

Análisis sistémico
de la normativa de la Unión
Europea sobre responsabilidad
ambiental y el derecho
comparado. Estudio del caso
Chevron-Texaco

Daniela Rebeca Ochoa Pesántez



Derecho administrativo-
económico ambiental

ANÁLISIS SISTÉMICO DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN
EUROPEA SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
Y EL DERECHO COMPARADO.
ESTUDIO DEL CASO CHEVRON-TEXACO

**COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO-ECONÓMICO
AMBIENTAL**

Director

Andrés Betancor Rodríguez

**ANÁLISIS SISTÉMICO DE LA NORMATIVA
DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE
RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
Y EL DERECHO COMPARADO.
ESTUDIO DEL CASO CHEVRON-TEXACO**

DANIELA REBECA OCHOA PESÁNTEZ



COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO-ECONÓMICO AMBIENTAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: junio de 2025

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© Daniela Rebeca Ochoa Pesántez

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

NIPO en papel: 144-25-080-3

NIPO en línea: 144-25-081-9 (PDF)

144-25-082-4 (ePUB)

ISBN: 978-84-340-3079-4

Depósito legal: M-14075-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A Manuel, por dejarme ser y saber
estar, y a mi hija, Ainoa, por
dormirse sobre mi regazo para que
pudiera finalizar esta obra..., con
una sola mano..., con amor.*

*A mis padres, Pablo y Esperanza, y a
mis hermanos, Pablo y Andrés, por
su cariño y apoyo incondicional*

ÍNDICE

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES	15
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	17
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I	29
A. Sinopsis del caso Chevron-Texaco	29
B. Los daños causados en la amazonía ecuatoriana	35
1. Daños directos	35
2. Daños indirectos	41
C. Normativa vigente durante el periodo de concesión	45
D. Pretensiones de la demanda	50
E. Hechos probados en el caso Chevron-Texaco por la corte ecuatoriana	52
F. Conclusiones	55
CAPÍTULO II	59
A. El daño civil vs. el daño ambiental	59
1. El daño <i>clásico/tradicional</i> . Conceptualización	59
2. Elementos o requisitos del daño civil tradicional o clásico. La visión del <i>tort law</i>	73

	Páginas
B. El sistema estadounidense. El régimen legal aplicable al <i>environmental damage</i>	78
1. Tipos de demandas ambientales en los Estados Unidos	82
2. <i>The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act: CERCLA o Superfund</i>	86
C. Conceptualización del daño ambiental en la Unión Europea y en el sistema jurídico español	88
1. El ambiente como eje de la DRM y la LRM	88
2. Clasificación de los <i>daños ambientales</i> en el ordenamiento jurídico español	95
D. Características del daño ambiental	105
E. El ambiente	115
F. Los recursos naturales. Bienes jurídicos ambientales	123
G. Conceptualización del daño ambiental en el ordenamiento jurídico estadounidense	126
H. El ambiente en la DRM y en la LRM. Concepción amplia o restringida	128
I. El daño ambiental. Conceptualización de conformidad con la DRM y la LRM	133
J. La amenaza inminente. Conceptualización y rol fundamental	138
K. Análisis individualizado de los recursos naturales dañados de conformidad con la DRM y la LRM	140
1. Naturaleza jurídica del bien jurídico el suelo	159
2. Daños indirectos	162
L. El daño por contaminación	164
1. Comparación con el sistema legal de los Estados Unidos	169
2. Diferencias entre RCRA y CERCLA	177
3. Distinciones entre CERCLA y otros Statutes	178
M. Formalidades del daño ambiental instituido en la DRM y en la LRM	180
N. Delimitación de la <i>significatividad</i> del daño ambiental y de las medidas de <i>mensurabilidad</i> en la DRM y en la LRM	191
1. Criterios para determinar la mensurabilidad del «daño ambiental» en la DRM y la LRM	196

Ñ. El supuesto ideológico del daño ecológico puro. Lo ecocéntrico y la puridad del daño: ¿es el daño ambiental en esencia un daño ecológico puro?	205
O. Los daños tradicionales en el marco de la DRM y la LRM	213
P. La doble reclamación/indemnización ante la presencia del daño ecológico puro	217
Q. Conclusiones	218
CAPÍTULO III	233
A. Los presupuestos complementarios de la responsabilidad	233
1. Identificación del sujeto responsable	233
2. El operador jurídico. Los elementos jurídicos	236
B. La responsabilidad de las personas jurídicas	243
1. La Administración pública como operadora. Responsabilidad directa e indirecta	244
C. Sistemas jurídicos para identificar al responsable del daño ambiental	248
D. Exclusiones del concepto de operador	252
E. Los sujetos responsables en CERCLA	253
F. <i>The multiple tortfeasors</i> (la pluralidad de operadores)	256
G. La relación de causalidad: <i>el vínculo o nexo causal</i>	260
1. La causa en el ámbito civil	260
2. La causalidad en materia ambiental	265
H. La acción dañosa producto de una autorización administrativa .	279
I. La causalidad en el <i>tort law</i> vs <i>the environmental law</i> en los EE. UU.	282
J. La <i>standing doctrine</i>	284
K. Clases de causalidad en el <i>tort law</i> y en CERCLA	287
L. Diferencias capitales para probar la causalidad en los <i>toxic torts</i> y en los <i>environmental damages</i>	289
M. Conclusiones	291

