velar por el cumplimiento adecuado de las medidas de prevención, evitación y reparación, y demás obligaciones que impliquen el cumplimiento de la LRM por parte de los operadores responsables. Existe la posibilidad de que concurren normas comunitarias, estatales o autonómicas sobre responsabilidad ambiental más exigentes, especialmente en relación con la adopción de medidas de prevención, evitación y reparación de ciertos daños ambientales en relación con determinadas actividades. Asimismo, existe la posibilidad de extender responsabilidad de conformidad con otras normas ambientales, a sujetos distintos de los operadores (*disposición adicional segunda LRM*). En cualquier caso, la autoridad pública competente optará por aplicar la normativa ambiental que sea más exigente.

Si el operador incumpliese de manera total o parcial la obligación de adoptar las medidas de prevención, evitación o reparación de los daños ambientales, a pesar de que la administración haya velado por el cabal cumplimiento normativo por parte del operador, deberá dictar resolución motivada, exigiendo de aquél su cumplimiento (*de*

¹³³⁶ Ibid., 433-434.

acuerdo a lo que establece la LRM en el capítulo VI). En caso de que esta resolución haya sido emitida, pero también ha sido incumplida, se puede activar el procedimiento de ejecución forzosa, en virtud del cual la autoridad competente procederá a la ejecución subsidiaria de las medidas de prevención, evitación o reparación del daño, especialmente cuando el daño ambiental sea grave o la amenaza de daño sea inminente (*artículo 47 LRM*).

No obstante, la implantación de este procedimiento administrativo es independiente del régimen sancionador. Es posible que concurra la aplicación del sistema de responsabilidad ambiental y el relativo a infracciones y sanciones penales y administrativas, sin transgredir el principio “*ne bis in idem*” (*capítulo V LRM*). En consecuencia, tal como la LRM expresamente prescribe, “*la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla*” (*artículo 6.1 LRM*), ya que la responsabilidad como tal no tiene naturaleza sancionadora.¹³³⁷

b) Circunstancias que exoneran del deber de sufragar los costes de reparación o de prevención

Una vez que se haya llevado a cabo la prueba dentro del proceso contencioso administrativo y se haya resuelto que el “*Operador*”, es el autor material del daño ambiental o de la amenaza inminente materia del litigio, no siempre tendrá que sufragar los gastos derivados de la prevención, de la evitación y de la reparación. Existen determinadas circunstancias en las que no puede exigirse a un operador que sufrague los costes que derivan de dichas medidas, por originarse de actos que están fuera de su control. Esta exoneración de responsabilidad en cuanto a la adopción de las medidas reparadoras será óptima, siempre y cuando el operador pueda demostrar que los daños ambientales o la amenaza inminente de que éstos se produzcan responden a dichos supuestos, relacionados íntimamente con la presunción de causalidad (*artículo 3.1 LRM*) que ya analizamos anteriormente. Por el contrario, en

¹³³⁷ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 214-215.

tales casos han de tomarse las medidas oportunas para permitir que recupere los costes en que haya incurrido.¹³³⁸

Pedraza,¹³³⁹ hace alusión a que existen circunstancias externas e internas que exoneran al operador de la adopción de las medidas que venimos estudiando y las clasifica de la siguiente manera:

b.1 Circunstancias externas de exoneración:

- i)** La actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.
- ii)** El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a este último supuesto de exoneración, Lansagabaster, García y Lazcano, consideran que se debe precisar dos aspectos.¹³⁴⁰

a) Debería siempre verificarse si existe una posible concurrencia de culpas entre el operador y la autoridad pública, para poder determinar si aquél debe asumir o no el coste de las medidas aplicadas. La exclusión total de este gasto, debe quedar limitada a aquellos supuestos en los que se compruebe la ausencia total de culpa o la inexistencia del nexo causal entre la conducta del accionante y los daños.

b) La ausencia de responsabilidad del operador, no debería eliminar la responsabilidad de los daños producidos en este caso, respecto de la autoridad que hubiera cursado la orden o instrucción correspondientes. La autoridad (*normalmente administrativa*) debería ser quien asuma los costes de las medidas adoptadas (*de prevención y reparación*), resultando aplicable la normativa específica por daños ambientales. En

¹³³⁸ *Ibíd.*, 434.

¹³³⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 158-163.

¹³⁴⁰ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...* 434-435.

especial, en lo que se refiere a la legitimación de particulares y asociaciones para instar el proceso.

b.2 Circunstancias internas de exoneración, siempre y cuando el operador demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia y que:

- i. Que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa¹³⁴¹ otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el anexo III.

Adicionalmente, será necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental.

Que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

La clasificación de la profesora referida, responde a lo que la LRM ha establecido como *“Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes”* (artículo 14.1 y 2), que a su vez es el fruto de lo que la Directiva 2004/35/CE ha determinado cuando habla de los *“costes de prevención y reparación”*(artículo 8.3).¹³⁴² La normativa

¹³⁴¹ Véase, Sentencia de lo Contencioso- Administrativo, sentencia núm. 108/2009 de 3 de abril (JUR/2011/100623), en la parte que establece que *“... el Considerando 20 de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños al medio ambiente, señala como posible causa que elimina la antijuridicidad de la contaminación, los actos explícitamente autorizados o en los que no se puede haber conocido el daño potencial... ”*.

¹³⁴² *“(a) fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medias de seguridad adecuadas; o*

comunitaria a dejado a disposición del legislador interno la determinación de obligar o no al operador a sufragar el coste de las acciones reparadoras en aquellos supuestos en los que, sin que exista culpa o negligencia de su parte, el daño ambiental haya sido causado¹³⁴³ (*artículo 8.4 Directiva 2004/35/CE*).

No obstante, hay que precisar que la intención plasmada por el legislador interno no ha sido que el operador se vea exento de responsabilidad cuando se encuentre dentro de alguno de los supuestos mencionados. Más bien, se le ha impuesto como obligación *-tal como dispone la propia LRM-*, adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación. Otra cuestión es, que los gastos erogados por su parte los podrá recuperar, gracias a que la misma Ley así lo ha previsto (*artículo 15*). En otras palabras, las exoneraciones que pueden serle aplicadas a un sujeto responsable de un daño ambiental, prosperarán *a posteriori*; luego de que haya incurrido en los costos necesarios para aplicar las medidas reparadoras ante determinado daño ambiental.

Los supuestos que pueden llegar a ser los más problemáticos son los referentes a la autorización o licencia que deberían liberar al operador de soportar los costes. En este caso, sólo las actividades incluidas en el Anexo III, que jurídicamente han sido calificadas como peligrosas, cuentan con la fuerza liberadora indicada, a contrario de las autorizaciones de emisiones de actividades no jurídicamente peligrosas que no gozan de dicho beneficio. Estas actividades estarían en peor condición jurídica, tal como refiere Betancor,¹³⁴⁴ en relación con la responsabilidad ambiental, que aquellas que incluye el Anexo III, en cuyo caso, el “operador” debe cumplir estrictamente en el desarrollo de su actividad con las condiciones determinadas en la autorización y con la normativa vigente en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño ambiental. Lo correcto, sugiere el profesor, sería interpretar esta exoneración, conjuntamente con lo que dispone el

b) se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública competente, salvo los órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador”.

¹³⁴³ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...* 435.

¹³⁴⁴ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1771-1772.

artículo 9 de la *LRM* (“*responsabilidad de los operadores*”). En su opinión, este precepto libera de responsabilidad y, por ende, de la obligación de sufragar los costes, siempre que el “*Operador*” haya actuado ajustándose a los requisitos, precauciones y condiciones que establecen las normas y cualquier título administrativo, cuya obtención haya sido necesaria para llevar a cabo la actividad económica o profesional y cuando ésta no está dentro de las actividades del Anexo III. En consecuencia, a ojos del profesor, si la actividad está incluida en el Anexo III, el “*Operador*” se ubica bajo dos situaciones jurídicas, por un lado, es responsable pero, por otro, concurre la causa de liberación de la obligación de asumir los costes. La interpretación conjunta ambos preceptos legales 9 y 14, genera un resultado coherente: el primero atribuye/excluye la responsabilidad y el segundo, delimita el supuesto específico, en virtud del cual, aunque concorra la responsabilidad, el “*Operador*” queda exento de la obligación de asumir los costes de las medidas de reparación.

En cuanto al segundo de los supuestos referidos, el del *riesgo tecnológico*, también ha sido motivo de fuertes críticas doctrinarias. Un gran sector doctrinario se ha mostrado renuente a aceptar este supuesto como exclusión de la responsabilidad fundamentada en el desconocimiento de los resultados.

Este supuesto si bien presenta una gran dificultad en la interpretación, resulta más difícil aún dilucidar su aplicación. Este supuesto, lo preveía la Ley 30/1992 (*derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*), relacionada con la responsabilidad patrimonial de la Administración (*artículo 141*), y que ahora la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público, determina de igual manera que “*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”.

La problemática versa sobre lo mismo, *¿Cómo determinar qué conocimientos científicos y qué momento son los precisos para que surta efecto la exoneración de responsabilidad?*; que en nuestro caso se refiere a la liberación de la obligación de sufragar los costes de las medidas reparadoras y además, *¿Cómo determinar que la actividad -económica o profesional- causante del daño ambiental, no era potencialmente perjudicial para el ambiente durante el momento en que se produjo dicho daño, considerando el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en dicho momento?*¹³⁴⁵

Pedraza,¹³⁴⁶ en cuanto esta exención hace algunas precisiones:

1.- Al igual que en el caso de las autorizaciones, el operador deberá probar que actuó sin ningún tipo de culpa, dolo o negligencia, no basta con que demuestre que en el momento de realizarse la actividad que provocó el daño no tenía conocimiento de su nocividad, ya que el riesgo del desarrollo no eliminaría la responsabilidad si se prueba que hubo culpa o negligencia por parte del operador.

2.- Tal como sucede con las autorizaciones, provocará la desarmonización en términos de seguridad jurídica en un sector que proclama la homogeneización de sus legislaciones nacionales debido a su tráfico jurídico.

3.- Se deberá realizar una estricta interpretación respecto de cuáles son los daños que se deben considerar que se producen como consecuencia del desconocimiento tecnológico, pues su deficiente clasificación¹³⁴⁷ generará una desnaturalización de la responsabilidad objetiva que va ligada al cumplimiento de la normativa.

Para Gomis Catalá,¹³⁴⁸ la simple clasificación dada por las autoridades no será suficiente para determinar si estamos ante un daño por riesgos al desarrollo, sino que *“la exención sólo será*

¹³⁴⁵ Vid., Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1772-1773.

¹³⁴⁶ Cf. Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 177-178.

¹³⁴⁷ *Ibíd.*

¹³⁴⁸ Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 145.

válida si nada absolutamente, en los debates técnicos y científicos del momento, puede plantear duda... Efectivamente, el operador... debe demostrar algo más, que es, que, habida cuenta del estado de los conocimientos técnicos y científicos del momento, era totalmente imposible averiguar que la actividad en cuestión podría provocar un daño". Por esta razón, que la mayoría del sector no haya tomado las medidas adecuadas no es óbice para poder apreciar la exención de la responsabilidad.

En sentido contrario a todas estas posturas, una parte de la doctrina considera que esta exención no ha sido totalmente incorrecta en cuanto a su adopción. Pedraza,¹³⁴⁹ sostiene que si se considera el anterior artículo de la ley defensa de consumidores y usuarios, no tendría sentido alguno que a unos "productores" se les eximiese de la responsabilidad que su actuación empresarial pueda provocar y a otros se les culpe por ello. Por ello, considera que las exigencias del buen comportamiento del operador y análisis de la situación deben ser llevadas a sus máximos extremos. Independientemente de que tanto la LRJ-PAC como la Directa establezcan la posible exoneración de responsabilidades por el desconocimiento científico de sus posibles efectos, en ambas se debe requerir la carga de la prueba. En el primer caso, a pesar de que la LRJ-PAC no la haya contemplado (*artículo 141.1*), la jurisprudencia se ha encargado de ello. En el segundo caso, la Directiva opta por establecer esta exigencia de manera explícita. Así, el operador deberá demostrar "que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad" (*artículo 8.4 b*). Este tipo de prueba tiene un alto grado de dificultad, pues con ella no se pretende únicamente que la comunidad científica en un pronunciamiento más o menos unánime considere que la actividad no era potencialmente peligrosa, sino que debido a la disparidad de opiniones en la mayoría de los campos científicos se exige que en la apreciación de estos riesgos toda la doctrina se muestre partidaria de la misma opinión.

Frente a ello, Gomis Catalá,¹³⁵⁰ concluye manifestando que "la exención tan sólo será válida si nada absolutamente en los debates

¹³⁴⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 182.

¹³⁵⁰ Gomis Catalá, *Responsabilidad por...*, 119.

científicos y técnicos, puede plantear una duda”.

Una cuestión extra que se ha de denotar, es que en los casos de riesgos del desarrollo no se podrá aplicar la apreciación de la fuerza mayor, pues para que ésta se aprecie no debe existir decisión humana alguna que intermedie en ella. Estas aclaraciones se dejaron constancia en la STS (*Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 3ra*), de 31 de mayo de 1999, en la que se exige dos requisitos para que esta excepción prospere:

- a) Que sea irresistible, es decir, que no sean previsibles los efectos que pudiera realizar (*circunstancia que se da en los riesgos de desarrollo*)
- b) Que sea de carácter externo, es decir, que la causa productora de la lesión tiene que ser ajena al servicio y al riesgo que le caracteriza.

Galbis,¹³⁵¹ en relación con las exenciones que la LRM prevé, el autor recalca que a pesar de que considere que los supuestos de exoneración referidos tienen una obvia justificación, no le parece nada lógico que, pese a que un operador sea eximido de la responsabilidad, se le obligue a afrontar los gastos de reparación del daño de forma anticipada para posteriormente reclamar su reembolso, calificando a este aspecto como lesivo e injusto para los operadores, quienes podrán incluso tener serios problemas para abordar unos gastos financieros que pueden exceder fácilmente su capacidad. Critica además, la falta de redacción del procedimiento para reclamar este reembolso, pues sólo se dispone que las Comunidades Autónomas deberán articularlo por Ley, generando una inseguridad jurídica inaceptable y una descoordinación evidente, sin evitar que haya una dispersión normativa y de procedimientos (*tal como sugería el anteproyecto*).

Aunque todas las opiniones vertidas no sean del todo unánimes, lo cierto es que la LRM prevé que el “Operador” que no está obligado a soportar los costes de las medidas de reparación, los podrá recuperar siguiendo los procedimientos especificados en la LRM

¹³⁵¹ Fernando Galbis, «Ley de responsabilidad ambiental. Todavía puede mejorarse», *La revista del Medio Ambiente* 63 (2007): 77.

(artículo 15). Si ha concurrido la intervención de un tercero o una orden o instrucción obligatoria emanda por la Administración, el “Operador” podrá ejerciendo las acciones de repetición frente a terceros (reguladas en el artículo 16) para recuperar dichos costes o también podrá reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a cuyo servicio se encuentre la autoridad pública que impartió dicha orden o instrucción. En los demás casos, la legislación ambiental -la LRM-, se remite a lo que la legislación autonómica disponga. Bajo esta legislación se determinará cómo podrá el “Operador” recuperar los costes cuando el daño haya sido producido sin la interferencia de ningún elemento subjetivo -culpa, dolo o negligencia- y como consecuencia de actividades que o bien son el objeto de una autorización a la que están sometidas las actividades del Anexo III o bien no se consideraron potencialmente peligrosas en el momento en que el daño se produjo. En estos casos, tal como Betancor¹³⁵² denota, existe un “fallo regulatorio”: la autorización o la regulación no contemplaron o lo hicieron de manera deficiente la posibilidad del daño. Esta circunstancia arguye el maestro, es la que justifica que la compensación se realice a través de fondos públicos como el Fondo estatal de reparación de daños ambientales, el cual está destinado a sufragar los costes derivados de medidas de prevención, de evitación o de reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal (artículo 34).

5.5 Los “costs of cleanup” en los Estados Unidos (“CERCLA”)

Cuando se produce una liberación o una amenaza sustancial de liberación de cualquier sustancia peligrosa o cualquier contaminante en el ambiente que pueda representar un peligro inminente y sustancial para la salud pública y el bienestar, “CERCLA” autoriza a la EPA a eliminar o a tomar otras medidas correctivas, con respecto a la sustancia peligrosa o contaminante. “CERCLA”, autoriza al gobierno federal a limpiar los sitios desde los cuales las “releases” de las “hazardous substances” ocurrieron o están ocurriendo. Las actividades federales de “response” que están autorizadas se dividen en dos categorías que serán analizadas a posteriori:¹³⁵³

¹³⁵² Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1773.

¹³⁵³ Ferrey, *Environmental Law...*, 377.

a) Short-term removal or emergency response activities.¹³⁵⁴

b) Long-term remedial activities.