	Páginas
CAPÍTULO IV	297
A. Analogías y diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad ambiental	297
1. La responsabilidad civil	297
B. Teorías de la responsabilidad civil contractual y extracontractual ...	303
1. La teoría del concurso de pretensiones	303
2. La teoría unitaria	309
C. La responsabilidad civil extracontractual	322
1. La responsabilidad civil extracontractual directa por hechos propios	323
2. La responsabilidad civil por hecho ajeno (indirecta o directa) ...	334
3. Los presupuestos de la responsabilidad del principal por los hechos de los auxiliares	339
D. La responsabilidad subjetiva y objetiva en el sistema jurídico español	350
1. El sistema de responsabilidad subjetiva	350
2. La evolución de la responsabilidad subjetiva a la objetiva	352
3. La responsabilidad objetiva. Responsabilidad por riesgo o sin culpa en Europa y EE. UU. Conceptualización y elementos	361
E. Criterios que fundamentan la responsabilidad objetiva	384
F. La responsabilidad ambiental	396
G. El sistema de responsabilidad ambiental en los ojos de la DRM y la LRM	413
1. Estados Unidos: La propagación e influencia de las disposiciones estadounidenses sobre responsabilidad en la DRM y en algunos países tropicales en desarrollo (spread of liability provisions in tropical developing countries). Teorías de la responsabilidad y la strict liability	433
2. Las teorías de la responsabilidad en el sistema estadounidense	442
3. Distinciones entre CERCLA y el <i>Common Law</i>	461
H. La responsabilidad en el caso Chevron-Exxon	465
I. ¿Se deberían incluir los daños tradicionales dentro del régimen de responsabilidad ambiental? Argumentos a favor y en contra. Críticas al carácter tradicional-personal y puro del daño ambiental	475
J. Conclusiones	494

	Páginas
CAPÍTULO V	503
A. La obligación reparadora	503
1. Consideraciones generales	503
B. Tipos de reparación en el ámbito civil	507
C. El principio contaminador-pagador	510
D. Las medidas de reparación en el ámbito ambiental	512
E. Estructura jurídica del instituto de la responsabilidad ambiental	514
1. El deber de reparar	514
2. Obligaciones del sujeto responsable: el operador	518
F. Estructura jurídica de las medidas de reparación en el ámbito ambiental	520
1. Clasificación de las medidas reparadoras	521
2. Costes de la reparación	529
G. Disposiciones comunes para la prevención, evitación y reparación de daños ambientales	530
1. Incumplimiento de las obligaciones de prevención, evitación o reparación del daño ambiental	531
H. Circunstancias que exoneran el deber de sufragar los costes de reparación o de prevención	532
I. Los costs of clean-up en los Estados Unidos (CERCLA)	538
1. Conceptualización de las <i>remedial and removal actions</i>	540
J. La génesis de los deberes de prevención y evitación. Sus límites en materia ambiental	543
1. ¿El deber de prevención es un deber ciudadano o profesional? ..	547
2. Los deberes del operador en materia de prevención y evitación ambiental	551
K. Conclusiones	557
CONCLUSIONES FINALES	563
BIBLIOGRAFÍA	571

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1.	Daños directos e indirectos provocados por Chevron-Texaco ...	45
Ilustración 2.	Clasificación general de los daños	72
Ilustración 3.	Clasificación Convencional de los <i>daños ambientales</i> en España ..	95
Ilustración 4.	Diferencias entre <i>daño tradicional</i> y <i>daño ambiental puro</i>	114
Ilustración 5.	Clasificación convencional de los bienes y sus usos.....	125
Ilustración 6.	El ambiente en la DRM y la LRM. Elementos.....	138
Ilustración 7.	Recursos Naturales protegidos por la DRM y la LRM	141
Ilustración 8.	Stages in a chemical's lifecycle (etapas en el ciclo de vida de un químico)	178
Ilustración 9.	La acción dañosa	282
Ilustración 10.	Auxiliar vs contratista independiente	343
Ilustración 11.	Lista de actividades peligrosas y no peligrosas.....	387
Ilustración 12.	Finalidades de las medidas de reparación	513