Tal como vemos, es aquí cuando las “*Removal actions*” y las “*remedial actions*” anteriormente detalladas cobran pleno vigor. El Presidente tiene la autoridad para actuar de conformidad con lo que dispone “*CERCLA*” (artículo 104) y realizar lo siguiente:

“Remove or arrange for the removal of, and provide for remedial action relating to such hazardous substance, pollutant, or contaminant at any time (including its removal from any contaminated natural resource), or take any other response measure consistent with then national contingency plan which the President deems necessary to protect the public health or welfare or the environment...”,¹³⁵⁵ (42 USC 9604 (a) (1)).

La “*release*” o la amenaza puede ser percibida a discreción del Presidente, en cuyo caso es considerada como una emergencia de salud pública o ambiental. Nadie más ostenta la autoridad ni la capacidad para responder efectivamente ante tal emergencia. El Presidente lo deberá hacer de manera oportuna, es decir, puede tomar una acción o una medida directa (42 USC 9604 (a) (4)).

El Presidente ejecuta “*remedial actions*” contingentes, supeditadas a la garantía paralela del Estado de que mantendrá y operará las actividades de limpieza iniciadas por el gobierno federal durante el tiempo que sea necesario, asegurará la disponibilidad de una

¹³⁵⁴ Sólo se pueden gastar 2 millones de fondos federales en una “*short-term removal*” o actividad de eliminación a corto plazo o “*emergency response*”, antes de incluir el sitio en la NPL. La EPA usa el dinero del “*Superfund*” para financiar y cumplir con estas acciones. Vid., Ferrey, *Environmental Law...*, 377.

¹³⁵⁵ “*Eliminar o hacer arreglos para la eliminación de, y proporcionar medidas correctivas relacionadas con dicha sustancia peligrosa, contaminante o contaminante en cualquier momento (incluida su eliminación de cualquier recurso natural contaminado), o tomar cualquier otra medida de respuesta compatible con el plan de contingencia ational que entonces el presidente deems necesario para proteger la salud pública o el bienestar o el medio ambiente*”. (la traducción nos pertenece).

instalación adecuada de eliminación de desechos peligrosos en el Estado y asumirá una parte de los “*response costs*” financiados por el gobierno y que han sido incurridos. Un estado debe aceptar asumir el diez por ciento de los “*response costs*” o el cincuenta por ciento si la instalación es de propiedad estatal. Si la “*remedial action*” se considera necesaria en tierras de propiedad de nativos americanos, los “*state cost sharing requirements*” no se aplican. Cuando la EPA realiza la limpieza a través de sus propios contratistas, de acuerdo con los informes de la GAO, la ineficiencia y el trabajo innecesario continúa haciendo que estas limpiezas sean significativamente más costosas que cuando los PRP’s realizan las limpiezas por su propia cuenta.¹³⁵⁶

“REMEDIAL” Y “REMOVAL”: Mientras “*CERCLA*” ha sido monumental en los esfuerzos de los entes gubernamentales y privados para remediar los bienes contaminados y recuperar los costos de quienes son responsables, siguen existiendo tipos significativos de contaminación y daños que “*CERCLA*” no cubre, razón por la cual el “*State Law*” y el “*Common Law*” siguen desempeñando un papel importante.¹³⁵⁷ Sin embargo, “*CERCLA*”, a diferencia de otras leyes ambientales que rigen la generación, manejo y disposición de materiales y desechos peligrosos, provee un mecanismo para que el gobierno federal, los gobiernos estatales y locales, las tribus y las partes privadas recuperen los costos - *asociados con la contaminación ocurrida*- en los que hayan incurrido; costos de remediación relacionados con la liberación de “*hazardous substances*”. Efectivamente, cualquier entidad privada o gubernamental puede demandar a una “*persona*” eventualmente responsable para recuperar los “*response costs*”¹³⁵⁸ resultantes de cualquier “*release*” de una “*hazardous substance*” desde una “*facility*”, siempre y cuando esos costos sean incurridos de manera consistente con el “*National Contingence Plan*” o “*NCP*” (42 U.S.C. 9605).

El NCP es un conjunto de reglamentos federales que regulan los procedimientos que la EPA y las personas privadas deben seguir para seleccionar y llevar a cabo las “*response actions*” y guiar las

¹³⁵⁶ Ferrey, *Environmental Law...*, 378.

¹³⁵⁷ Klass, «*CERCLA, State Law*», 683-686.

¹³⁵⁸ *Ibíd.*, 682.

actividades de limpieza, si lo que pretende quien lleva a cabo la limpieza, es recuperar esos costos, de quienes son responsables - *bajo el techo de "CERCLA"*-. Como parte del NCP, la EPA estableció el "*National Hazardous Substances Response Plan*", el cual esboza las pautas para responder por las "*releases*" de "*hazardous substances*", "*pollutants*" y "*contaminants*". Está diseñado para garantizar que sólo se busquen medidas rentables ("*cost-effective measures*"). El NCP designa procedimientos para determinar cuánto dinero se debe gastar en un sitio y la medida apropiada de remoción, remediación u otras acciones necesarias si es necesario ejecutar medidas correctivas. Si la "*remedial action*" es necesaria, la EPA o la agencia principal del estado desarrolla un plan de relaciones con la comunidad.¹³⁵⁹ Ahora bien, los requisitos del NCP se deben tener en cuenta respecto de la naturaleza diferente de cada "*response cleanup*", la cual puede estar asociada con las "*removal actions*" (*acciones de eliminación*) o con las "*remedial actions*" (*acciones correctivas*), siendo muy diferentes una y otra:

- La "**removal action**" es una acción a corto plazo para hacer frente a una situación de emergencia, con el fin de disminuir la amenaza inmediata de un sitio de desechos peligrosos. Se realiza generalmente con bastante rapidez para estabilizar el sitio y eliminar una amenaza inmediata para la salud humana y el ambiente. Las "*removal actions*" (*acciones de remoción o eliminación*) son una respuesta temporal a las emergencias inmediatas, mientras que las "*remedial actions*" (*acciones correctivas*) están destinadas a ser soluciones permanentes, incluyendo el tratamiento que hace que las sustancias peligrosas sean benignas o menos peligrosas.¹³⁶⁰

Mientras tanto,

- la "**remedial action**" es una acción de limpieza a largo plazo diseñada para eliminar permanentemente cualquier amenaza que un sitio pueda plantear, pudiendo tomar años o décadas para completarse.¹³⁶¹ Toda "*remedial action*" adoptada por

¹³⁵⁹ Ferrey, *Environmental Law...*, 378.

¹³⁶⁰ Pendergrass, «Legal Background», 6.

¹³⁶¹ §40 CFR 309.700 (c).

la EPA debe ser protectora de la salud humana y el ambiente, rentable y debe utilizar soluciones permanentes en lo posible. Quienes causen un daño, bajo “CERCLA” son objetiva, conjunta y solidariamente responsables por dicho daño.¹³⁶²

Para ser consistente con el NCP, las “*remedial actions*” deben incluir:

- 1.- Una investigación del sitio y un análisis de las alternativas correctivas “*remedial alternatives*”.
 - 2.- Cumplimiento con las regulaciones de NCP relacionadas con el desarrollo, detección, pruebas e investigación, análisis y selección de los métodos de limpieza
 - 3.- Una oportunidad para el comentario público sobre el remedio seleccionado
 - 4.- Una “*cost-effective response*” (*respuesta rentable*).
- (40 CFR 300.700 (c))

Como enfoque básico, la EPA compila listas de estados prioritarios y a los potencialmente responsables para promover y maximizar la cantidad de limpiezas financiadas de manera privada, organizando el “*Superfund*” para financiar aquellas limpiezas prioritarias para las cuales la “*private response activity*” (*actividad de respuesta privada*) es inadecuada. Para empezar, la EPA hace una evaluación preliminar de cada sitio para determinar los riesgos generales a la salud y al ambiente y las prioridades entre los varios sitios de desechos. La información preliminar de la evaluación del sitio se almacena en el “*Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Information System (CERCLIS)*” (*Sistema Integral de Información Ambiental*), una compilación de los sitios de liberación de sustancias peligrosas (“*hazardous substance release sites*”). La EPA luego cuantifica los riesgos potenciales que caracteriza a cada sitio conduciendo una evaluación “*FITS*” y traslada esto a un puntaje numérico. El “*Hazard Ranking System (HRS)*” evalúa la toxicidad, cantidad y concentración de los residuos (40 C.F.R. 300, *apéndice A*). Ese puntaje habilita a la EPA

¹³⁶² Kyle Crawford et al., «Environmental Crimes», 1203.

para determinar qué sitios son más serios y pertenecen al NPL. Para cada “*facility*”, el HRS produce un sólo valor del riesgo que refleja el potencial de exposición y el grado de peligro de las “*hazardous substances*” involucradas. El NPL prioriza qué “*facilities*” son viables para las “*remedial o removal actions*” (42 U.S.C 9605 (a) 8 (a)). Estos sitios -NPL- tienen derecho a más del límite de \$ 2 millones de los fondos de emergencia federales para reparar sus problemas. Después de que cualquier emergencia es direccionada, la EPA conducirá una “*remedial investigation*” -RI-, para caracterizar la contaminación en el sitio y un “*feasibility study*” -FS-, para evaluar las diferentes opciones de “*remediation*”, antes de elegir el tipo de remediación como parte del récord de decisión de la EPA (ROD). El proceso del ROD abarca el comentario público y la decisión en el registro, de acuerdo con el procedimiento administrativo (42 U.S.C 9605 (a)).¹³⁶³

5.6 La prevención y de evitación de un daño ambiental

“... nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables” (artículo 1105 Código civil español).

Este mandato legal que el sistema clásico recoge, nos involucra dentro de dos armazones. Lo previsible y lo imprevisible. De este modo, la “*Previsibilidad es una condición de la responsabilidad y, a la inversa, la imprevisibilidad es un factor de exoneración*”.¹³⁶⁴ En otras palabras, la previsibilidad del daño es imperiosa (*debe haber existido*), para poder luego, calificar de negligente la conducta de un sujeto determinado, pero este mismo sujeto, no puede ni debe, responder por aquellos daños que fuesen imprevisibles. En materia de daños, estos elementos cobran vida jurídica en cuanto a la responsabilidad por culpa, ya que únicamente ha de responder o será responsable, quien haya causado daños pero, siempre y cuando, éstos hubieran podido y debido preverse; por lo tanto, juzgar lo inevitable si los daños no fuesen previsibles carece de sentido. Por ello la exclusión de responsabilidad que hace el Código Civil español. Tradicionalmente, estos elementos

¹³⁶³ Ferrey, *Environmental Law...*, 378-379.

¹³⁶⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 276.

configuran los límites y la categoría de lo que se conoce como “*caso fortuito*”.

El incremento de las situaciones generadoras de riesgos y peligros debido a las innovaciones científicas que a pasos gigantes van apareciendo, ha provocado que a nivel jurisprudencial y doctrinario se invoque el “*principio de precaución*”¹³⁶⁵, que puede plasmarse, a través de dos tipos de medidas, bien sean las que están investidas de carácter preventivo o bien se trate de las medidas reparadoras.

Las medidas preventivas o de evitación de los daños ambientales son consideradas de especial relevancia en atención a la protección de los intereses colectivos, pues las técnicas que no inciden sobre la fuente del daño, carecen de idoneidad para satisfacer a un grupo social interesado.¹³⁶⁶

La diligencia respecto de los daños acaecidos que debe analizarse con lupa jurídica, comporta dos tipos de deberes:¹³⁶⁷

- a) De *previsión*, que a pesar de la dificultad que acarrea la determinación de sus deberes, involucra la adopción de medidas de prevención, las cuales deberán ser adecuadas y no creadoras de otros riesgos. El objeto de previsión, es decir lo que debe preverse, es un tipo genérico de daño, “*no un daño en abstracto pero tampoco un daño en concreto*”. La previsibilidad debe referirse al tipo de daño indemnizable causado sin que tenga que extenderse a la cadena causal de la cual pueden derivarse otros daños (*aquí puede surgir un problema de causalidad*). Tampoco se necesita que la víctima se ubique dentro de las posibilidades de un individuo identificado. Basta con saber que forma parte de un grupo de personas respecto de las cuales sea previsible que el daño pueda producirse. La diligencia que se exige es una diligencia media, sin que sean necesarios niveles de sacrificio. Por lo tanto, los elementos y los medios para desarrollar las actividades de previsión se fundamentarán en los mismos criterios. La diligencia estimada como medida

¹³⁶⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 128-132.

¹³⁶⁶ *Ibíd.*

¹³⁶⁷ Díez-Picazo, *Fundamentos del...*, 277-278.

de sacrificios especiales de quienes se dedican a actividades de prevención, no debe suponer costos extraordinarios, medidos en relación con la gravedad de los sucesos y su probabilidad.

- b) De *evitación*, que conlleva la adopción de medidas que pueden consistir en información suficiente a fin de que los eventuales perjudicados adopten por sí solos medidas especiales. Ahora bien, el hecho de que la evitabilidad y los deberes de prevención sean generados por la previsibilidad, determina que las condiciones de la evitabilidad deban ser medidas en el momento de la previsibilidad y no en otro anterior o posterior.

En materia ambiental, estos deberes no están en sintonía con la producción del daño ambiental del mismo modo como ocurre en el ámbito del Derecho de daños. En este último campo, la situación jurídica del agente antes de la producción del daño es relevante a los efectos de determinar la culpabilidad, pues como lo hemos resaltado a lo largo de este trabajo, el concepto de culpa que el Código Civil español utiliza, es el reverso del concepto de diligencia (*artículo 1902*). Tal como manifiesta el profesor Betancor,¹³⁶⁸ el agente es el responsable porque es culpable y lo es por negligencia, es decir, por haber incumplido con el deber jurídico de adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño previsible. Es la base de la culpabilidad del daño una vez éste se ha producido, la que lo convierte en agente-causante y, por ende, responsable. En el campo ambiental, la prevención ocupa un lugar trascendental, pero más aún respecto de la responsabilidad ambiental, llegando a ser la situación jurídica del agente singularmente relevante antes de que el daño acontezca e, incluso, sin que éste se produzca; es la legislación administrativa la que prefigura esta situación con la finalidad precisamente de evitar el daño. El agente es el causante del daño y, por ende, su responsable.¹³⁶⁹ La acción del agente es la que causa el daño y lo convierte en su responsable con la consecuencia jurídica de que debe perseguir su reparación. El hecho físico de la causa con el jurídico de la responsabilidad se combinan. Esta combinación

¹³⁶⁸ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1741-1742.

¹³⁶⁹ Uno de los matices a la responsabilidad del causante es el relativo a la Administración productora de los daños.

está en el núcleo básico de la responsabilidad por daños. No basta aquel pues se requiere un régimen jurídico que determine en qué circunstancias y conforme a qué condiciones el causante es el responsable jurídico. El régimen jurídico de la responsabilidad responde tradicionalmente a la finalidad de la reparación; la responsabilidad (*jurídica*) es la base del deber (*jurídico*) de reparar. Una vez causado el daño, el causante tiene el deber de reparar en tanto que responsable jurídico del mismo. En el caso de la responsabilidad por los daños ambientales esta manera de concebir la responsabilidad resulta insuficiente. La finalidad de la responsabilidad ambiental no es sólo la reparación sino también la prevención, la cual devine incluso en la más importante, tal como se ve reflejado en el estatuto jurídico del agente. A diferencia de la responsabilidad extracontractual, la legislación de la responsabilidad ambiental configura un estatuto jurídico del agente esencialmente para la prevención del daño. La reparación es secundaria.¹³⁷⁰

¿Cuál es la génesis de la importancia del deber de prevención en la Directiva 2004/35/ce y la LRM?

La Directiva 2004/35/CE ha establecido que el “Operador” de un daño ambiental o que haya supuesto una amenaza inminente de que éste se produzca, sea declarado responsable financieramente y como tal, adopte las medidas necesarias de prevención y reparación de para mitigar los riesgos de este tipo de daños. La prevención, al igual que la reparación de los daños ambientales está íntimamente ligada al principio “*Quien contamina paga*” y al principio de desarrollo sostenible (*considerando 2*), lo cual se plasma como objeto central del marco de responsabilidad ambiental instituido por este instrumento legal (*artículo 1*). La LRM al transponerla, se ha sustentado no sólo en los mismos principios instaurados por la Directiva 2004/35/CE, sino que además, se funda sobre la base del artículo 45 de la Constitución española y de esta manera, configura como eje rector también la regulación de la responsabilidad de los operadores en materia de prevención, evitación y reparación de daños ambientales (*artículo 1*).

Todos esos principios sirven a un fin en común: evitar que el daño

¹³⁷⁰ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1740-1741.

se produzca. La mejor reparación es la ausencia del daño. La clave jurídica primordial se traduce en la prevención. El deber de prevenir, es la consecuencia del deber constitucional de conservar el ambiente. Se ha de conservar la Naturaleza por que así se garantiza el derecho a disfrutar de los recursos naturales que ésta brinda. Se reconoce constitucionalmente un derecho y una contraprestación que éste empuja, el deber de conservación (*artículo 45.1 Constitución española*); ambos con el único fin de contar con un ambiente adecuado para el desarrollo del ser humano. El incumplimiento de este deber, gracias a falta de cuidado o prevención, haría que la legislación de responsabilidad cobre pleno vigor y se instaurase se produce un daño ambiental, obligando a responder a quien lo causó porque no lo evitó, cuando pudo haberlo hecho.

De igual manera, la violación de este deber, puede implicar una sanción, administrativa o penal, además de la obligación de reparar el daño causado. La tipificación de las infracciones, comúnmente incluyen, tanto la acción ilegal y la producción del daño. Su correspondencia justifica que la sanción traiga consigo la obligación de reparar y costear los gastos que ésta demande. Todo esto, también consecuencia directa de lo que prevé la Constitución española (*artículo 45.3*).

La obligación de los poderes públicos de velar por la restauración del ambiente ante la presencia de un daño ambiental se encuentra regulada en la Constitución (*artículo 45.2 CE*). La Administración Pública ha de realizar una actividad de vigilancia y control sobre la utilización racional de los recursos con el objetivo de proteger y mejorar la calidad de vida, defender y restaurar el ambiente. Esta obligación vuelve a tomar fuerza en su apartado tercero, pero en este caso se dirige quienes lesionen el ambiente.¹³⁷¹

Por lo tanto, el deber de prevención es un deber ciudadano, cuyo propósito es imposibilitar que se produzcan daños sobre los recursos naturales. En efecto, si se ocasionasen daños sobre las especies y hábitats naturales, aguas y suelo, considerados en su mayoría como bienes demaniales o sujetos a tutela jurídica o ambos, la responsabilidad ambiental se instaurará. Existe una clara

¹³⁷¹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 189-191.

relación entre el carácter público de estos bienes, de la tutela pública, de la responsabilidad por este tipo de daños y el deber de prevención y evitación que éstos acontezcan. El carácter público de dichos bienes, presenta algunas particularidades que de manera conjunta, vendrían a configurar la arquitectura del principio de prevención:¹³⁷²

- a) Configura un estatuto jurídico de los eventuales dañadores, que gira alrededor del deber mencionado.
- b) Se constituye como un elemento básico del estatuto de los ciudadanos en su relación con los recursos naturales.
- c) Es un deber para determinados sujetos, “*los Operadores*”, que se ve fortalecido en relación con ciertas actividades que contienen ciertas cualidades objetivas que las hacen adecuadas para producir daños ambientales.

El deber de prevención en materia de responsabilidad ambiental generaba cierta duda, respecto de si se trata de un deber ciudadano o de un deber profesional. Al respecto hemos de realizar algunas precisiones:

En primer lugar, hemos de puntualizar que tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM han configurado la categoría jurídica de “*Operador*”, quien será el posible sujeto responsable de un daño ambiental. Es él, quien está obligado a evitar y prevenir que dicho daño se produzca.

En segundo lugar, el deber de prevenir, es un deber universal. Esto significa, que tanto los operadores que lleven a cabo alguna de las actividades económicas que consten en la lista del Anexo III como los que desarrollen otras actividades diferentes de aquellas, han de adoptar de igual manera las medidas de prevención necesarias para evitar el daño o ante una amenaza inminente de que éste se produzca. En cualquier caso, se estará a lo dispuesto por la Directiva 2004/35/CE y la LRM en cuanto a la atribución de responsabilidad (*artículo 3 de ambas*), pues como ya hemos visto en el caso de las actividades consideradas menos peligrosas, si bien pueden haber

¹³⁷² Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1743-1744.

causado el daño, puede ser que esto no sea suficiente para que la responsabilidad surja, como sucede sobretodo en cuanto a la adopción de las medidas de reparación según veremos más adelante (*pues dependerá de la intervención de los elementos subjetivos de dolo, culpa o negligencia*). Esta universalización -consagrada desde la *Exposición de Motivos de la LRM, preámbulo II-*, representa la conexión trascendental e imperiosa que existe y debe existir entre el deber de prevención y el de conservación de la naturaleza.

Se trata entonces, de un deber ciudadano que está inserto en el estatuto jurídico de los operadores que la propia legislación ha identificado como responsables de actividades económicas peligrosas desde el punto de vista ambiental. De conformidad a lo que estudiamos al analizar la causalidad, en este tipo de actividades, incluso se puede prescindir de ésta para determinar la responsabilidad; es tan innecesaria que la propia Ley puede presumirla. Es por ello que se configurará una responsabilidad objetiva, fundada como sabemos en los peligros objetivamente vinculados a ciertas actividades. Todo gracias a que la propia LRM ha instituido la presunción de que las actividades incorporadas en el Anexo III reúnen las condiciones objetivas adecuadas para deducir que en caso de producirse un daño ambiental, quien las haya ejecutado será el responsable del mismo, salvo prueba en contrario (*artículo 3.1 LRM*). La actividad es social y económicamente relevante, razón por la cual su responsable soporta un estatuto jurídico en el que los deberes de prevenir y evitar son trascendentales y que cualquier otro sujeto no los soportan.¹³⁷³

Frente a ello, no se puede decir que este principio/deber sólo lo soportan estos operadores. Estaríamos ceñidos y limitados a una interpretación restrictiva de la Constitución. Ha de interpretarse que ese principio/deber está reforzado cuando se trata de las actividades contempladas en el Anexo III de la LRM. La situación del titular de ciertas actividades consideradas peligrosas, es la que conlleva a que sea quien soporte este deber urgente, ilustre en el marco institucional de la responsabilidad ambiental: prevenir el daño ambiental. En efecto, la peligrosidad de la actividad coloca al “Operador” bajo una responsabilidad cuyo eje central es la prevención y la evitación, es decir, este sujeto soporta una

¹³⁷³ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1746.

responsabilidad jurídica que surge de la peligrosidad de la actividad que se constituye como un estatuto jurídico orientado a la evitación del daño. Sin embargo, si el daño se produce, se configurará la responsabilidad ambiental. Es la consecuencia de dicho estatuto y de aquella responsabilidad jurídica especial. El deber de prevención es el trasunto en el estatuto y la responsabilidad indicada del deber de conservación de los recursos naturales establecido en la Constitución española (*artículo 45*),¹³⁷⁴ como se destacó ya en líneas anteriores.

De esta manera, el deber de prevención se consolida como la piedra angular de la responsabilidad ambiental. Tiene un contenido y una consecuencia en la LRM. En relación con el contenido, el “Operador” está obligado a adoptar las medidas correspondientes para alcanzar los objetivos perseguidos, prevenir y evitar. Tanto la Directiva 2004/35/CE como la LRM, han delimitado el alcance de las medidas preventivas y de evitación, aunque estas últimas han sido definidas únicamente por la LRM. De manera similar, ambos cuerpos legales entienden por “medida preventiva” o “medida de prevención”, a cualquier medida adoptada en respuesta a un suceso, acto u omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño ambiental, con el objeto de impedir la producción o reducir al máximo dicho daño (*artículo 2.10 Directiva 2004/35/CE y artículo 2.14 LRM*). Mientras tanto, como hemos dicho, sólo la LRM, ha incluido el concepto de la “medida de evitación de nuevos daños”, entendiéndose por ésta a aquélla que, ya producido el daño ambiental, busque limitar o impedir daños mayores, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera (*artículo 2.15*). Las primeras se aplicarán ante la amenaza inminente del daño, mientras las segundas se adoptarán a posteriori, es decir, luego de que el daño se haya producido y así poder evitar posibles nuevos daños.

Según esta definición *-a falta de mención expresa-*, este tipo de medidas se pueden aplicar independientemente de que el hecho, acto u omisión sea consecuencia actividades incluidas o no en el anexo III de la LRM; su obligatoriedad se extiende a ambos tipos, e incluso, cuando no haya mediado dolo, culpa o negligencia. De esta manera, el sistema de responsabilidad en relación con las medidas

¹³⁷⁴ *Ibíd.*, 1746-1747.

de prevención y evitación, alcanzará a cualquier tipo de operador y actividad.¹³⁷⁵

La LRM ha logrado ampliar lo dispuesto en la Directiva 2004/35/CE, respecto de las medidas de prevención y evitación, a cualquier tipo de amenaza inminente de daño ambiental. En este escenario se desencadena la consecuencia. El “operador” no sólo debe adoptar las medidas de prevención y evitación, sino además, asumir los costes económicos respectivos que demande la adopción de estas medidas (*artículo 8.1 y 2 Directiva 2004/35/CE*). La primera obligación no admite liberación, pero la segunda, que corresponde a sufragar los costos, sí puede ser liberada,¹³⁷⁶ aunque únicamente en las circunstancias que determinan la Directiva 2004/35/CE y la LRM:

1.- Por la actuación de un tercero.

2.- Ante el cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente.

(*artículo 8.3 a) y b) Directiva 2004/35/CE y artículo 14.1, a) y b) LRM*).

En todo caso, el operador que haya incurrido en los costes respecto de dichas medidas, pero que lo haya hecho bajo la concurrencia de alguno de estos supuestos, los podrá recuperar a través de la acción de repetición ante terceros (*artículo 16 LRM*) o mediante la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (*artículo 15 LRM*).

Además de todo lo expuesto, hay que enfatizar que si el “operador” no ha prevenido o evitado el daño ambiental, en caso de sobrevenir éste, deberá emprender su deber consiguiente, el de reparación, consecuencia inmediata del mecanismo de responsabilidad ambiental. Sin embargo, mientras el deber de prevención o evitación de nuevos daños deberá surgir siempre, por el carácter universal que lo reviste; el deber de reparación se ha de plasmar sólo ante determinadas circunstancias, a pesar de que la actividad que opere el sujeto responsable sea la causa del daño ambiental,

¹³⁷⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 190.

¹³⁷⁶ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1747-1748.

como lo explicaremos próximamente al tratar sobre la reparación y la adopción de las medidas reparadoras.

5.7 Obligaciones del operador respecto de la prevención y evitación de daños ambientales

La obligación de índole general que recae sobre todos los operadores, los sujetos responsables de la actividad económica que lleven a cabo, en cuanto a la adopción y ejecución de las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños ambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, está contemplada en la propia LRM (*artículo 9 LRM*). Enfocándonos en las dos primeras, éstas vienen a ser el efecto directo de la acción preventiva que postula la Directiva 2004/35/CE (*artículo 5.1*), cuando los daños ambientales aún no se hayan producido pero exista una amenaza inminente de que esto suceda, en cuyo caso y sin demora el operador está obligado a adoptar todas las medidas preventivas necesarias y en caso de que ésta no desaparezca, pese a las medidas preventivas adoptadas, se ve obligado también a comunicar lo antes posible, esta situación a la autoridad competente.

Las obligaciones que deben ser cumplidas por el “operador” en materia de prevención y de evitación de nuevos daños están expresamente detalladas en la LRM (*artículo 17*), destacándose de manera resumida las siguientes:

1. Deberá adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo, las medidas preventivas apropiadas ante una amenaza inminente de daños ambientales originada por cualquier actividad económica o profesional.
2. En los mismos términos, cuando se hayan producido daños ambientales causados por cualquier actividad económica o profesional, deberá aplicar las medidas apropiadas de evitación de nuevos daños, con independencia de que haya de adoptar medidas de reparación por aplicación del anexo II, sin perjuicio de los criterios adicionales que con el mismo objetivo establezcan las comunidades autónomas.
3. Deberán comunicar de manera inmediata a la autoridad

competente todos los aspectos respecto de los daños ambientales o a la amenaza inminente de éstos (*en armonía con el artículo 9.2*), así como las medidas de prevención y evitación adoptadas y si tal amenaza no desaparece, a pesar de que haya adoptado las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños.

De todos estos postulados, se denota el propósito del legislador en investir de una nota de inmediatez a aquellas medidas que el operador tuviese que adoptar para prevenir y evitar daños o amenazas inminentes de que éstos se produzcan. Esta celeridad no sólo tiene cabida ante una amenaza inminente sino que también es requerida cuando el daño ya ha tenido lugar, como sucede en el segundo caso en el que se exige la adopción de las medidas de prevención, independientemente de que el “operador” esté o no sujeto a la obligación de adoptar medidas de reparación. A pesar de estas diferencias que surgen entre las dos primeras obligaciones, se puede exigir su aplicabilidad, independientemente de la actividad económica o profesional que los hayan ocasionado. Así, para la determinación de las medidas de prevención y evitación de nuevos daños, la LRM se someterá a una serie de criterios con la intención de alcanzar una aplicación eficiente, contenidos en el Anexo II, punto 1.3, así como en la legislación desarrollada por cada CC.AA. Si bien estos criterios son especialmente diseñados para la correcta elección de las medidas reparadoras, no se constituye en un obstáculo y son igualmente aplicables para las medidas de prevención y evitación. No obstante, en cuanto al coste que estas medidas implican, se estará a lo que el RLRM determina (*artículo 33.3*).¹³⁷⁷

Debido al rol dominante que el principio/deber de prevención desempeña en el Derecho Ambiental y su reflejo en la incorporación hecha por la normativa de responsabilidad ambiental que venimos analizando, con la intención de fomentar la adopción de las medidas de prevención y evitación, la Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la LRM, dispone a las autoridades competentes adoptarán medidas para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos ambientales entre los operadores, con la finalidad de gestionar el riesgo ambiental de las actividades

¹³⁷⁷ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 192-193.

que se lleven a cabo (*artículo 17 bis*).

a) La potestad administrativa en materia preventiva o de evitación de nuevos daños ambientales

Faz al deber del agente/operador *-de prevención o evitación-*, la Administración ostenta poderes para hacerlo cumplir: las potestades de prevención o de evitación.¹³⁷⁸ Dicho de otro modo, cuando la autoridad competente considere que existe algún tipo de amenaza de daño o de producción de nuevos daños, podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada, cualquiera de las siguientes decisiones que están enmarcadas en la propia LRM (*artículo 18*):

a) Exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de producción de daño ambiental cuando existan indicios de que éste va a producirse.

b) Exigir al operador que adopte las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños de manera inmediata y requerir su cumplimiento. Esta medida presenta una redacción defectuosa. Sin embargo, podría interpretarse que ha de aplicarse en las mismas circunstancias que la primera, o sea, ante una amenaza inminente de producción de daño.¹³⁷⁹

c) Emitir instrucciones de obligado cumplimiento al operador, sobre las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que deba adoptar o dejar de hacerlo.

¹³⁷⁸ Para profundizar más sobre las potestades de la Administración Pública y las medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, veáse, Jacobo Martín Fernández, «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (arts. 17 a 23)», en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, coord. por Blanca Lozano Cutanda (Navarra: Civitas, 2008), 293-314.

¹³⁷⁹ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1750.

d) Ejecutar las medidas de prevención o de evitación cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23¹³⁸⁰ y 47¹³⁸¹ de la LRM, que justifican la acción directa de la Administración o la ejecución forzosa.¹³⁸²

¹³⁸⁰ Artículo 23 “Actuación Directa de la Administración”: “1.- Por requerirlo la más eficaz protección de los recursos naturales, y de los servicios que éstos prestan, la autoridad competente podrá acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, atendiendo... a las siguientes circunstancias: **a)** Que no se haya podido identificar al operador responsable y no quepa esperar a ello sin peligro de que se produzcan daños medioambientales. **b)** Que haya diversos operadores responsables y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta ejecución de las medidas. **c)** Que se requieran estudios, conocimientos o medios técnicos que así lo aconsejen. **d)** Que sean necesarias actuaciones en bienes de las Administraciones públicas o en los de propiedad privada de terceros que hagan difícil o inconveniente su realización por el operador responsable. **e)** Que la gravedad y la trascendencia del daño así lo exijan”. Dentro de este listado de circunstancias, faltaría incluir la situación de emergencia.

¹³⁸¹ **Artículo 47 “Ejecución forzosa”** “1. En caso de incumplimiento, las resoluciones administrativas que impongan el deber de realizar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales serán objeto de ejecución forzosa, previo apercibimiento. Dicha ejecución podrá ser instada por los interesados.

2. La autoridad competente procederá a la ejecución subsidiaria, especialmente cuando el daño medioambiental sea grave o la amenaza de daño sea inminente.

3. Cuando se estimara conveniente por no comportar retrasos que puedan poner en peligro los recursos naturales afectados, la autoridad competente podrá imponer sucesivamente hasta un máximo de cinco multas coercitivas, cada una de ellas por un importe máximo del diez por ciento del coste estimado del conjunto de las medidas en ejecución”.