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
<i>CAA</i>	<i>Clean Air Act</i>
<i>CERCLA</i>	<i>Comprehensive, Environmental Response, Compensation, and Liability Act</i>
<i>CERCLIS</i>	<i>Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Information System</i>
<i>CWA</i>	<i>Clean Water Act</i>
<i>CP</i>	<i>Código Penal</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución española</i>
<i>CEPE</i>	<i>Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana</i>
<i>CRAMRA</i>	<i>Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities</i>
<i>CRE</i>	<i>Constitución de la República del Ecuador</i>
<i>DCFR</i>	<i>Reglas de Responsabilidad Extracontractual del Marco Común De Referencia</i>
<i>DRAE</i>	<i>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española</i>
<i>DRM</i>	<i>Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales</i>
<i>ELD</i>	<i>EU's Environmental Liability Directive</i>
<i>EPA</i>	<i>U.S. Environmental Protection Agency</i>
<i>ESA</i>	<i>Environmental Site Assessment</i>
<i>FITS</i>	<i>Financial Information Tools</i>
<i>FrRLO</i>	<i>Reforma francesa del Derecho de Obligaciones</i>
<i>FS</i>	<i>Feasibility study</i>
<i>HRS</i>	<i>Hazard Ranking System</i>
<i>OPA</i>	<i>Oil Pollution Act</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LGA</i>	<i>Ley de Gestión Ambiental</i>
<i>LGT</i>	<i>Ley General Tributaria</i>

<i>LPC</i>	<i>Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas</i>
<i>LJCA</i>	<i>Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
<i>LRJSP</i>	<i>Ley del Régimen Jurídico del Sector Público</i>
<i>LRM</i>	<i>Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental</i>
<i>MERA</i>	<i>The Minnesota Environmental Rights Act</i>
<i>MERLA</i>	<i>Minnesota Environmental Response and Liability Act</i>
<i>NCP</i>	<i>National Contingence Plan</i>
<i>NEPA</i>	<i>National Environmental Policy Act</i>
<i>NHSRP</i>	<i>National Hazardous Substances Response Plan</i>
<i>NMSA</i>	<i>National Marine Sanctuaries Act</i>
<i>NPL</i>	<i>National Priority List</i>
<i>PECL</i>	<i>Principles of European Contract Law</i>
<i>PETL</i>	<i>Principles of European Tort Law</i>
<i>PRP</i>	<i>Potentially responsible party</i>
<i>NRD</i>	<i>Natural resource damages</i>
<i>RCRA</i>	<i>Resource Conservation and Recovery Act</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RHPfIG</i>	<i>Imperial Liability Act</i>
<i>RI</i>	<i>Remedial Investigation</i>
<i>ROD</i>	<i>Record of Decision</i>
<i>RLRM</i>	<i>Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley de Responsabilidad Medioambiental</i>
<i>SSUCPS</i>	<i>Sentencia de la Sala Única de la Corte Provincial de la Provincia de Sucumbíos</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>

INTRODUCCIÓN

Esta obra no es más que el producto final de varios años de investigación, los cuales fueron llevados a cabo para alcanzar el más alto grado académico dentro del ámbito educativo, traducido en la obtención del título de Doctorado en Derecho Ambiental, cuya tesis fue desarrollada y defendida durante el periodo comprendido entre 2013 y 2018; fruto del dolor humano que el caso Chevron-Texaco ha sembrado, la impotencia, pero, sobre todo, de las ganas de luchar por ese ente ideal supremo en favor de una convivencia armónica y pacífica: la justicia.

Representa, asimismo, la esperanza, el altruismo y la solidaridad para con un grupo humano vulnerable y su ecosistema, que, intrínseca y jurídicamente, son una de las mayores riquezas culturales y naturales del Ecuador, soberanamente reconocido por su biodiversidad y su realidad multicultural y pluriétnica. Un colectivo invaluable, además, por la cosmovisión, la moral y la ética que practican en pro de su fuente de vida: la *Pachamama* o madre tierra. En términos más simples, la Naturaleza.

La hipótesis formulada y defendida por quien escribe este libro, y que pretende sea entendida por los lectores, es 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 radica en la reparación del daño, mas no en la indemnización pecuniaria; característica primordial del régimen tradicionalista.

La pieza central, que ha servido para demostrar la certeza y validez de todas las premisas enunciadas, la cual constituyó, además, la novedad del trabajo doctoral de la autora de esta obra, ha sido la sentencia núm. 2003-0002, de 14 de febrero de 2011, emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de

Sucumbíos (SSUCPS) de Ecuador, por medio de la cual se condenó a una de las petroleras más grandes del mundo, Chevron-Texaco, por todos los daños que ocasionó en la Amazonía del país andino referido, consecuencia de la ejecución de su actividad extractiva de petróleo.

Tales daños llegaron a afectar a la mayoría de los recursos naturales de la selva amazónica (agua, suelo, aire, flora y fauna), recayendo, incluso, sobre algunas especies endémicas y únicas a nivel mundial. No obstante, lo más cruel y neurálgico del caso, es que el hecho dañoso trascendió más allá, puso en amenaza la existencia de un grupo humano especial que vive en estado natural, es decir, su subsistencia y desarrollo como seres humanos dependen de la Naturaleza, de modo directo. Hablamos de tribus aborígenes –algunas hasta tribus vírgenes–. Esto no significa que todo el colectivo del país no se haya visto afectado, al contrario, por las funciones ecológicas que la Amazonía desempeña y el reconocimiento concedido por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad, la humanidad entera ha sido víctima del actuar omisivo-lesivo de la petrolera estadounidense.