¹³⁸² Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1750-1752. Como bien refiere el autor, no parece adecuado confundir las potestades que goza la Administración para obligar a la adopción de las medidas preventivas con las potestades de ejecución forzosa de las medidas impuestas en caso de que el obligado las desconozca. La confusión es más desmesurada, cuando se mezclan la acción directa de la Administración con la ejecución forzosa. No existe una relación directa entre esta última medida con las potestades de exigencia de los deberes de prevención y evitación. Tampoco puede confundirse entre aquella potestad que impone una obligación y la que sirve a la ejecución forzosa de la misma en caso de incumplimiento. La LRM (*artículo 18*) hace un inventario de potestades pero con escaso rigor tanto por exceso (*al incluir distintas potestades de distinta naturaleza*) como por defecto (*pues excluye la sancionadora prevista en el artículo 22 LRM*). Las infracciones son las establecidas en el artículo 37 de la LRM, que se traducen en el incumplimiento de las medidas dirigidas a que los deberes de prevención y de evitación se cumplan; son las que obligan al operador a que facilite información, adopte medidas, acate las instrucciones emanadas de

Estas potestades de prevención y de evitación de las que goza la Administración Pública son la contrapartida del deber de prevención. Todos los operadores a los que refiere la LRM, se convierten en los sujetos pasivos de dichas potestades, pues sobrellevan el cumplimiento obligatorio de dichos deberes. Es la correlación perfecta; la única que puede convertir a dichos deberes en deberes con carácter jurídico que cuenta con un garante más efectivo que el dispensado por la función judicial.¹³⁸³

b) Obligaciones de los operadores

Todo derecho conlleva una prestación/un deber/una obligación. Esta afirmación justifica el por qué existen varias obligaciones que recaen sobre los operadores, pues son generadas como contraprestación del uso o explotación de los recursos naturales, ciertamente, utilizados para el desempeño de sus actividades profesionales (*riesgosas o no*), para su beneficio económico. La LRM fija dichas obligaciones, las cuales están sustentadas en los principios de prevención, evitación y reparación (*artículo 9*).

autoridad competente, informe de la existencia de un daño ambiental o de una amenaza de daño, rinda las garantías financieras. Estas medidas se adoptarán después de seguirse el procedimiento administrativo para exigir la responsabilidad del operador (*artículos 41 y ss*), en cuanto a la producción de ciertos daños y las medidas que deben adoptarse para su reparación. Aunque no sea el procedimiento más adecuado para la amenaza del daño, la vía procedimental sería la de las medidas provisionales que deben adoptarse “*durante la tramitación de los procedimientos*” (*artículo 44 LRM*) por lo que debería haberse iniciado un procedimiento conforme al artículo 41 LRM y la actuación directa (*artículo 23 LRM*). Tal como expone el autor, a pesar de que resulte jurídicamente lógico que las medidas se adopten tras el procedimiento correspondiente, éste no puede ser tan rigurosamente formal que neutralice la eficacia de unas medidas que deben adoptarse de manera perentoria ante la inminencia de los daños. La actuación directa parece brindar esta mayor flexibilidad, al permitir que la autoridad competente actúe obviando el procedimiento previsto en la LRM en casos de emergencia y determine las medidas de evitación, prevención o reparación o para exigir su adopción. Una vez desaparecidas tales circunstancias, la autoridad competente, fijará el importe de los costes de las medidas ejecutadas mediante una resolución y el obligado u obligados a satisfacerlos, la cual será susceptible de ejecución forzosa (*segundo apartado del artículo 23.2 LRM*).

¹³⁸³ Urrutia Garro, «La normativa ambiental», 103; Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1749; Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 194 - 195.

Entre las obligaciones más importantes destacamos las siguientes:

a) Una de sus principales obligaciones está vinculada estrechamente con la Administración. En efecto, ante la presencia de un daño ambiental o alguna amenaza inminente que pudiera provocarlo (*artículo 9.2 LRM*). El “Operador” debe dirigirse en forma inmediata a la Administración, para poner en su conocimiento además, las medidas *-de prevención y/o evitación-* (*artículo 9.2 LRM*) adoptadas.¹³⁸⁴ Por lo tanto, la Administración deberá estar plenamente informada por parte del operador si el daño ambiental ha sido o no producto de la ejecución de la actividad económica - profesional que lleva a cabo (*artículo 9.1 y 2 LRM*). De haber así ocurrido el daño, el operador deberá facilitar toda la información al respecto, contribuyendo también con cualquier dato adicional relativo a aquel daño producido. Deberá incluir también, toda la información que tenga respecto de cualquier amenaza inminente, en caso de haber indicios de que va a producirse el daño ambiental. En el caso de que la amenaza del daño no haya desaparecido, a pesar de las medidas de prevención o evitación adoptadas, el “Operador” deberá igualmente poner de manifiesto este hecho a la autoridad

¹³⁸⁴ Dopazo Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 116. Refuerza la autora, que si bien la obligación que en concreto el artículo 9 impone a los operadores “*que realizaran actividades económicas o/y profesionales de adoptar las medidas preventivas, de evitación y de reparación, así como las medidas para sufragar el coste de las mencionadas, cuando así resulte como efecto de la aplicación de la Ley, se le impone también, el deber de colaboración con la Administración y el deber de comunicación, con respecto a cualquier daño, amenaza o riesgo ambiental, de los que pudiera tener conocimiento en virtud del desarrollo de la actividad de la que es titular, agente o gestor responsable*”. Es por ello que, conforme al marco de atribución de responsabilidades fijado por la LRMA (art. 9), la autora considera que las obligaciones de los operadores se concretan en los siguientes tres contenidos: “a) *Adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños ambientales y sufragar los costes de las mismas, cualquiera que fuese su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos. b) Comunicar de forma inmediata a la autoridad competente la existencia de daños ambientales o la amenaza inminente de dichos daños, que hubieran ocasionado o que pudieran ocasionar. c) Colaborar con la Administración pública en la definición de las medidas reparadoras y en la ejecución de las adoptadas*”; De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, 427. Este autor considera que, “... no son más que la concreción de la obligación genérica que tienen los operadores de colaborar en la definición de las medidas reparadoras y en la ejecución de las adoptadas por la autoridad competente (art. 9.3)”.

competente. Esta obligación también se encuentra apuntada en el artículo 17.4 LRM.¹³⁸⁵

b) De la primera obligación enfocada, surge otro deber para el “Operador”. La adopción de medidas preventivas apropiadas, ante una amenaza inminente de daños ambientales originada por su actividad (*artículo 17.1*), así como de las medidas apropiadas de evitación de nuevos daños cuando esto se hayan producido como consecuencia del desempeño de sus actividades (*artículo 17.2*). En la medida de lo posible, en ambos casos, se debe llevar a cabo este deber atendiendo los criterios establecidos y exigidos en el Anexo II (*punto 1.3*) de la LRM (*tal como lo determina el artículo 17.3*)

c) El “Operador”, debe cumplir con todas las instrucciones que reciba sobre las medidas de prevención y evitación de nuevos daños que debe adoptar o en su caso, que le dispongan dejar sin efecto (*artículo 18.c LRM*). Todas estas medidas, las debe adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, requerimiento o acto administrativo previo. Sin embargo, puede que se vea entorpecido el acatamiento de las medidas por situaciones exógenas a su voluntad, en cuyo caso, hemos de resolver el siguiente interrogante: *¿Qué ocurriría si para adoptar cualesquiera de estas medidas se precisa obtener un permiso administrativo (por ejemplo, una licencia de obras municipal) o cumplir con otro requisito adicional (por ejemplo tramitar una evaluación de impacto ambiental)?* Lamentablemente, no hay norma expresa que exima al “Operador” del cumplimiento de estos requisitos que gozan de carácter general. Por lo tanto, estas decisiones o exigencias administrativas deben ser acatadas por él, sobretodo cuando la autoridad competente así lo decida, porque considera que existe alguna amenaza de daños en contra del ambiente o de producción de nuevos daños y han surgido ciertas obligaciones extras que al respecto dispone también la Ley (*de una materia específica*), que también las debe cumplir. No obstante, la inmediatez que la Ley persigue, consecuentemente, se vería frustrada.¹³⁸⁶

En otras palabras, el cumplimiento de los requisitos, precauciones y condiciones establecidos por normas legales y reglamentarias o de

¹³⁸⁵ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 191-192.

¹³⁸⁶ De Miguel Perales, *Derecho Español del Medio Ambiente*, 426-427.

los fijados en los títulos administrativos, cuya obtención fuese necesaria para ejercer la actividad (*por ejemplo, la autorización ambiental integrada*), no constituyen causa de exoneración automática de responsabilidad *-por los daños ambientales respecto del “Operador”-*. Es más, en este caso, se configura una responsabilidad de carácter objetivo, es decir, sin atender a la presencia del dolo, culpa o negligencia (*aunque sólo en cuanto a los actividades del Anexo III de la Directiva 2004/35/CE*).¹³⁸⁷ Empero, este tipo de responsabilidad procedería, claro está, sin perjuicio de las reglas de *“inexigibilidad de la obligación de sufragar ciertos costes”*, que la propia Directiva comunitaria 2004/35/CE así como la LRM fijan (*artículo 8.4 a) Directiva 2004/35/CE, y artículo 14 LRM*). Entre dichas reglas, se halla precisamente, aquella que permite a los Estados optar por una solución contraria a la expuesta.¹³⁸⁸

Cuando la Administración Pública hubiese adjudicado un contrato o concedido una autorización para el desarrollo de una actividad que hubiese provocado que surja un daño ambiental o amenaza del mismo, ésta colaborará con la autoridad competente sin que, por ello, se deriven responsabilidades para la Administración debido a las actuaciones llevadas a cabo por el operador, salvo en los supuestos previstos en el artículo 14.1.b).¹³⁸⁹

¹³⁸⁷ Dopazo Fraguío, «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales», 117. La autora considera que en este aspecto, el legislador ha reforzado el criterio de carácter objetivo de la responsabilidad ambiental del *“Operador”*, al establecer una presunción de cumplimiento de los requisitos o condiciones impuestas por los títulos administrativos obligatorios para iniciar y desarrollar las actividades del anexo III, sin exonerar al operador de la responsabilidad en la que pudiera incurrir, a pesar de que dicha presunción no opera en los supuestos de *“Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes”* (*artículo 14 de la LRMA*), en concreto: a) *Con motivo de la actuación de un tercero ajeno a la organización de la actividad (existiendo, en todo caso, medidas de prevención y de seguridad adecuadas)*. b) *Con motivo del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente*. Los artículos 14 -apartados 1, 2 y 3- y los artículos 15 y 16 establecen los casos en los que el operador no estaría obligado a cubrir los costes de las medidas preventivas y reparadoras adoptadas. Es por ello, que considera que cuestión distinta será determinar la concurrencia o no de la responsabilidad empresarial efectiva en cada caso concreto.

¹³⁸⁸ Lansagabaster Herrarte, García Ureta y Lazcano Brotóns, *Derecho Ambiental...* 426-427.

¹³⁸⁹ Pedraza Laynez, *La responsabilidad...*, 200-202.

d) El epítome de lo dicho, se traduce en otra obligación que recae sobre los operadores, quienes deberán adoptar o seguir las instrucciones respecto de todas las medidas de carácter urgente para controlar, contener, eliminar, de o hacer frente de otra manera e inmediatamente, a los contaminantes que sean y a cualesquier otro factor perjudicial, con la finalidad de limitar o impedir mayores daños ambientales y efectos adversos para la salud humana, o en los propios servicios (*artículo 21, literal b) LRM*).

CONCLUSIONES

A la luz de lo que hemos estudiado y hemos podido exponer en cada uno de los capítulos de esta tesis doctoral, respecto del daño y la responsabilidad ambiental, estudiando el caso “*Chevron-Texaco*”, en relación con la Directiva 2004/35/CE y la LRM así como con la legislación comparada, podemos formular los siguientes juicios conclusivos:

1.- *EL DAÑO AMBIENTAL ANTITÉTICO AL DAÑO CIVIL.*

Con el fin de denotar el alcance del daño ambiental lo hemos contrapuesto al daño civil. De manera universal, el “*damnum*”, evoca la idea de un detrimento, perjuicio, menoscabo. En el ámbito jurídico, el principio “*Alterum non laedere*” es la base para entender la estructura civil de la responsabilidad. Es fundamental su cumplimiento, porque así se podría colaborar y garantizar que, dentro de una sociedad, todos los seres humanos convivan en armonía. Ante su quebrantamiento, cualquier daño que aquellos sufran en tanto que víctimas, ha de ser sujeto a responsabilidad cuya consecuencia directa es la obligación de resarcimiento (*indemnización pecuniaria generalmente*). Ante la gran variedad de daños que en la cotidianeidad pudiesen surgir,¹³⁹⁰ el daño, desde su concepción prístina supone entonces, un agente que lo provoca *-con su acción u omisión-* y alguien que lo padece (*una víctima*). La lesión ha de recaer sobre un objeto determinado *-bienes o derechos-*. De hecho, el surgimiento del Derecho de Daños o “*Tort Law*” lo que busca resolver es los conflictos que pudiesen asomar entre los sujetos. Este es el punto de interconexión con el Derecho Civil (*siendo las personas su mayor preocupación*). En el caso “*Chevron-Texaco*”, el concepto de “*daño ambiental*” construido por la Corte Provincial de Sucumbíos, tuvo notable influencia de esta definición, entendiéndolo como: “*Toda pérdida disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales*”.¹³⁹¹

¹³⁹⁰ Cf. Pablo Salvador Coderch y Sonia Ramos González, «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2015): 27-28. ISSN-e 1698-739X.

¹³⁹¹ Cf. Sentencia (*Considerando noveno*), a fojas 94.

El daño es el eje de toda estructura de responsabilidad legal. El “*daño ambiental*”, también se ha configurado como la piedra angular del instituto jurídico de la “*responsabilidad*”, pero no de la clásica responsabilidad “*civil o extracontractual*”. La protección del ambiente no forma parte del ámbito de aplicación/protección del sistema jurídico tradicional, salvo indirectamente por la referencia impartida por el artículo 1908 CC español. Aunque, lo que en verdad se protege de forma inmediata es a la persona o a sus bienes, y, sólo por efecto reflejo, los elementos ambientales. Además, la obligación de asumir su responsabilidad, frente a estos daños, sigue gozando de un carácter indemnizatorio.

En el campo doctrinario, se habla del daño material o patrimonial (*que recae sobre un objeto -susceptible de comercio-, directa o indirectamente*) y del daño no patrimonial o daño moral (*que alude a los derechos de la personalidad y se caracteriza por su extrapatrimonialidad*). Sin embargo, el daño ambiental no tiene cabida en ninguno de ellos. Incluso por esta razón, existe también la clasificación jurídica que la doctrina ha creado para diferenciar entre “*daños individuales*” y “*daños colectivos*” (*lo que en los EEUU. correspondería a las “personal injuries” y las “environmental suits”*), impulsando a su vez en el orden ambiental, como efecto reflejo de estos últimos, el surgimiento de los daños “*ambientales personales*” y los “*ambientales ecológicos puros*”. Los daños individuales, son aquellos que han afectado intereses también individuales o derechos subjetivos, *-incluido el patrimonio en algunos casos (“daños clásicos” o “daños tradicionales”)*; mientras que, *a contrariu sensu*, los daños de carácter colectivo, afectan al interés del público en general. Dentro de éstos, se enmarca el “*daño ambiental ecológico puro*”.

2.- ES IMPOSIBLE UNIFORMAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO CIVIL Y DEL DAÑO AMBIENTAL, SON DISÍMILES.

El daño civil como lo hemos tratado en el desarrollo de este trabajo, ha de ser cierto (*sin incertidumbres; es inherente a su esencia*), concreto, personal, directo o inmediato, ilícito o antijurídico y/o intolerable. Aunque este último requisito es más una exigencia que

ha predominado en el campo doctrinario, introducido como frontera de legalidad de las inmisiones, para contar con una “*noción límite*”¹³⁹² entre lo *tolerable* y lo *intolerable*, con las respectivas consecuencias jurídicas (*sin descartar que los tribunales han sancionado la aflicción y la perturbación, generando un problema respecto del límite de la “normal tolerabilidad”*).

Mientras tanto, el “*daño ambiental*”, goza de autonomía en su estructura por las características propias que le son atribuibles, que lo diferencian del “*daño civil*”. La incertidumbre es su más notable característica. El “*daño*” de tipo “*ambiental*”, frente a la “*certeza*” o la “*previsibilidad*”, se resisten a menudo al examen científico. Los daños ambientales afectan a todos los seres humanos, exista o no certeza; son como se había manifestado a lo largo de este trabajo, consecuencia de un incumplimiento de orden constitucional, del deber jurídico-constitucional de conservar o de utilizar racionalmente los recursos naturales; por lo tanto, todos deben ser objeto de reparación. Además de esta característica, la doctrina ha reconocido que el “*daño ambiental*” debe ser *irreversible* (*sin descartar que mediante su propia evolución pueda regenerar el daño causado*). Deber ser consecuencia de las *agresiones* derivadas de la exploración y el desarrollo tecnológico. Deben tratarse de daños *colectivos*, es decir, se han de manifestar más allá de la propia vecindad donde acontezcan, sin que ello signifique que no puedan verse afectados ciertos sujetos de forma individual. Se exige también que el daño debe ser *individualizado y determinado*. En términos de la Directiva 2004/35/CE han de ser *concretos y cuantificables*.¹³⁹³ Sin embargo, esta característica se ha venido difuminando, puesto que se verían excluidos todos los daños a terceros que no estuviesen incluidos directamente dentro del nexo de causalidad. Además, puede ocurrir al momento de presenciar el “*daño ambiental*”, éste no resulte ser consecuencia de una única

¹³⁹² Vid., Íñigo Alfonso Navarro Mendizábal, *Las Inmisiones y molestias medio ambientales, tutela preventiva civil* (Madrid: Dykinson, 1997).