Luego de realizar un examen exhaustivo, en apego al relato de los hechos que constan en el respectivo fallo y las pretensiones interpuestas por las comunidades indígenas, es decir, por las víctimas de este ecocidio, se buscará dirimir cuál es la corriente dogmática ambiental que debería prevalecer, teniendo en cuenta que dentro del campo jurídico-ambiental se conciben dos tipos de daños: (i) el *daño ecológico puro*, que implica un daño que recae sobre el ambiente en sí mismo considerado, y, (ii) el *daño ambiental personal*, que en mayor medida le importa más el daño tradicional que el ambiental propiamente dicho, para luego delimitar lo que verdaderamente deberíamos entender por un *daño ecológico puro*.

Para ser más explícitos, todos los daños que se pretendieron reparar en el caso Chevron-Texaco, activaron el mecanismo de la responsabilidad civil, ya que ni los demandantes ni la Corte ecuatoriana disponían –en ese entonces– de instrumentos jurídicos de gran envergadura que permitiesen garantizar una responsabilidad ambiental efectiva, tal como los que, en la actualidad, los miembros de la Unión Europea cuentan, gracias a la promulgación de la Directiva 2004/35/CE, de responsabilidad medioambiental (en adelante, DRM), la cual ha sido transpuesta dentro del ordenamiento jurídico español a través de la Ley 26/2007 (en adelante, LRM) o como ocurre en el Derecho Comparado, con los estatutos operativos a *Acts* que rigen en los EE. UU., entre las cuales se destacan: CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* o Ley de Respuesta Ambiental Integral, Compensación y Responsabilidad), la OPA (*Oil Pollution Act* o Ley de contaminación por hidrocarburos), por citar algunas.

Indudablemente, determinar la presencia de un *daño ambiental*¹ no resulta nada fácil, menos todavía, cuando se debe decidir sobre la atribución de responsabilidad. Durante muchos años, los daños causados al ambiente han sido indemnizados solo en la medida en que las personas, sus derechos subjetivos o sus bienes han sido también lesionados. Otras veces, la conducta del sujeto contaminador ha sido sancionada por la Administración pública si constituía una infracción de alguna norma imperativa. No obstante, estas prácticas no han logrado garantizar del todo que el ambiente quedase incólume, sino, más bien, han favorecido a que las actividades contaminantes quedasen libres de toda sanción o pena, ya que, a pesar de que tales hechos dañosos hubiesen constituido la causa principal del daño ambiental, estos no ocasionan una afección individualizada (porque el daño ambiental no afecta a ningún sujeto en concreto) o –básicamente– no estaban tipificadas en una norma sancionadora concreta.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel occidental, especialmente en España, las pretensiones indemnizatorias que venían instaurando, tanto la Administración como las víctimas, ante la presencia de algún daño ambiental, se construían, generalmente, 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 exiguos casos, las pretensiones han hallado fundamento normativo en las distintas normas sectoriales, las cuales, por lo general, están destinadas a proteger ciertos recursos naturales o regular actividades específicas.

Para demostrar lo asentido, ha sido necesario elaborar un estudio interdisciplinar, con el fin de entender cómo la ciencia concibe al daño

¹ Hemos adoptado a lo largo de toda esta obra el adjetivo *ambiental*, para denotar al *daño* como tal o a la *responsabilidad ambiental*. No lo hacemos por razones puramente de estilística, sino sobre la base de la concepción iusnaturalista, en virtud de la cual el *ambiente* es un todo. Por lo tanto, no cabe el prefijo «medio» ni cualquier otro modo semántico que lo divida, tal como se ha utilizado erróneamente en la DRM y la LRM para referirse al *daño* y *responsabilidad* («medioambiental»). Sería preciso reparar el título de esta nueva pieza del ordenamiento jurídico español y de la Directiva, tal como lo justifica VALENCIA MARTÍN, 2010: «La responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Administrativo Iustel*, núm. 25, pp. 2-3, RI: §409636. El profesor ataca, además, al carácter conceptual y más importante: «responsabilidad medioambiental» en relación con la prevención y reparación de «daños medioambientales»: «¿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?». Es una práctica lingüística poco ortodoxa, que «utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes», como señala RAMÓN MARTÍN MATEO, 1977: *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, pp. 71-72. En igual sentido, sería ideal que se retomase la expresión de «Derecho ambiental» como lo hizo el legislador español, en las primeras leyes promulgadas para incorporar al ambiente como objeto de Derecho (Cf., Reglamento de Actividades de 1961, Ley de Minas de 1973 y Ley del Suelo de 1975), aunque la RAE todavía reconoce a dicho vocablo como adjetivo.

ambiental, cuáles son los mecanismos de responsabilidad previstos para lograr una compensación *in integrum*, y cuáles la posición doctrinaria y jurisprudencial actual, en relación con los interrogantes de orden jurídico-ambiental más importantes que circundan alrededor del instituto de responsabilidad ambiental y del daño como tal.