¹³⁹³ Reiteramos lo que en ella expresamente se dispone: “*No es posible subsanar todas las formas de daño ambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos ambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales*”

acción. Puede ser producto de la concurrencia de varios actos y en varios espacios de tiempo. Respecto de la “*intolerabilidad*”, que la doctrina refiere, el Derecho Público, utiliza el criterio de las emisiones¹³⁹⁴ sustentado en la acción productora del daño, a diferencia del ámbito legal privado, cuyo foco de atención son los efectos que tiene lo emitido sobre los derechos, especialmente, en la propiedad de otro sujeto; se adentra en el seno de las relaciones de vecindad (*inmisión en el lenguaje civil*).¹³⁹⁵ Quien delimitará el perímetro del “*daño ambiental*” querido o tolerado será el legislador. Finalmente, respecto de la *legalidad o ilegalidad y antijuridicidad* del perjuicio que se haya producido sobre el ambiente, la antijuridicidad no es un presupuesto de la responsabilidad ambiental. El “*Common Law*”, también prescinden de ella. Los demandados sólo serán responsables si han violado su “*duty of care*”, es decir, deben haber estado ligados a un deber de cuidado, esto es, sólo serán responsables si han infringido un deber de conducirse diligentemente. Aquí reluce la noción de “*culpabilidad*”, que el Derecho español también ha contemplado.

En el caso del titular de los recursos, el “*daño ambiental*” será antijurídico, cuando aquel no tiene ni el deber ni la obligación de soportarlo. La Ley puede imponer este deber cuando los daños sean tolerables (*operaría el criterio de la “normal tolerabilidad”*) y lo serán porque son normales o son lícitamente producidos. No se debería limitar el daño ecológico a las perturbaciones consideradas como anormales, puesto que esto implicaría usar umbrales para definir qué categorías de daño “*normal*” no dan lugar a compensación. El carácter normal o anormal del daño es muy relativo, ya que tiende a ser una función del tiempo, el lugar y las personas afectadas. Nos permitimos decir que la *antijuridicidad* alude a una vertiente imprescindible del “*daño ambiental*”, por un lado, marca la frontera jurídica de la sostenibilidad; y, por otro, fija las consecuencias jurídicas de la insostenibilidad, cuyas consecuencias es el castigo penal por un delito o como infracción administrativa. Lo más importante es que si hay daño, debe haber

¹³⁹⁴ Betancor Rodríguez, *Derecho...*, 1594.

¹³⁹⁵ En España, sólo la Ley de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, que regula la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, incorpora la tolerancia como un supuesto en el que no cabe la exigencia de la responsabilidad civil (*artículo 3*). Vid., Betancor Rodríguez, *Responsabilidad...*, 62.

reparación íntegra por parte del responsable. Es jurídicamente inadmisibles que el sujeto responsable no repare íntegramente los daños que por su acción u omisión se hayan producido. Daño y reparación son dos conjuntos coextensos.

3.- EL “AMBIENTE” Y EL “DAÑO AMBIENTAL” ESTÁN RESTRINGIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/35/CE Y LA LRM. SON CONCEPTOS DISTANTES DE LO QUE LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE CONTEMPLA A PESAR DE SU NOTABLE INFLUENCIA.

Lograr una definición única de “*Ambiente*” es bastante complejo por el carácter impreciso, indeterminado, indefinido, complejo y, especialmente, dinámico que lo reviste. En todo caso, la concepción amplia y restringida precisamente apuntala a entenderlo como un todo o en su versión micro representado por los recursos naturales que lo componen. No obstante, no se puede perder de vista que en materia ambiental, en oposición a una visión antropocéntrica (*Constitución española, artículo 45*), el fin último que debe mover al legislador, no puede ser sólo el ser humano y la defensa de su salud. Éste se debe desenvolver y desarrollar en un ambiente natural sano, porque de éste depende en gran medida su desarrollo; su vida como tal.

En aras del precepto constitucional referido, que consagra el derecho a “*disfrutar de un medio ambiente adecuado*”, se exige una obligación importante, traducida en el “*deber de conservarlo*” (*artículo 45.1 CE*). Del mismo modo, la LRM, tiene como objeto principal, regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños ambientales, en miras a cumplir con este mandato constitucional y de acuerdo con los principios de prevención y de “*quien contamina paga*” (*artículo 1 LRM*). Para guardar perfecta armonía con la Constitución y garantizar su cumplimiento, la Administración Pública está investida de varias potestades, para velar y garantizar “*el uso racional de los recursos naturales*”, así como hacer efectivo el sistema de protección y restauración del ambiente cuando exista algún daño. El efecto directo, se impondrán las sanciones que según el caso correspondan, ya sean de carácter administrativo, penal, así como la obligación de repararlo (*artículo 45, núm. 2 y 3 CE*).

Excluyendo el enfoque netamente individualista adoptado por la mayoría de los códigos civiles de los estados miembros de la Unión Europea, la coexistencia de los términos “daño” y “ambiente” nos permiten hablar de “*Daño Ambiental*”, materia tanto de la Directiva 2004/35/CE como de la LRM. Excavando ya dentro de su contenido normativo, no encontramos dentro de las definiciones que éstos cuerpos legales imparten una noción jurídica de “ambiente” (*artículo 2.1 y 2.2 de ambos*). Esto no significa, que el “ambiente” no está protegido. Por un lado, se refieren a los tipos de daños que han de cubrir, considerando de manera particular, según determinados “*recursos naturales*”; y, por otro lado, en una norma aislada, definen los “daños” en un contexto general. De hecho, el legislador ha optado por preferir la concepción restrictiva del ambiente. No están protegidos todos los recursos naturales ni en igual medida. Se ha incluido, únicamente a las especies silvestres y los hábitats naturales, las aguas y el suelo, con la ampliación hecha por parte de la LRM para incluir además a la ribera del mar y de las rías (*cuyo alcance vienen a ser definido por referencia a otras directivas y leyes, excepto en el caso del suelo, lo cual oscurece el entendimiento, principalmente para el juez; bastaba una sólo norma como lo hizo la Convención de Wellington*).

No obstante, ni la Directiva 2004/35/CE ni la LRM, protegen al aire; sólo vendrá a ser importante, si se provocasen daños por elementos transportados por él, pero que causen daños a las aguas, al suelo o a las especies y hábitats protegidos. Esta exclusión acorta y disminuye la protección del ambiente; lo segmenta. Tampoco se ha incluido a los “*ecosistemas*”. Se prefirió introducir la fórmula de “daño + ambiente” para hablar de “*daño mediambiental*”, cuando en realidad definen al “daño” en consideración de determinados “*recursos naturales*”. El legislador nunca debió fragmentar al ambiente de ese modo, pues su verdadera misión debió centrarse en que éste siempre permanezca en la medida de lo posible incólume. Segmentarlo, tal y como lo ha hecho, va en contra de su propia esencia/naturaleza, dejando la filosofía ecocéntrica al margen. La esencia del ambiente como un todo se ve desvanecida. Por el contrario, el ordenamiento jurídico estadounidense ha prescindido de la noción específica de “*daño ambiental*” y recurre frecuentemente al designio de “*natural resource damage*” (*NRD*). CERCLA, la CWA y la OPA, incluyen esta terminología. En

cualquier caso, se trata de un *daño colectivo*, que nace da la unión de “*daño*” + “*recurso natural*”, aunque llame la atención que CERCLA, configurándose como la normativa regulatoria primaria de responsabilidad ambiental y constituyéndose como su máximo exponente, no aluda expresamente a la noción de “*daño ambiental ecológico puro*”.

CERCLA lo que ha hecho, es incluir por separado tres conceptos importantes: i) “*damages*” (§ 9601.6), definiéndolos como la lesión o pérdida de recursos naturales; ii) “*natural resources*”, incluyendo a la “*tierra, peces, vida silvestre, biota, aire, agua, agua subterránea, suministros de agua potable...*” (§ 9601.16), definición que bastante amplia que la OPA la sigue muy de cerca (§ 1001.20); mientras que la CWA, no los define (§ 311). En este punto, demuestra la notable influencia que ha ejercido sobre la Directiva 2004/35/CE y la LRM, por la segmentación de los recursos naturales que podrían ser dañados, acompañada de definiciones particularizadas para delimitar cada categoría jurídica. definición de daño ambiental en ambos ordenamientos jurídicos (*estadounidense y europeo continental*) presenta una salvedad derivada de CERCLA y refiere a que no es necesario demostrar ninguna lesión sobre bienes o derechos subjetivos (*la única excepción sería con el suelo en el caso de la Directiva 2004/35/CE y la LRM*); y iii) “*environment*” (9601.8), que se refiere sólo a los recursos hídricos, al suelo, subsuelo y a la atmósfera, puesto que la flora y la fauna fueron ya incluidos dentro de la noción de “*natural resources*” (§ 9601). Como hemos dicho, la Directiva 2004/35/CE y la LRM han incluido daños a la atmósfera ni han contemplado una definición exclusiva de “*ambiente*”.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/35/CE también es dispar en relación con el “*ambiente*”, puesto que lo vuelve a fragmentar de un modo distinto aludiendo sólo a las especies y hábitats (*artículo 3*), aunque la LRM ya no lo hace. Sin embargo, un gran sector doctrinario, ha considerado que el concepto de “*daño medioambiental*” es uno de los aspectos más positivos de la normativa referida, y que no se puede dudar que resalta la claridad de la legislación de responsabilidad ambiental, pero en cuanto a la identificación del “*objeto dañado*”. Lo que no sucedo con el Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños por la contaminación

por hidrocarburos, cuando habla de “*impurificación*” (artículo 1.6), sin ningún sigilo, no debería sufrir ninguna restricción en cuanto a los “*objetos*” susceptibles de su ámbito de protección. Quienes se muestran insatisfechos con la definición aportada por la Directiva 2004/35/CE y la LRM en cuanto a la clasificación “*numerus clausus*” utilizada, relucen que no se protege al “*ambiente*” en su conjunto a pesar de la intitulación de la Ley, sino a sólo a ciertos recursos naturales. Por lo tanto, se muestran a favor de haber introducido una enumeración “*apertus*” que permitiese que proteger al ambiente en su conjunto.

4.- LOS RECURSOS NATURALES NO SON OBJETO DE USO SINO DE DEPENDENCIA. DE ELLOS DEPENDE LA VIDA.

La Directiva 2004/35/CE y la LRM permiten determinar cuándo estamos ante un “*daño ambiental*” capaz de activar el mecanismo de responsabilidad ambiental. No obstante, la clasificación de los bienes y la interrelación éstos y su uso denotan las dificultades existentes para cumplir con el principio general del Derecho ambiental “*Quien contamina paga*”. La clasificación fuente, distingue entre “*bienes artificiales*” y “*bienes naturales*” que a diferencia de aquellos existen por sí mismos. A su vez, los bienes naturales pueden clasificarse en dos grandes grupos, por un lado, están los recursos naturales y por otro, la Naturaleza (*entendida como ecosistema o como el conjunto de recursos que interactúan para posibilitar la vida de los humanos*). Si bien es objeto de disfrute (*que podría conducir, lamentablemente, a su destrucción*), en realidad la relación del ser humano con ésta es de dependencia. No cabe ningún tipo de apropiación, sólo uso. Sin ella, no podríamos subsistir; es la fuente de la VIDA.

Además de esta clasificación, la Biología, también clasifica a los recursos naturales en bióticos (*seres vivos: animales y vegetales*) y abióticos (*la atmósfera, el agua y el suelo*).

Los **recursos abióticos**, pueden ser clasificados en tres grupos, en razón del título de apropiabilidad:

- i) Los que se pueden apropiar; que pueden ser objeto de uso privativo.

ii) Los que su apropiación está impedida o no es posible por ser considerados demaniales o de naturaleza colectiva (*por expresa disposición de la Constitución y la Ley*). Sólo puede existir una apropiación colectiva que podría facultar una utilización privada *-sin ningún título de propietario ni indefinidamente-* tal como el Derecho y en su caso, la Administración determinen. Aquí sólo cabe un uso común, otro común pero especial y un uso privativo. No se trata de un uso que supone alguna apropiación, porque no cabe constituir un título privativo sobre los bienes demaniales, sino que el titular público del recurso puede habilitar un título para autorizar/permitir dicho uso privativo por un tiempo determinado y bajo las condiciones que establezca para garantizar su conservación; por ejemplo, el título de concesión (*caso “Chevron-Texaco”*).

iii) Los que no pueden ser objeto de apropiación *-ni pública ni privada-*, pero que sí están protegidos por medio de la regulación de su uso para preservar sus cualidades naturales que hace posible su uso común (*por ejemplo, la atmósfera, cuando el Estado regula las emisiones atmosféricas contaminantes, para proteger el recurso y la salud de las personas*).

Mientras tanto, los **recursos bióticos**, cuentan con estatuto jurídico complejo. A veces pueden ser apropiables (*como, por ejemplo, un bosque de titularidad privada, suelo, etc.*) y se podría constituir un título de propiedad, pero sobre otros no cabría, aunque es posible la sujeción a un régimen jurídico “*equivalente*” al demanial *-aunque no deben confundirse-*, que los excluye de cualquier tráfico. Las especies y vegetales protegidos se enmarcan en este último supuesto; son bienes apropiables, pero colectivamente. Cabría un uso común compatible con su conservación como, por ejemplo, la observación, la investigación, etc.

5.- LA “AMENAZA INMINENTE” DE UN DAÑO AMBIENTAL PUEDE SER MÁS GRAVE QUE ÉSTE Y EL DERECHO CIVIL TRADICIONAL ES INEFICAZ ANTE ELLA.

El concepto de “*daño ambiental*”, responde a la dimensión reparadora de la Directiva 2004/35/CE y de la LRM, pero con una innovación importante. Se han rebasado los límites clásicos de la

responsabilidad civil. No busca únicamente la restauración del ambiente dañado, sino que impone deberes legales de prevención de daños. La “*probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo*”, como la Directiva y la LRM conciben a la “*amenaza inminente de un daño ambiental*”, es de gran relevancia, ya que es la que hace que los deberes de prevención surjan. El sistema contemplado por dicha normativa, no se activa sólo ante la producción de los daños, supuesto común de todos los otros modelos de responsabilidad, sino cuando se presentan “*amenazas inminentes*” de que éstos puedan ocurrir. En efecto, se protege más la amenaza de la producción de un daño que la gravedad del mismo, como si de un daño real se tratase, pues atendiendo a su naturaleza intrínseca o la forma en que se ha desarrollado, finalmente la amenaza causará un daño, lo cual da lugar a que el daño futuro adquiera un nivel de tal importancia que en el sistema civil originario no ocurre.

Lamentablemente, la definición es indeterminada y conduce necesariamente a precisar dos variantes para su delimitación: la suficiencia de la probabilidad y la proximidad del futuro, sin que se produzca una “*amenaza inminente de daño*” ante el incumplimiento de una de ellas. La amenaza inminente ha sido comparada con la “*probabilidad*”, instando además a que se encuadre dentro del “*supraconcepto de riesgo*”, e incluso para llegar a ser considerada como uno de los estados de riesgo más agudos pero un riesgo verosímil, en la medida en que se trata de una probabilidad suficiente.

6.- EL DAÑO ECOLÓGICO PURO NO ES “PURO” PORQUE EXCLUYE A LOS DAÑOS TRADICIONALES. EL DAÑO POR CONTAMINACIÓN EN EL CASO CHEVRON-TEXACO ES UN DAÑO ECOLÓGICO PURO SIN EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS TRADICIONALES. NO ES NECESARIA SU EXCLUSIÓN.

La Directiva 2004/35/CE y la LRM han excluido de su regulación a los “*daños tradicionales*”. Tal como hemos explicado en nuestro trabajo, de conformidad con la clasificación más usual de los “*daños ambientales*” están los “*ambientales personales*” y los “*ecológicos puros*”. De cualquier manera, cuando de “*daños personales ambientales*” se trate, cualquier deterioro o degradación ambiental (*infligidos a los recursos naturales y a la Naturaleza*)

actúa de elemento transmisor del propio perjuicio, el cual acaba proyectándose en la esfera personal o no patrimonial de una persona determinada. Cuenta con el mecanismo jurídico de la tutela del derecho y el de su reparación (*responsabilidad civil*); el cauce para la “*restitutio integrum*”. Este tipo de daños encajaría en la lógica de las inmisiones, pieza esencial de la institución jurídico-civil, sin que se descarte las dificultades que conlleva la determinación de la afectación a estos derechos, principalmente en cuanto a valoración cuando se trate de algunos derechos (*como el bienestar, la salud, etc.*), a pesar de que se halla determinado la conexión con la afectación. Si esta conexión ha resultado imposible de fijarse, la reparación no sería viable, al menos, por los mecanismos convencionales. De todas formas, desde una óptica privatista, los daños que son relevantes, son aquellos que aunque degraden el ambiente, perjudican a un interés particular; el elemento esencial es la afectación a la esfera de los derechos personales de un determinado sujeto. Quienes sufren los daños, consideran al menoscabo o la pérdida que afecta al recurso como algo accesorio, meramente instrumental.