Hemos de subrayar también que el Derecho comparado en el desarrollo de esta obra ha sido una herramienta de trascendental de apoyo, ya que, de las analogías y diferencias descubiertas entre los distintos marcos jurídicos seleccionados (europeo, estadounidense y ecuatoriano), logramos aportar soluciones prácticas para la resolución del caso que estudiamos, así como para posibles casos de características similares que se pudieran presentar en un futuro.

De manera complementaria, a lo largo del desarrollo de este texto, también hemos intentado desgranar al máximo los estudios dogmáticos que, hasta la presente fecha, han asistido y aportado al Derecho ambiental, con el fin de demostrar la hipótesis formulada y esclarecer si la normativa aplicada o la brindada por el Derecho comparado sería la más adecuada para resolver casos como el caso en cuestión.

Contribuyendo con este fin, dejamos sentados nuestros criterios personales y formulamos posibles soluciones a los diversos inconvenientes de interpretación jurídica y aplicación dogmática que se han suscitado y repercutido en el campo ambiental. De ahí, que todo lo expuesto en las siguientes líneas, no es sino un texto dogmático jurídico-ambiental que gira en torno al elemento e instituto jurídico más relevantes dentro del Derecho ambiental: el daño y la responsabilidad.

Sobre esta base, el presente libro está fragmentado en cinco capítulos:

1) El primer capítulo, punto de partida de esta obra, está dedicado a la reconstrucción de uno de los casos más conmovedores a nivel mundial: el caso Chevron-Texaco (1964-1992).

Su nombre corresponde al que se ha empleado para identificar la causa, cuya sentencia, emitida por la Corte ecuatoriana, el pasado 14 de febrero del año 2011, constituye la fuente principal para perfilar todos los daños que se produjeron como consecuencia de la contaminación petrolera, tanto los directos como los indirectos, así como los hechos que pudieron ser probados por la parte demandante.

Este fallo ha servido de base también, para esquematizar y analizar en este apartado, la normativa ecuatoriana vigente en la época de la concesión, a la cual la Corte recurrió para emitir su fallo, así como las pretensiones instauradas por las víctimas para lograr una reparación *in integrum*.

2) El segundo capítulo está orientado a delimitar, por un lado, el alcance del *daño tradicional* o *clásico*, es decir, del *daño civil*: ¿qué debemos entender

por el *damnum* desde el punto de vista jurídico-civil? Sin su comprensión no sería posible entender el origen y la trascendencia del *daño ambiental*. Por ello, serán particularizadas sus características intrínsecas y los elementos que debe cumplir.

Por otro lado, el enfoque y delimitación del daño ambiental se convierten en el principal foco de atención. La importancia de definir su alcance radica en que de este elemento jurídico dependerá la determinación de los elementos típicos para que se configure la responsabilidad ambiental, así como el tipo y la extensión de las medidas necesarias para que el daño pueda ser reparado, porque es el que fraguará para que la dimensión reparadora del instituto de responsabilidad se active.

Del mismo modo, gracias a su definición, se podrán esclarecer los problemas que convergen dentro del orden jurídico-ambiental, a nivel comunitario-europeo y estatal-español, ya que, a pesar de contar con instrumentos legales de gran envergadura (DRM y LRM), estos han acarreado, incluso, debates jurídicos dentro del sector doctrinario y, solventar los inconvenientes que el propio concepto de *daño ambiental* pone de manifiesto, los cuales versan sobre: ¿cuál es la naturaleza jurídica del *daño ambiental*?, ¿qué tipo de daño comporta el *daño ambiental*, individual, colectivo o ambos? ¿cuál/es bienes jurídicos son ambientales? ¿cómo están jurídicamente protegidos/regulados los bienes jurídicos ambientales dentro de la Unión Europea y en el Derecho Comparado?, y, ¿qué requisitos de carácter *sine qua non* deben confluir para que el *daño ambiental* se configure como tal?

El *confrontis* entre ambas clases de daños colaborará a dilucidar, en definitiva, las diversas controversias que presenta cada tipo de daño, pero, sobre todo permitirá resolver: ¿qué es en verdad el *daño ambiental ecológico puro*?

3) El tercer capítulo está enfocado a puntualizar y analizar otros presupuestos, que también son fundamentales para que el instituto de responsabilidad ambiental pueda instaurarse, entre los cuales se destacan: la *relación de causalidad* y la *identificación del sujeto responsable*.

En efecto, al tratarse de un daño ambiental, la relevancia y potencialidad del daño, sin dejar de lado el factor tiempo, son elementos que en conjunto podrían dificultar o imposibilitar el establecimiento del *nexo causal* entre el resultado dañoso o el daño ocurrido (por una determinada actividad) y el presunto agente creador del mismo. Precisamente, la prueba de la *relación de causalidad* tiene un grado de dificultad que aumenta cuando concurren factores como los siguientes:

- a) Distancia entre la instalación contaminante y la 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).
- d) La duda científica, que constantemente amenaza la prueba de causalidad.

Paralelamente, en lo que atañe al principio rector del Derecho ambiental, «Quien contamina paga», aquellos que causan daños ambientales deben asumir la obligación de repararlos. He ahí la necesidad de identificar al posible sujeto responsable del daño ambiental ocasionado o la amenaza inminente de que este pudiera ocurrir, ya que sin esta identificación la responsabilidad tampoco podría operar. En otras palabras, no se podría garantizar con precisión quién debe asumir los costos de prevención y reparación del daño ambiental. Precisamente, en los casos de daños difusos, en los que la contaminación proviene de múltiples fuentes o ante la presencia de daños históricos, la identificación del responsable puede ser bastante complicada o resultar incluso, imposible de determinar.

En el Derecho comparado, especialmente, en los EE. UU., para afrontar casos de daños de origen difuso, por la presencia de *multiple tortfeasors* (múltiples causantes del daño), se ha diseñado diferentes teorías para distribuir la responsabilidad: (i) la teoría de la causalidad alternativa; (ii) la teoría de la participación en el mercado, y (iii) la teoría de la proporcionalidad, las cuales también serán analizadas.

4) El cuarto capítulo, se focaliza en el estudio descriptivo y pormenorizado de las analogías y diferencias existentes entre el instituto de responsabilidad civil y el de responsabilidad ambiental, siendo este último merecedor de un tratamiento especial, por las razones anteriormente expuestas y que justifican la publicación de esta obra.

Si bien, cada ordenamiento jurídico, en el entorno global, cuenta con su propia legislación en materia ambiental, no todos la han desarrollado como lo han realizado los Estados miembros de la Unión Europea o los Estados Unidos, a través de los instrumentos jurídicos (DRM, LRM o CERCLA). La mayoría de los países de América Latina son un claro ejemplo de lo aseverado. En específico, Ecuador, durante el periodo en el que se suscitó el caso Chevron-Texaco, no contaba con un cuerpo normativo que garantizase la responsabilidad ambiental, aunque hemos de denotar que, actualmente, es un referente por haber reconocido en su Constitución vigente (2008) derechos a la Naturaleza y los derechos del buen vivir, dedicando un capítulo especial a la biodiversidad y los recursos naturales. Además, la responsabilidad ambiental ya está plenamente regulada en el Código Orgánico del Ambiente (2017), que dedica un capítulo especial a su aplicación.

El tipo de responsabilidad que los instrumentos jurídicos aludidos han instaurado es de tipo objetivo, el cual halla fundamento en las teorías del *riesgo* (como criterios objetivos de imputación, que también constituye un punto de análisis, por su contribución en el impulso del instituto de responsabilidad ambiental-objetivo), las cuales están ligadas al desarrollo de la actividad industrial o al manejo de sustancias peligrosas. Esto quiere decir que, para aquellas actividades que sean consideradas más peligrosas en comparación con otras, se establecerá una presunción legal con respecto a la *culpa* o cualquier otro elemento subjetivo (dolo o negligencia). No obstante, para cualquier otra actividad, 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, por ejemplo, en la medida en que no haya intervenido

elementos subjetivos en la conducta del agente contaminador, este quedaría exento de responsabilidad, pudiendo exigir la recuperación de costes si hubiese adoptado alguna de las medidas de prevención, evitación o reparación.

Tal como se puede colegir, el juez, a la hora de resolver una causa, deberá lidiar con todos estos posibles inconvenientes, tomando como punto de partida, la conducta de quien asumió el riesgo y la peligrosidad. Frente a ello, podrá considerar como únicas causas eximentes de responsabilidad (que condicionarían la aplicación del régimen de responsabilidad ambiental, dependiendo si la *relación causal* se ha probado o no): la fuerza mayor, el caso fortuito, la contaminación difusa, la intervención de un tercero o el cumplimiento de una orden o instrucción emanada de la autoridad pública. Estas exenciones están previstas en la DRM y la LRM, pero también en la mayoría de los estatutos federales de los Estados Unidos, por citar algunos: CERCLA, OPA, CWA (*Clean Water Act* o Ley de Agua Limpia) o CAA (*Clean Air Act* o Ley de Agua Limpia), entre otros.

Un poco complejo se vuelve el tema, además, cuando se determina la existencia de más de un responsable. Estaríamos frente a lo que se conoce como *responsabilidad múltiple*, cuya variedad es distinta, lo que permite a cada ordenamiento jurídico ajustarse a determinada opción, según el supuesto de hecho que se trate. Los principios más conocidos son: (i) la *responsabilidad mancomunada*, que obliga al responsable a indemnizar solamente por la parte del daño que pueda realmente imputarse a su actividad, y, (ii) la *responsabilidad solidaria*, en virtud del cual, cada parte responderá por la totalidad de la reparación, sin perjuicio del ulterior derecho de repetición frente al resto de responsables identificados.