En cuanto a este tipo de daños, es importantísimo considerar el título de apropiación o uso del recurso, que en el caso de los daños “*ecológicos puros*” ya no resulta ser imprescindible. Las emisiones presentan dos vertientes, una afectación negativa al medio, resultado de un cambio en su estado natural, y que a su vez afecta a la salud de las personas, pero independientemente del título de apropiación o uso del recurso.

El “*daño ambiental*” en sentido estricto, más conocido por el sector doctrinario como “*daño ecológico*” o “*daño ecológico puro*”, según ha evolucionado su concepto (*derivado de la creciente concientización de la sociedad a nivel casi mundial en relación con el valor del ambiente*), afecta al ambiente como tal, sin que se manifieste directamente en la esfera individual de un sujeto concreto. Se trata pues, de un daño que afecta a un bien común de la generalidad -*no recae en sentido minucioso, sobre la persona ni tampoco en sus bienes ni intereses individuales*-, traducido en el interés de la colectividad para la utilización y conservación de los fundamentos naturales de la vida. La posición unánime y mayor adoptada por el sector doctrinario es que el daño ecológico “*puro*” no se refiere a la lesión de bienes jurídicos individuales, sino que se

relaciona con los componentes del ambiente (*el que sufre el menoscabo/deterioro/perjuicio*) y sus interacciones, que en definitiva se traduce en una alteración de la capacidad funcional y equilibrio natural de los ecosistemas por el proseguir de una acción lesiva de “*alguien*”. Aquí es donde relucen los autores su “*puridad*” en cuanto “*daño ambiental ecológico*”. Es así como lo han previsto, además, tanto la Directiva 2004/35/CE (*considerando 14*) como la LRM (*artículo 5*). A diferencia con el Derecho estadounidense, los daños tradicionales están descartados del ámbito de protección de CERCLA, pero no de la OPA por ejemplo.

No se puede pasar a un segundo plano y aisladamente los perjuicios individuales que se hubiesen irrogado, a pesar de que estemos velando por la protección/responsabilidad de los daños sufridos por el medio natural en sus propios elementos. Para determinar jurídicamente que estamos ante un “*daño ambiental*” en términos jurídicos, concebimos como “*daño ambiental*”, en un sentido amplio, como aquel que afecta al ambiente entendido como un todo y como bien colectivo pero que afecta a la vez, de manera simultánea derechos subjetivos como la salud o patrimonio a casusa de determinas agresiones medioambientales. Cualquier alteración en el ambiente, repercutirá, en última instancia, sobre el hombre. Tal como lo ejemplifica el caso “*Chevron-Texaco*”. El “*daño ambiental*” causado en la Amazonía ecuatoriana, es producto de una acción u omisión, llevada a cabo durante la ejecución u operación de una actividad humana -*para extraer hidrocarburos*-, que provocó una alteración desfavorable en el “*ambiente*” como tal -*no sólo en algunos de sus componentes*-, y en la función de los servicios que éstos brindan, es decir en su visión macro y micro, pero con lesionando de manera simultánea bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, provocando daños a elementos culturales, desplazamiento y desaparición de tribus aborígenes, alterando la salud y destruyendo LA VIDA.

7.- EL DAÑO POR CONTAMINACIÓN EN LA AMAZONÍA ECUATORIANA ENLAZA LA CONDUCTA OMISIVA DE LA PETROLERA “CHEVRON-TEXACO” Y LOS DAÑOS CAUSADOS.

El “*daño ecológico puro*”, según se ha descrito a lo largo de la tesis, puede ser producto de varios tipos de conductas. Puede

provenir de una conducta única o bien se puede presentar como resultado de un conjunto de comportamientos *-de uno o varios autores-*, presenciados, además, en uno o varios puntos en el tiempo, es decir, en épocas diversas. Incorporándonos ya dentro del caso “*Chevron-Texaco*”, éste se trata *-según los tipos de daños que la doctrina recoge-* de un “*daño continuado*”, por haber sido producto de todo un proceso dilatado en el tiempo (*se ha producido en varias ocasiones*). A la vez se trata de “*daño permanente*”, puesto que los efectos del daño continúan en el tiempo y “*daño progresivo*”, ya que el daño es producto de una serie de actos sucesivos, de un mismo “*Operador*” (*Texpet, Texaco Inc. luego absorbida por Chevron.*),¹³⁹⁶ cuyo conjunto produce un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente ocasionados. Se trata tal como la doctrina los denomina, de verdadero proceso de saturación. No obstante, éste se ha provocado a consecuencia de una conducta contaminante del ambiente, que hace que lo enmarquemos como un “*daño por contaminación*”. Los daños provienen incluso como consecuencia de una contaminación generalizada; una contaminación por sinergia.

El “*daño por contaminación*” si bien puede darse de manera accidental, puede tratarse también de una contaminación normal, derivada del uso normal de sustancias, que, atendiendo a su carácter volátil, su uso suele comportar un vertido y el efecto colateral suele ser una emisión. Dentro de esta segunda categoría cabe la contaminación/polución residual, producto de la eliminación de los

¹³⁹⁶ A fojas 24 de la Sentencia de la Corte Provincial de Sucumbios, se deja constancia de que Texaco Inc. tomaba todas las decisiones y Texpet se limitaba a ejecutarlas. Una empresa puede tener subsidiarias con personalidad jurídica completamente distinta. Sin embargo, cuando las subsidiarias comparten el mismo nombre informal, el mismo personal, y están directamente vinculadas con la empresa madre en una cadena ininterrumpida de toma de decisiones operativas, la separación entre personas y patrimonios se difumina bastante, o incluso llega desaparecer. En este caso, se ha probado que “*Texpet y Texaco Inc. funcionaron en el Ecuador como una operación única e inseparable, Tanto las decisiones importantes como las triviales pasaban por diversos niveles de ejecutivos y órganos de decisión de Texaco Inc., a tal punto que la subsidiaria dependía de la matriz para contratar un simple servicio de catering*”. Posteriormente, a fojas 94 (considerando 9.1), se puede constatar que valorada la prueba en su conjunto, “*Texaco Petroleum Company fue operadora designada por el Consorcio para todas las operaciones de la concesión napo*”.

residuos de las actividades humanas (*como vertidos de líquidos en un río o residuos sólidos abandonados*). Lo que sucedió en la Amazonía ecuatoriana es ciertamente una contaminación no meramente accidental sino de tipo normal, que se produjo a través de la introducción directa de sustancias peligrosas (*como rezan los hechos descritos del caso y del análisis de las pruebas aportadas durante el juicio*) que afectaron a la atmósfera, el agua, especies o hábitats naturales protegidos, flora y fauna silvestres (*especies endémicas*), suelo (*principalmente por la acumulación de lodos de perforación, lubricantes, basura industrial y otros componentes que deterioraron la capa vegetal, la actividad productiva primaria de los ecosistemas naturales se redujo, migración de microorganismos*), la salud humana de sus habitantes (*la propia VIDA*) y la calidad del ambiente, además de otros efectos colaterales respecto al ser humano, daños también de tipo cultural, daños sobre bienes materiales y perjudicando el disfrute legítimo del ambiente para realizar las actividades cotidianas por sus habitantes para subsistir y desarrollar (*como la caza y la pesca*). Sin duda, la “*huella*” que dejó “*Chevron-Texaco*” en la Naturaleza y en los habitantes del oriente ecuatoriano, es imborrable, cuyas prácticas agresivas han afectado tanto a bienes y derechos de carácter público y/o de orden privado.

Con estos antecedentes, la acción que tratamos es la de la emisión o el vertido (*bastante semejante a lo que por contaminación y emisión entiende el ordenamiento español en la Ley 16/2002, de prevención y control de integrados de la contaminación, artículo 3*). Aquí, se encadenaron los tres conceptos: el de emisión, el de contaminación y el de daño, aunque no se debe confundir entre ellas. La contaminación es el cabo que enlaza la emisión con el daño. En el caso de la Directiva 2004/35/CE y en la LRM cuando definen los daños no se refieren a la contaminación, sino únicamente se refieren a ella cuando definen los daños al suelo. En otras palabras, para delimitar el alcance de un “*daño ambiental por contaminación*”, en el ámbito europeo y español, nos hemos de focalizar en el concepto de “*daños*”, ya que la Ley 16/2002, entiende a la contaminación no como un daño, sino como la consecuencia de la acción de “*contaminar*”, que provoca el deterioro y perjudica el disfrute legítimo del ambiente.

Ahora bien, como hemos denotado en esta tesis, no siempre el mecanismo de la responsabilidad podrá subsanar todas las formas de daño ambiental, éste ha de ser concreto y cuantificable, debe haber sido causado por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III de la Directiva 2004/35/CE y la LRM; se debe poder identificar a uno o más contaminantes; se debe demostrar el vínculo causal entre el daño y la actividad del operador concretos; caso contrario, no se instaurará el sistema de responsabilidad que brinda la normativa referida. Si bien el caso que nos ocupa es un daño por contaminación con carácter difuso, se ha podido establecer todos estos elementos y principalmente el vínculo causal entre los daños y las actividades del operador (*lo que tanto la Directiva 2004/35/CE (artículo 4.5) como la LRM (artículo 3) exigen en este tipo de daños*).

En los EE.UU. la definición de “*responsabilidad por contaminación*” en CERCLA significa responsabilidad por lesiones derivadas de la liberación de sustancias peligrosas o contaminantes o contaminantes (§ 9601.2). sin embargo, se excluye expresamente la contaminación por petróleo.

8.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD PERMITE CONECTAR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA AMAZONÍA CON LA CONDUCTA DEL AGENTE CREADOR DE LOS DAÑOS.

En la Sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de Sucumbíos, la causalidad entre el daño generado por la extracción del petróleo y el sujeto que llevó a cabo esta operación trae consigo una singularidad en cuanto a la etapa probatoria que en realidad viene a representar lo que en la mayoría de los ordenamientos que cuentan con una normativa de responsabilidad ambiental sucede. La carga de la prueba está invertida.

En el desarrollo de nuestro trabajo, principalmente en el capítulo III, se explicó las teorías de la causalidad, resaltando que, en el campo ambiental, la mayor preferencia doctrinaria y jurisprudencial descansa sobre la teoría de equivalencia de condiciones o de la “*conditione sine qua non*” y la teoría de la causalidad adecuada. En el caso que venimos estudiando, la Corte ha acudido a la segunda, en virtud de la cual se debe procurar un análisis objetivo relacionado con el carácter externo que ligue al nexo causal, sin la

conurrencia de elementos que permitieran descartar o denegar la imputación. Ha acudido también a la teoría de la “*creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso*”, que acredita la presencia del nexo causal cuando el resultado causal o la creación culposa de un estado precedió a la configuración o incluía verdaderamente un riesgo injustificado, que en este caso, la creación de un estado peligroso, viene a ser la zona industrial de la industria petrolera con los impactos que genera a sus alrededores. La mera existencia de un daño sería suficiente para acreditar un nexo causal entre éste y el peligro creado. La demandada tenía pleno conocimiento del riesgo que estaba creando (*incluso hay obras que habían escrito respecto a los peligros y problemas en le manejo del agua de formación*).¹³⁹⁷

Además de lo expuesto, la Corte ha recurrido a las doctrinas que los EE.UU. consienten en su sistema jurídico: la teoría del factor substancial y la de la causa más probable. De esta manera, se ha probado según la primera, que existen afectaciones a la salud pública, demostrando que esta afectación tiene una probabilidad médica razonable de que la conducta del demandado fue un factor que contribuyó substancialmente en aumentar la dosis de sustancias dañosas y por ende el riesgo de desarrollar enfermedades, a causa de la exposición de quienes habitan el área de Concesión a las sustancias descargadas por Texpet en el ecosistema. Se ha probado que miles de seres humanos han estado expuestos efectivamente a un riesgo por la contaminación de suelo y aguas, cuya presencia en el ambiente constituye un factor substancial que encuentra su causa principalmente en las actividades llevadas a cabo por dicho “Operador”. En cuanto, a la teoría de la causa más probable, la coincidencia de resultados entre los distintos estudios epidemiológicos científicamente sustentados, así como la valoración de riesgos para la salud humana, y las declaraciones obtenidas durante las inspecciones judiciales, han demostrado que existen bases científicas para conectar razonablemente los reclamos acerca de la salud de los residentes del área con la contaminación con petróleo que se ha originado en las actividades de Texpet como operadora del Consorcio, lo cual es suficiente nexo de causalidad

¹³⁹⁷ “*Primer of Oil and Gas Production*”, escrito en 1962, en parte por un funcionario de la empresa demandada. Vid. foja 89 de la Sentencia.

para esta Corte en orden a condenar la reparación de los daños ocasionados.

En cuanto a la relación/vinculación de los daños ambientales con los derechos de las personas, además de la afección a la salud, es evidente el lazo entre los impactos ambientales y el agente directo causante de los cambios forzados en las culturas indígenas que basaban su sistema social, su cultura y su existencia en una relación directa con la naturaleza, constituyéndose en la causa de un impacto cultural que los pueblos aborígenes fueron víctimas. Las comunidades indígenas frecuentemente dependían de la caza y de la pesca para su subsistencia, las cuales se vieron afectadas por los impactos ambientales causados por la actividad extractiva de petróleo realizada por la operadora del Consorcio.

9.- EL CASO “CHEVRON-TEXACO” CUMPLE CON LAS FORMALIDADES QUE LA DIRECTIVA 2004/35/CE Y LA LRM EXIGEN PARA QUE SE PUEDA HABLAR DE UN “DAÑO AMBIENTAL”. EL CASO “CHEVRO-TEXACO” ES UN DAÑO “ADVERSO”, “MENSURABLE”, Y SIGNIFICATIVO”.

Los daños ocasionados en la Amazonía ecuatoriana han desplegado los efectos concomitantes que el daño ambiental debe cumplir ineludiblemente si nos ajustamos a lo que la Directiva 2004/35/CE y la LRM exigen. Se ha producido pues un “*cambio adverso mensurable y significativo*” a los recursos naturales y se ha afectado también a los servicios que éstos prestan. De esta manera, podemos extraer lo siguiente: por un lado, muertes de varias especies de flora y fauna silvestres, cambios adversos en hábitats y en el agua, contaminación del suelo y, además, una grave alteración en los servicios, utilidades o funciones en tanto recursos naturales prestan; y, por otro lado, la pérdida o suspensión de actividades cotidianas sobre las que sustentan su vida, tierras-suelo donde vivir, desplazamiento de comunidades, etc. Es pues un ejemplo vivo, aunque con tintes catastróficos de lo que un “*daño ambiental*” puede ocasionar.

10.- NI LA RESPONSABILIDAD CIVIL NI EL MECANISMO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL PREVISTA EN LA DIRECTIVA 2004/35/CE Y LA LRM SERVIRÍAN PARA

RESOLVER EL CASO EN CUESTIÓN. NO OBSTANTE, EL CUMPLIMIENTO DEL PERMISO DE CONCESIÓN O DE UN ACTO ADMINISTRATIVO TAMPOCO LE DEBERÍA EXCLUIR DE RESPONSABILIDAD A “CHEVRON-TEXACO”.

Uno de los objetivos plasmados a lo largo de nuestro trabajo, es resolver si a través del mecanismo de responsabilidad civil se puede, además, contribuir a proteger y reparar el ambiente ante cualquier daño que pudiese recaer sobre él. Hemos logrado instar y demostrar que la finalidad primordial de la institución de la responsabilidad civil es la reparación de un daño individual y no precisamente de un daño colectivo como es el “*daño ambiental*”. A simple vista, parecería lógico que en todos los supuestos que conlleven efectos colaterales a causa de daños ambientales que alteren las condiciones de vida del ser humano, el primer mecanismo idóneo de restauración y resarcimiento de dichos daños, independientemente de que éstos sean patrimoniales o no, sea la instauración de los postulados de la responsabilidad civil para lograr el resarcimiento. No obstante, la principal preocupación es netamente de índole antropocéntrica. Como ya hemos dicho, tampoco se requiere humanizar un daño ambiental para juridificarlo pues todo daño ambiental es en esencia un daño humano. No surge jurídicamente la humanización de los daños ambientales sólo ante la presencia de un titular de derechos que se vea vulnerado a causa de un daño ambiental. Los daños ambientales son “*humanizados*”, en sentido jurídico, porque los seres humanos son quienes lo causan y porque, además, ellos son las víctimas que los soportan *-directa o indirectamente-*. En nuestro caso de estudio la humanización que trae consigo el “*daño ecológico puro*”, se representa en esas tres dimensiones, i) es provocado por un acto humano, ii) está afectada la Naturaleza y iii) están afectados quienes viven de la Naturaleza, los indígenas, aunque en verdad el daño ocasionado afecta a todos los seres humanos por la función que ésta desempeña para el Ambiente (*incluso a nivel mundial, si consideramos las funciones ecológicas y vitales que desempeña en cuanto viene a ser regulador del clima, productor de oxígeno, regulador de dióxido de carbono, colaborador de la circulación de agua dulce, etc.*). No existe ningún título jurídico, porque los bienes son de “*todos*”, incluso la Amazonía es considerada como “*Patrimonio Cultural de la Humanidad*”. Resulta ser entonces, todo lo opuesto a lo que una respuesta antropocéntrica aportaría, pues bajo esta perspectiva, los

“daños ambientales puros” no encuentran ni encontrarán una solución reparadora.

En el caso ecuatoriano “*Chevron-Texaco*”, la Corte acudió al sistema civilista pues en el ordenamiento jurídico no se contaba con instrumentos jurídicos como la Directiva 20004/35/CE y la LRM que provea un mecanismo de responsabilidad ambiental. Sin embargo, hablamos de un único daño, un daño tan humano como ambiental. No se requiere establecer una relación directa ni indirecta con los derechos subjetivos que fueron vulnerados para que el Derecho opere, porque su pureza no depende sólo de que los bienes naturales se hayan afectado independientemente de las lesiones que los individuos han sufrido o podrían seguir sufriendo a consecuencia del mismo hecho dañoso (*que si nos deberíamos ceñir a los términos del artículo 5 de la LRM desembocarían en responsabilidad civil*). Este daño ambiental es puro, porque la Naturaleza y las víctimas vienen a depender las unas de la otra. Son víctimas la Naturaleza y los indígenas que dependen de modo tan directo de este magestuoso bien, lo cual nos permite demostrar lo que un representa un “*daño ecológico puro*” en esencia. Ambos representan ese todo sistémico (*el ambiente*). La Naturaleza les da lo que ellos necesitan y ellos le cuidan de manera proporcional. Dependen de ella directamente como medio de supervivencia y desarrollo, porque de aquella viven y de aquella depende su “*sumak kausay*”.

Con base en todo lo expuesto, podemos colegir y afirmar que el error dogmático de los daños ecológicos “*puros*” precisamente radica en su misma pureza. Si afirmamos que ciertos daños existen jurídicamente, disociados de los seres humanos, los condenamos directamente a la inexistencia. Separarlos sería esquizofrénico. En el caso “*Chevron-Texaco*” demuestra ello, tornándose imposible que opere esa separación por la dependencia misma que existe entre los aborígenes con la naturaleza y, por ende, la conexión DIRECTA entre la esfera de sus derechos y los daños ocasionados sobre ella. El Derecho se fundamenta en la misma humanidad de los hechos objeto de regulación. De hecho, la presencia de los seres humanos en los “*daños ambientales puros*” no ha desaparecido; está presente, pero no como en los “*personales*”. No existe ningún derecho patrimonial (*como la propiedad*), ni un derecho personal (*como la vida, la integridad física o la salud*) ni tampoco está

presente sólo un individuo, sino todos, ya que se trata de la Naturaleza como totalidad sistémica o como ecosistemas; ambos indispensables para el desarrollo y sostenimiento de la vida de los seres humanos. El elemento cardinal aquí, sería la “*usabilidad*” de la Naturaleza/recursos naturales, la cual se garantiza mediante un título de apropiación (*propiedad/dominio público*) o de disfrute (*concesión/licencia*), o sin título alguno, ya que es el efecto reflejo de la protección jurídica que el Derecho les brinda a aquellos, en la esfera jurídica de cada individuo.

Esto es lo que el caso “*Chevron - Texaco*” representa. La conexión aquí es DIRECTA, pero SIN TÍTULO alguno que juridifique el daño. Una vez más, todos los humanos somos víctimas de este tipo de daños. Aquí radica su verdadera “*humanización*” En esencia, es el mejor ejemplo de lo que por “*puridad*” de un “*daño ecológico*” deberíamos comprender. Todo ello, incluso a pesar de contar con un contrato de concesión, que, si nos sujetamos a la Directiva 2004/35/CE y la LRM, estaríamos ante una causa de exclusión de responsabilidad, que no compartimos. En primer lugar, porque es indiferente que el causante del daño esté autorizado o no por un acto de la Administración (*concesión*) para la explotación que desarrolle, pues el principio de responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas se vulneraría y en definitiva el que ordena “*Quien contamina paga*”. En segundo lugar, según la teoría del riesgo, quien asume una actividad peligrosa, ha de asumir sus consecuencias, sin que las víctimas queden indemnes contra las consecuencias nocivas que se le obliga a tolerar. No tiene el deber jurídico de soportar los daños causados. En tercer lugar, la razón o el fundamento de la obligación reparadora no radica en la antijuridicidad del acto, ya que éstos se operan conforme a derecho, ni en la imputación de un determinado riesgo, sino en la exigencia de la justicia conmutativa de aquel que ha defendido su interés en perjuicio del que hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones o daños que sufran los particulares son una muestra clara de responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas. Creemos que basta con saber la repercusión que este daño trae consigo a todos los seres humanos y por ende, a las generaciones futuras, dejando claro que i) todos dependemos de la Naturaleza como fuente de vida y por ende, ii) todo daño ambiental tendrá repercusión humana, sin que sea necesario iii) juridificarlo a

título de derechos, sino más bien, de deberes con la Naturaleza y con las generaciones futuras, traducidos en iv) el deber de prevención y de racionalización de los recursos naturales.

Dicho esto, una visión antropocéntrica jamás se ajustaría a la realidad expuesta por el “*Chevron-Texaco*” o cualquier otro “*daño ecológico puro*”. Sería, además, inconveniente para alcanzar el propósito fundamental del Derecho ambiental, es decir, la protección al ambiente y las generaciones futuras. Todos los argumentos jurídicos expuestos durante nuestra tesis y del análisis del caso referido, ponen de manifiesto la crisis que presenta el instituto clásico de orden civil. Además, queda demostrado la simbiosis que el caso que nos ocupa presenta de los dos tipos de daños ambientales que la doctrina ha considerado y ha defendido, inculcando a rechazar la distinción forzosa e innecesaria entre daños ambientales “*personales*” y los “*ecológicos puros*”. No obstante, es acertado que la Directiva 2004/35/CE y la LRM se refieran al “*daño medioambiental*” a secas y no al “*ecológico puro*”, porque no lo consagran de manera total ni al ambiente ni al daño ecológico puro en el sentido que defendemos. En suma, el caso “*Chevron-Texaco*” no encaja en el prototipo de responsabilidad ambiental instaurado por el sistema comunitario y por la LRM, pues excluye los daños sufridos por los particulares. El daño sobre la Amazonía engendra la condición de haber afectado simultáneamente tanto a “*bienes ambientales*” como a “*derechos personales*”, lo que para nosotros debe comprender el significado de un verdadero “*daño ecológico puro*”, que no pueden ser reparado como el sistema ambiental referido ha preferido hacerlo.

11.- LA FINALIDAD REPARADORA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL NO ES “IN NATURA”. EL DAÑO OCASIONADO POR “CHEVRON-TEXACO” DEBE SER REPARADO.

La responsabilidad civil opera siempre ex post, una vez verificado el daño o menoscabo y esa reparación raras veces se producirá en forma respetuosa con el ambiente, es decir, “*in natura*”, mediante el restablecimiento de la situación al estado anterior a la perturbación, a su estado básico, sino que, la mayoría de las veces se sustituirá por una expeditiva indemnización pecuniaria. Dicho de otro modo, en materia ambiental, la reparación no se refiere a una

determinación mediante una cuantificación económica, porque lo que verdaderamente se pretende, es lograr una reparación restitutoria del daño, es decir, una reposición del medio al estado anterior a la producción del daño.

De acuerdo con lo previsto en la LRM (*artículo 3*), se ha pretendido distinguir ámbitos de responsabilidad en función del tipo de actividad potencialmente contaminante. Las más peligrosas responderán de forma objetiva por los daños que se ocasionen a causa del desarrollo de las actividades de prevención, evitación y reparación los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III de la Ley. Mientras tanto, las actividades menos peligrosas que son las no incluidas en el anexo mencionado, tienen un alcance diferente de su responsabilidad en función de la concurrencia de dolo o culpa en la causación del daño o la amenaza al medio ambiente. Responderán de las medidas de prevención, de evitación y de reparación cuando medie dolo o culpa en la causación del daño o su amenaza. En ausencia de dolo o culpa, a las actividades excluidas del Anexo III se les ahorran los costes de las medidas de reparación, pues solo responderán de las medidas de prevención y evitación.

El ordenamiento ecuatoriano al no haber contado en su ordenamiento con una normativa de este tipo acudió a la responsabilidad civil, estableciendo la inversión de la carga de la prueba para “*Chevron-Texaco*”, es decir, la compañía debió haber probado su diligencia en su actuar, lo cual según todos los elementos aportados no se le puede eximir de responsabilidad. Los resultados de las inspecciones judiciales han demostrado la presencia de sustancias contaminantes originadas por las técnicas empleadas para la explotación petrolera, y de todos los elementos probatorios se ha demostrado una probabilidad razonable de que estos contaminantes pueden ser los acusantes de los daños reportados al ecosistema y a la salud de las personas, por lo que deben ser reparados hasta eliminar cualquier riesgo que estos representen con la finalidad de precautelar la salud y vida de los seres humanos.

Si bien la reparación del ambiente, hubiera sido eficaz en la medida en que los elementos contaminantes sean removidos y eliminados del ecosistema hasta devolverlo a su estado natural, existen daños

que no se repararán por sí solos al remover su causa, como es en el caso de los impactos sufridos por la flora, fauna, vida acuática, y la salud de los pobladores de la zona, es decir, existen daños ambientales en el área en que operó la concesión técnicamente imposibles de reparar. Así lo reconoció la Corte de Sucumbíos y es por ello la exigencia a la petrolera de establecer tres medidas que se asemejan a aquellas que la Directiva 2004/35/CE y la LRM reconocen (*primarias, complementarias y compensatorias*), con la finalidad de reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible. En caso de que éstas pueden demorar o no ser del todo efectivas, se debería acudir a las medidas complementarias, cuya finalidad es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación y medidas que como se han denominado en la sentencia, de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible. Plenamente, este perjuicio *-adverso, significativo y con pérdidas de utilidad-* que ha afectado a los indígenas de la Amazonía y a las personas en general, debe ser reparado, pues existe un *continuum*, el de la vida, que hace que todos los seres humanos dependamos de la Naturaleza y a la vez que respondamos por los daños que a ella se le ocasionen.

Bibliografía

A

Aagaard, Todd S. «Environmental Law Outside the Canon». *Indiana Law Journal* 89 (2014): 1239-1257.

Abbad, Teodoro y Germán Gutiérrez. «La valoración del bien ambiental como elemento del dictamen pericial en el delito contra el medio ambiente y la ordenación del territorio - The valuation of environmental goods as elements of the expert opinion on the crime against the environment and the management of the territory». *Actualidad Jurídica Ambiental* 48 (2015): 3-25, ISSN: 1989-5666.

Abelkop, Adam D.K. «Tort Law as an Environmental Policy Instrument». *92 Oregon Law Review* 381 (2013): 407-408.

Acedo Penco, Ángel. *Derecho de contratos. Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*. Madrid: DIKINSON, S.L., 2011.

Adaire Jones, Carol; Pendergrass, John; Broderick, John y Phelps. Jacob, «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», *Environmental Law Reporter* 45 (2015): 11032-11040.

Annual energy outlook 2018 with projections to 2050», Energy Information Administration, 43, acceso el 1 de marzo de 2018, en <https://www.eia.gov/outlooks/aeo/pdf/AEO2018.pdf>.

Álvarez Lata, Natalia. «La responsabilidad en materia de prevención y reparación de daños medioambientales: ámbito material y régimen de responsabilidad. Comentario a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental». *Revista General de Derecho Europeo* 5 (2004): 11 y ss. ISSN-e 1696-9634.

Álvarez Lata, Natalia. «Precisando algunas reglas de la responsabilidad medioambiental (Análisis de las Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010 (TJCE

2010/70 y 2010/69))». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24 (2010): 12.

Álvarez Lata, Natalia; Busto Lago, José Manuel; Gómez Calle, Esther; Parra Luccán, M^a Ángeles; Peña López Fernando; Reglero Campos, L. Fernando; Rovira Sueiro, María E. Vicente Domingo, Elena. “*Lecciones de Responsabilidad Civil*”, segunda edición, Navarra: Aranzadi S.A., 2013.

Álvarez Olalla, Pilar. *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

B

Bercovitz Rodríguez, Rodrigo. *Responsabilidad Extracontractual*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Navarra: editorial Aranzadi S.A., 2010, 629-1106.

Bercovitz Rodríguez-Cano, *Las modificaciones al Código Civil 2015*. Valencia: Tirant to Blanch, 2016.

Betancor, Andrés. «Nuevas tendencias en el Derecho ambiental. Perspectiva general introductoria». *Revista General de Derecho Administrativo* 25 (2010): 1-16.

Betancor Rodríguez, Andrés. *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.

Borrego Gómez, Armonía y Pere Riera. «Implicaciones económicas de la nueva legislación de responsabilidad ambiental». *Economía industrial* N° 371 (edición dedicada a: Industria y medio ambiente: el reto de la sostenibilidad). Barcelona: Departamento de Economía Aplicada, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009, 121-128.

Boyd, William. «Controlling Toxic Harms: The Struggle over Dioxin Contamination in the Pulp and Paper Industry». *Stanford Environmental Law Journal* 345, vol. 21 (2002): 351-392.

Bradford C., Mank, «Prudential standing doctrine abolished or waiting for a comeback?: *Lexmark International, Inc. v. Static*

Control Components, inc.». *Journal of Constitutional Law*, vol. 18:1 (2015): 213-264.

Bradshaw, Karen. «Settling for natural resource damages». *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 40 (2016): 217-228.

Briceño, Andrés Mauricio. «El daño ecológico. Presupuestos para su definición». Ponencia presentada en el V Congreso de Derecho Ambiental Español, realizado en Pamplona, en marzo de 2004.

Brügge-meier, Gert. «Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia». *European Review of Private Law* 4 (2013): 923-957.

Burford, Ellen. «The Need for Federal Regulation of Hydraulic Fracturing», *The Urban Lawyer* 3, vol. 44 (2012): 577-588. <https://www.jstor.org/stable/24392315>.

Burger, Michael. «The (re)federalization of fracking regulation». *Michigan State Law Review* (2013): 1483-1544.

Bustamante Alsina, Jorge. *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*. Argentina: ABELEDO-PERROT, 2004.

Buyuksagis, Erendem y Willem van Boom. «Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn, between objects, activities, and their risk». *Georgetown journal of International Law*, vol. 44 (2013): 609-640.

C

Cabanillas Sánchez, Antonio. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Navarra: Aranzadi, 1996.

Cabanillas Sánchez, Antonio. «La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales: el problema de la relación de causalidad». Ponencia presentada en el I Congreso de Derecho Ambiental en Sevilla, 21 de abril de 1995, edición pdf., 6-71.

Cabanillas Sánchez, Antonio. «El daño ambiental y los derechos de la persona». Conferencia pronunciada en el 11 Congreso Nacional de Derecho Ambiental y en el Ciclo de Conferencias sobre las

fronteras de la responsabilidad civil en el siglo XXI, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, edición pdf., 147-155.

Casado Andrés, Blanca. «El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 9 (2005): 5 y ss.

Casado Andrés, Blanca. «El concepto del daño moral. Estudios doctrinales». *Revista de Derecho UNED* 18 (2016): 399-424. ISSN: 1886-9912.

Carbonier, Jean. *Droit civil, Volume II, (Les biens. Les obligations)*. Paris: Presses universitaires de France, 2004.

«Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts». *Harvard Law Review* 128, (2015): 2256-2277.

Clovis Siaka, Danny. «La singularidad de los daños medioambientales: un análisis a la luz de la Ley de Responsabilidad Medioambiental en España», *Revista de Derecho UNED* N° 14 (2014): 625-626.

Constenla Acuña, Pablo. «La regulación de los tesoros energéticos marinos». *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial*, dirigida por Antonio Serrano Acitores y coordinada por Pilar López de la Osa Escribano, Pablo Toral Oropesa y Guillermo José Velasco Fabra. Barcelona: Wolkers Kluwer S.A., 2015, 979.

Cordero Lobato, Encarna. «Derecho de daños y medio ambiente», en Ortega Alvarez, L. (Dir.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 1998.

Crawford. Kyle; Gorn, Rebecca; Majestro, Anna; Nagelberg, Michael; Neger, Hillary, “*Environmental Crimes*”, *American Criminal Law Review* 53 (2016): 1159-1223.

D

De Cossío Corral, Alfonso. «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español». *Anuario de Derecho Civil* 3, vol. 19, (1966): 527-554.

De Cupis, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Volume 1. Milano: Guiffirè, 1946.

De Miguel Perales, Carlos. «Aspectos básicos de la nueva regulación sobre responsabilidad medioambiental», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro* 1 (2008): 6-16, ISSN: 1133-6900.