Por ello, en conformidad con el sistema de responsabilidad ambiental que se ha logrado implantar a través de la normativa ambiental instaurada por la DRM y la LRM, en este capítulo se pretende responder los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los daños merecedores de que este sistema se active?, ¿se podría lograr con su aplicación una reparación íntegra tal como lo determina la Constitución española?, ¿sería idónea y suficiente la estructura de la DRM y la LRM y del Derecho comparado para resolver el caso Chevron-Exxon u otros casos de magnitud similar que pudieran presentarse a futuro?, ¿existen dificultades que impidan alcanzar dicho objetivo?

A pesar de que el sistema creado dentro del orden comunitario europeo y estatal-español puede resultar bastante efectivo, su aplicación puede verse restringida y condicionada cuando no se logre la plena *identificación del agente contaminador*, la *causalidad* o no sea posible *cuantificar* el daño acontecido. Por lo tanto, se generan otros problemas de fondo que también serán afrontados dentro de este apartado, entre ellos: ¿quién debe responder por el daño ambiental? ¿quién establecerá la cuota de responsabilidad de cada instalación en particular?, ¿quién debe soportar el riesgo de insolvencia de alguno de los autores del daño?, ¿quién es su verdadero responsable?

De manera complementaria, impera una última necesidad que será resuelta en este capítulo, la cual guarda estrecha relación con el mecanismo tradicional de la responsabilidad civil, para despejar y resolver las siguientes incógnitas: ¿se

podría lograr una reparación *in natura* mediante el mecanismo de responsabilidad civil?, ¿por qué es diferente?, ¿fue eficaz u obsoleto el mecanismo de responsabilidad civil extracontractual aplicado en el caso *Chervon-Exaco* para lograr una reparación *in integrum* de los daños ambientales ocasionados en la Amazonía ecuatoriana?, ¿merece especial atención el suelo, por ser un recurso natural que comporta una naturaleza jurídica diferente, por la titularidad público-privada que podría figurar?, ¿cuál sería el mecanismo idóneo para lograr una reparación *in integrum* ante un *daño ecológico puro*?

5) El quinto capítulo se ocupa de la obligación reparadora. En concreto, buscaremos precisar ¿cómo se va a reparar un daño ambiental?, y, ¿cuánto se va a reparar?

Para brindar solución a estos cuestionamientos, previamente, delimitaremos el tipo de *medidas de reparación* que la legislación ambiental (DRM y LRM, así como el Derecho Comparado) ha consagrado, así como los niveles de reparación, pues no es lo mismo una *reparación primaria*, *complementaria* o *compensatoria*. Todo ello, sabiendo que el principio «Quien contamina repara» es el que debería prevalecer.

Posteriormente, hay que tener presente que la reparación del daño a los recursos naturales trae consigo la ardua *cuantificación económica* del *daño ambiental* y la valoración del beneficio. Ciertamente, es un tema sumamente polémico que gira en torno al método de valoración, porque muchas veces es posible valorar los recursos naturales o los servicios 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 de los servicios naturales perdidos.

Todo este examen lo confrontaremos también con el instituto clásico, con la finalidad de demostrar la ineficacia en cuanto al fin que este persigue, ya que su fin último es lograr una indemnización monetaria; mientras que, el mecanismo de responsabilidad ambiental, limita o elimina esta opción, lo cual conlleva a que se afronte las dificultades prácticas de determinación y alcance de la medidas de reparación que obligan a plantearse mecanismos complementarios de financiación capaces de conseguir el objetivo principal que no es otro que reparar.

Finalmente, sobre esta base construida, conjuntamente con el resultado obtenido del análisis sistemático y sistémico que se ha realizado de la normativa ambiental promulgada por la Unión Europea *en confrontis* con el Derecho comparado, y, en especial, el estudio del caso *Chevron-Exaco*, añadiendo todo el desarrollo deontológico que se ha alcanzado hasta la actualidad para definir lo que verdaderamente deberíamos comprender por el *daño ecológico puro*, se plasmará al final de cada capítulo las conclusiones obtenidas fruto de la investigación y razonamientos para resolver todas las incógnitas planteadas.

Chevron-Texaco, ha alegado siempre una *falta de regulación adecuada* dentro del orden jurídico ecuatoriano. Sin embargo, sus prácticas agresivas han afectado tanto a bienes como derechos de carácter público y/o de orden privado. Por lo tanto, nuestro propósito es demostrar que, más allá de que el sistema clásico al que la Corte recurrió para resolver este caso no resulta ser el mecanismo más idóneo ni el más satisfactorio a la hora de reparar un *daño ecológico puro*, la responsabilidad ambiental por hecho lícito encuentra asidero jurídico en la doctrina del abuso del derecho, 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/o 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 su límite es dado tanto por la normativa, así como por la costumbre o bien por determinados criterios, entre los cuales se destacan: la teoría del riesgo provecho o beneficio, y la del riesgo creado.