De Miguel Perales, Carlos. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

De Miguel Perales, Carlos. *Derecho Español del Medio Ambiente*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

De Miguel Perales, Carlos. *Derecho Español del Medio Ambiente*. Navarra: Aranzadi S.A., tercera edición, 2009.

De Miguel Perales, Carlos. «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», 1-54. Edición PDF.
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2671/documento/055Respmedioambiental.pdf?id=1936>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. 23.^a ed. (última actualización 20 de diciembre de 2017, versión electrónica).

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Navarra: Aranzadi S.A., 2011.

Vercher Noguera, Antonio; Castañón del Valle, Manuel; Díez-Picazo Giménez, Gema, *Responsabilidad civil ambiental: penal, civil y administrativa*. Madrid: Ecoiuris, 2003, 140-143.

Domper Ferrando, Javier. *El Medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*. Madrid: Civitas, 1992.

Dopazo Fraguó, Pilar. «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas». *Revista Estudios Jurídicos UNESP, Franca, A.* vol. 14 N° 20 (2010): 01-24.

E

Esteve Pardo, José. *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, segunda edición, 2008.

Esteve Pardo, José. *Derecho del Medio Ambiente*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., tercera edición, 2014.

Esteve Pardo, José. *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario Sistemático*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A., 2008.

Esteve Pardo, José. «La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental». *Revista de Derecho del medio ambiente y administración local* (2006): 201-212, ISBN: 84-609-8956-9.

F

Fang, Yu. «Environmental Damage Assessment. Comparative Policy and Practice». *EU-China Environmental Governance Programme*, study 3 - “China Volume” (2012): 16.

Ferrey, Steven. *Environmental Law. Examples & Explanations*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, fifth edition, 2010.
«Macondo: Assesing the Implications, Oil and Energy Trends». *Focus Magazine* (2010), 3-35.

Foley, Vincent J. «Big oil, big consequences, and the big unknown: exploring the legal, regulatory, and environmental impact of the gulf oil spill: post-deepwater horizon: the changing landscape of liability for oil pollution in the United States». *Albany Law Review* 74 (2010-2011): 515-530.

Fuchs, Olivier. *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale*. Paris: L'Harmattan, 2003.

G

Galbis, Fernando. «Ley de responsabilidad ambiental. Todavía puede mejorarse», *La revista del Medio Ambiente* 63 (2007): 77-78.

Gallo, Paolo. «La compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni». *Giurisprudenza Italiana*, Número Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l, Gennaio (2018): 62 - 69.

Esteve Pardo, José. *Derecho del Medio Ambiente*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. , 2014.

García Amez, Javier. *Responsabilidad por Daños Ambientales*. Navarra: Aranzadi S.A., 2015.

García de Enterría, Eduardo. Prólogo de *La responsabilidad patrimonial de la administración hacia un nuevo sistema*, de Oriol Mir Puigpelat. Madrid: Civitas, 2002.

Goldsmith, Barbara J., Tara Waikem Flynn y Tara Franey. «A Decade of Natural Resource Damage Liability: Key Federal Decisions 2004-2014». *44 Environmental Law Reporter. News & Analysis* 10868 (2014): 1-2.

Gómez-Orea, Domingo. *Evaluación de Impacto Ambiental*. Madrid: Agrícola Española S.A., 1999.

Gómez Pomar, Fernando. *Curso de Derecho de Daños*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra (mimeo), 2016.

Gómez Pomar, Fernando y María de los Ángeles Gili Saldaña. «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación». *La responsabilidad civil y su problemática actual (publicación coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez)*. Madrid: Dykinson, 2007, 314, acceso el 20 de marzo de 2017, <http://vlex.com/vid/contaminacion-suelos-problemas-relacion-41279117>.

Gomis Catalá, Lucía. *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 1998.

Gomis Catalá, Lucía. «Sobre el anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental». *Revista Derecho y Medio Ambiente* 0 (1999): 65 y ss.

González Poveda, Pedro. «La responsabilidad civil derivada del uso y circulación del motor». *Tratado de Responsabilidad Civil* (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador). Barcelona: editorial Bosch, 2008, 13 - 67.

González Poveda, Pedro. «La responsabilidad por riesgo». *Tratado de Responsabilidad Civil* (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador). Barcelona: editorial Bosch, segunda edición, 2008, 699-700.

Graham, Roberts, Mika Gröndahl y Bill Marsh, «Extracting Natural Gas from Rock», *New York Times*, 26 de febrero de 2011, acceso el 2 de marzo de 2015, <http://www.nytimes.com/interactive/2011/02/27/us/fracking.html>
Guerrero Zaplana, José. *La responsabilidad medioambiental en España*. Madrid: La Ley, 2010.

H

Huergo Lora, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.

I

J

K

Klass, Alexandra B. «CERCLA, state law, and federalism in the 21 century». *Southwestern law review*, vol. 41 (2012): 1-686.

Konert, Anna. «De la compensatio lucri cum damno en derecho civil polaco». *AFDUC* 17 (2013): 322 y ss.

Kriebel, David; Tickner, Joel; Epstein, Paul; Lemons, John; Levins, Richard; Loechler, Edward L.; Quinn, Margaret; Rudel, Ruthann; Schettler, Ted; y, Stoto, Michael. «The precautionary principle in environmental science» *Environ Health Perspect* 109 (2001): 871-876. doi: 10.1289/ehp.01109871.

Kyriaki, Noussia. «The BP Oil Spill-Environmental Pollution Liability and Other Legal Ramifications». *European Energy and Environmental Law Review*, 98, Volumen 20, N° 3 (2011): 98-107.

L

Lansagabaster Herrarte, Iñaki, Agustín García Ureta e Iñigo Lazcano Brotóns. *Derecho Ambiental (Parte General)*. Bilbao: editorial Lete, segunda edición, 2007.

Lasarte, Carlos. *Curso de Derecho Patrimonial*. Madrid: Tecnos Grupo Anaya S.A., 2014.

López de la Cruz, Laura, Juan Pablo Pérez, Leria Reyes Sánchez, Lucía Vázquez-Pastor Jiménez, Eugenio Pizarro Moreno y Concha López Nieto. «Estructura general de la responsabilidad extracontractual». *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Valencia: editorial Tirant lo Blanch, 2013, 15. <http://www.tirant.com>.

Lozano Cutanda, Blanca. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental, Ley 26/2007, de 23 de Octubre*. Madrid: Civitas, 2008.

Lozano Cutanda, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid: DYKINSON, novena edición, 2008.

Lozano Cutanda, Blanca. «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de Derecho Público que introduce la directiva 2004/35/CE». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental* – N° 12-13 (2005): 1-29.

Lozano Cutanda, Blanca y Juan-Cruz Alli Turrillas. *Administración y legislación Ambiental*. Madrid: Dykinson S.L., 2008.

Luna Yerga, Álvaro; Piñeiro Salguero, José; Ramos González, Sonia y Rubí y Puig, Antoni. «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español». *Revista para el análisis del Derecho* 2, (2002): 1-9.

Luquin Bergareche, Raquel. *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*. Navarra: Aranzadi S.A., 2005.

LL

Llodra Grimalt, Francesca. *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2008.

M

Maciá Delgado, Ramón. «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral». *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* 36 (2010): 21 y ss.

Maldonado, Adolfo y Alberto Narváez. *Ecuador ni es, ni será ya, país amazónico*. Inventario de impactos petroleros 1. Quito: Editorial Acción Ecológica, 2003.

Martín-Casals, Miquel. «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual». *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. La Coruña: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, edición en PDF, 2011, 20-22.

Martín-Casals, Miquel. «La responsabilidad por hecho ajeno en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil». *La responsabilidad civil y su problemática actual* (Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador). Madrid: Dykinson, 2007, 493-496.

Martín Díez, Rocío. «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental». *Páginas de información ambiental*, revista N° 21 (septiembre 2005): 24-25.

Martín Fernández, Jacobo «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (arts. 17 a 23)». *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, publicación coordinada por Blanca Lozano Cutanda. Navarra: Civitas, 2008: 293 - 314.

Martín Mateo, Ramón. *Derecho Ambiental*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, 1977.

Martín Mateo, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen 1. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

Martínez-Pereda, José Manuel. «Accidentes en los ferrocarriles. Hechos de los animales. Caza». *Tratado de Responsabilidad Civil* (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador). Barcelona: editorial Bosch, 2008, 1109-1115.

Martínez-Pereda, José Manuel. «Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones industriales y ruidos». *Tratado de Responsabilidad Civil* (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador). Barcelona: editorial Bosch, segunda edición, 2008, 1001.

Martínez Vásquez de Castro, Luis. «La protección civil del medio ambiente». *Actualidad Civil*, núm. 1, (enero de 2000): 23.

Mazeaud, Henri, León Mazeaud y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

Mir Puigpelat, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, primera edición, 2004.

Moreno Trujillo, Eulalia. *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1992.

Mosset Iturraspe, Jorge, Hutchison Tomás y Edgardo Alberto Donna. *Daño ambiental*, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

Mullerat, Bernat. «Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 7 (2005): 238.

N

Navarro Mendizábal, Íñigo Alfonso. *Las Inmisiones y molestias medio ambientales, tutela preventiva civil*. Madrid: Dykinson, 1997.

O

O'Callaghan, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, sexta edición. Madrid: Dijusa, 2009.

OCDE. *Seguros y riesgos ambientales: un análisis comparativo del papel de los seguros de gestión de los riesgos relacionados con el medio ambiente*. Madrid: Ministerio de Medio Ambiente, 2007.

Oliphant, Ken. «Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England». *McGill Law Journal* 819 - *Revue de droit de McGill* 59:4 (2014): 821-845.

Orteu Berrocal, Eduardo. «Ámbito de aplicación de la Ley (Artículos 3 a 6 y definiciones relacionadas)». *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*. coord. por Blanca Lozano Cutanda (Navarra: Civitas, 2008).

P

Pantaleón Prieto, Ángel Fernando. «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2 (Barcelona, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), 1561-1592.

Parada, Ramón. *Derecho administrativo*, Tomo III. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 11ª ed., 2007.

Parejo Alfonso, Luciano. «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa». *Revista General de Derecho Administrativo* 36 (2014): 23-24.

Pedraza Laynez, Julia. *La responsabilidad por daños medioambientales*. Pamplona: editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Pendergrass, John. «Legal Background to Off-Site Contamination». *37 Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS* 10144 (2007): 5.

Peña López, Fernando. «Conceptos generales y elementos de delimitación». *Lecciones de Responsabilidad Civil (publicación coordinada por José Manuel Busto Lago y Fernando Reglero Campos)*. Navarra: editorial Aranzadi S.A., segunda edición, 2013, 51.

Pernas García, Juan José y Marcela Ánimas Madrazo. «La responsabilidad por daños ambientales al suelo: La nueva Directiva Comunitaria». *Agricultura: Revista Agropecuaria* 870 (2005): 16.

Pryor, Ellen S. «Peculiar Risk In American Tort Law». *Pepperdine Law Review* 2, Vol. 38, article 11, *Symposium: Does the World Still Need United States Tort Law? Or Did it Ever?* (2-15-2011): 393-417.

Puig Ferriol, Luis. «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual». *La responsabilidad civil y su problemática actual* (publicación coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez). Madrid: editorial DYKINSON S.L., 2007, 889-893.

Q

Quarles, John and Michael W. Steinberg. «The Superfund Program at Its 25th Anniversary». *36 Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS* 10364 (2006): 2-3.

Quesada Sánchez, Antonio José. «Operatividad de los llamados ‘riesgos del desarrollo’ en la Ley 26/2007, de responsabilidad medio ambiental. La transposición de la Directiva 2004/35/CE». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 77 (2008): 157-175.

R

Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Registro Oficial Nº 530, de 9 de abril de 1974).

Reglero Campos, Luis Fernando (versión actualizada de Fernando Peña López). «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Lecciones de Responsabilidad Civil* (coordinadores: José Manuel Busto Lago y Luis Fernando Reglero Campos, segunda edición) Navarra: Aranzadi S.A., 2013.

Reglero Campos, Luis Fernando. «Responsabilidad Extracontractual». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, primera edición, de Rodrigo Bercovitz Rodríguez, (Navarra-Aranzadi S.A., 2010).

Ricci, Paolo F., Dave Rice, John Ziagos y Louis A. Cox Jr. «Precaution, uncertainty and causation in environmental decisions». *Elsevier, Environment International* 1, vol. 29, (2003): 1-19.

Rosenkrantz, Carlos F. *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: editorial GEDISA S.A., 2005.

Ruda González, Albert. *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental*. Navarra: Aranzadi S.A., 2008.

Ruda Gonzalez, Albert. «En tierra de nadie: Problemas de delimitación del nuevo daño ambiental». *Revista de Derecho Privado* 93 (2009): 24-33.

Ruda González, Albert. «Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la Directiva 2004/35/CE y la responsabilidad civil». *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente* (publicación coordinada por Antonio

Pigrau Solé, primera edición). Madrid: Ministerio del Ambiente, 2006, 100-101.

S

Sadeleer, Nicolás de. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Oxford: University press Scholarship Online, 2010, part I, 56-58, acceso el 09 de febrero de 2017, <http://www.oxfordscholarship.com.sare.upf.edu/view/10.1093/acprof:oso/9780199254743.001.0001/acprof-9780199254743>, doi: 10.1093/acprof:oso/9780199254743.001.0001.

Salvador Coderch, Pablo y Juan Antonio Ruiz. «Prevención y Derecho de Daños». *Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2001): 2-8.

Salvador Coderch, Pablo y Juan Antonio Ruiz García. «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia (Nota a las SSTs, 1a, 5.7.2001 y 17.10.2001)». *Revista para el análisis del Derecho* 2 (2002): 2. ISSN-e 1698-739X.

Salvador Coderch, Pablo y Sonia Ramos González. «150 casos de derecho de daños (2004-2014)». *Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2015): 27-28.

Santos Briz, Jaime. «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal». *Tratado de Responsabilidad Civil* (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador). Barcelona: editorial Bosch, segunda edición, 2008.

Siaka, Danny Clovis. «La singularidad de los daños medioambientales. Un análisis a la luz de la ley de responsabilidad medioambiental en España», *Revista de Derecho UNED* 14 (2014), 619-640.

Silva, Jesús María y Raquel Montaner. *Los delitos contra el medio ambiente*. Barcelona: Atelier, 2012.

«Superfund Cleanup Subject Listing De Minimis/De Micromis Policies and Models». *EPA*, acceso el 15 diciembre de 2017, https://cfpub.epa.gov/compliance/resources/policies/cleanup/superfund/index.cfm?action=3&sub_id=26.

T

Thiry, Bernarde. «La sinonimia nocional, un caso peculiar de sinonimia en terminología». (HEC-École de Gestion de l'Université de Liège, Institut Libre Marie-Haps de Traduction et Interprétation, Bruselas). *Entreculturas* N° 1, ISSN: 1989-5097 (2009): 219-257.

U

Urrutia Garro, Carmelo. «La normativa ambiental dictada por el estado en el año 2007». *IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea = Ambiente y derecho* 6 (2008): 77-106.

V

Valencia Martín, Germán. «La responsabilidad medioambiental». *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 25 (2010): introducción, 1-63. Edición PDF, RI §409636.
http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409636

Van Den Broek, Berthy. «Environmental liability and nature protection areas Will the EU Environmental Liability Directive actually lead to the restoration of damaged natural resources?». *Utrecht Law Review*, volume 5, issue 1 (June 2009): 117.

Vinaixa Miquel, Mónica. *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*. Santiago de Compostela: De CONFLICTV LEGVM Estudios de Derecho Internacional Privado, 2013.

Viney, Geneviève. «Introduction à la responsabilité. L'avenir de la distinction entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle». (El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual). *Ius et Veritas* 43, tercera edición. París: editorial L.G.D.J., 2008, 36.

W

Winter, Allison. «USGS Director Quitly Wages Fearless War on Oil Spill». *The New York Times*, June 16, 2010. Último acceso 14 de junio de 2017.

<http://www.nytimes.com/gwire/2010/06/16/16greenwire-usgs-director-quietly-wages-fearless-war-on-oi-83792.html>.

Wood, Stephen G., Wood, Stephen Q. y Wood, Rachel A. «Section IV: Constitutional and Administrative Law: Whither the Precautionary Principle? An American Assessment from an Administrative Law Perspective», *The American Journal of Comparative Law* 54 (2006): 581-613.

X

Y

Yáñez Vivero, Fátima. «Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. (Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños)». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, primera edición, N° 22. Navarra: editorial Aranzadi SA, 2009, 35-43; 115-122.

Yanguas Montero, Gullermina. «El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente». *Anuario de Derecho Civil*, 3, vol. 53 (2000): 847.

Yanguas Montero, Guillermina. *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*. Navarra: Aranzadi, 2006.

Yanguas Montero, Guillermina. «Luces y sombras de la Directiva 2002/35/CE sobre responsabilidad medioambiental». *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 67 (enero-abril, 2006): 8. <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/7235/7076>

Yarza, Fernando Simón. «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 94, (2012): 158.

Z