CAPÍTULO I

A. SINOPSIS DEL CASO CHEVRON-TEXACO

«[...] del año 60 hasta el 69 se vivió en el pueblo Secoya y Siona de manera más digna. No ha habido ninguna contaminación y todo fue normal, como la vida de nosotros, de la gente de la selva. Hemos vivido bien de la cacería y de la pesca y el ambiente fue saludable. Luego, del año 70 en adelante, cambió totalmente, muy bruscamente. Primero se podía ver *como* llegaban las Compañías, abriendo las trochas en las comunidades y también los Helicópteros, haciendo aeropuertos de helicópteros [...]. Se veía *que* como obra pasajera, pero más luego se hizo el trabajo de perforaciones y explotaciones de petróleo. De ahí digo yo, parece que cambió totalmente la vida, lo que nos obligó a buscar otro medio de vida para tener otra alternativa para la vida buena, porque ya no había cacería ni había pesca [...], teníamos que comer pescados, pero a veces los bagres, por ejemplo, tenían sus estómagos tragados de petróleo y ya tenían otro sabor [...]».¹

Para ser más precisos, fruto del permiso de concesión que obtuvo una de las compañías petroleras más grandes de los Estados Unidos y del mundo –hasta la actualidad–², *Chevron Corp*, para desarrollar su actividad extractiva de petróleo en la Amazonía ecuatoriana, durante el periodo comprendido entre 1964 y 1990 (veintiséis años); en concreto, alrededor de la ciudad Lago Agrio, se perpetró uno de los latrocinios más graves en contra del ambiente, bautizado y conocido a ojos del mundo entero como: el caso Chevron-Texaco.

Efectivamente, el Gobierno ecuatoriano había otorgado una concesión de más de un millón de hectáreas a favor de *Texas Petroleum Company* o *Texpet*

¹ Cf., SSUCPS, 149.

² Vid., «Las 5 empresas petroleras más influyentes del mundo», Oil&Gas, acceso el 28 de abril de 2021, <https://www.worldenergytrade.com/oil-gas/general/las-5-empresas-petroleras-mas-influyentes-del-mundo>.

(de ahí la denominación del caso). Esta compañía, subsidiaria de cuarto nivel, de propiedad absoluta de *Texaco Inc.* —en el mismo acto— cedió sus derechos al consorcio formado entre *Texaco Petróleos del Ecuador* y *Gulf Ecuatoriana de petróleo*³, por medio del cual se redujo el área de concesión a 497 301 hectáreas (siendo la que finalmente primó) conocida como *La Concesión Napo* o *La Concesión*.

Pasado un tiempo, *La Concesión* perteneció no solo al consorcio, sino también a la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), la cual terminó absorbiendo la participación de Gulf, convirtiéndose en la socia mayoritaria del consorcio. Todas las decisiones (incluso las triviales, como contratar un simple servicio de catering) dependían de la decisión de la matriz, o sea, de *Texaco Inc.*⁴; la subsidiaria, *Texpet* solo se limitaba a ejecutarlas. Sea como fuese, *Texpet* y *Texaco Inc.* ejecutaron sus actividades en el Ecuador como si de una operación única e inseparable se tratase.

En el año 2001, *Texaco Inc.* fue adquirida por *Chevron*. Su nombre original fue *Chevron-Texaco Corporation*. Luego, pasó a ser únicamente *Chevron Corporation*⁵, la cual adquirió beneficios (activos, negocios, habilidades y tecnología) de la combinación de las dos empresas combinadas *Texaco* y *Chevron*⁶.

Debido a la multiplicidad de nombres que la petrolera estadounidense adoptó, de manera indistinta, nos referiremos en esta obra como *Texpet*, *Texaco*, *Chevron* o *Chevron-Texaco* para identificar a la empresa que operó en la Amazonía del Ecuador, durante el periodo comprendido entre los años 1964-1990⁷.

Todo lo anteriormente expuesto, salió a la luz a partir de la SSUCPS del año 2011, emitida por la Corte Provincial de Justicia ecuatoriana, en virtud de la cual, por intermedio del juez Nicolás Zambrano, se dio respuesta a la demanda presentada el 07 de mayo de 2003, por los representantes de los más de treinta mil ecuatorianos afectados (indígenas y colonos)⁸.

Hablamos de una de las demandas más controversiales que el órgano de justicia del Ecuador haya tenido que solventar en materia ambiental, responsabilizando una vez emitió su fallo —en atención a las pruebas aportadas

³ Todas las fechas, límites y titulares de la concesión, en orden histórico, constan en los Registros Oficiales del Ecuador: RO núm. 186 de 21 de febrero de 1964; RO núm. 209 de 26 de junio de 1969; RO núm. 362 y RO núm. 370 de 3 y 16 de agosto de 1973.

⁴ Cf., SSUCPS 24, 94, considerando noveno, 9.1. Ambas partes, tanto los demandantes como la demandada reconocieron lo explicado líneas arriba.

⁵ Así lo demuestra uno de los documentos presentados por su Procurador Común, adjunto al escrito presentado el 23 de agosto de 2005, que reposa en el expediente del proceso. Cf., *ibid.*

⁶ Cf., *ibid.*, 1, 11, 22, 29, 92 y 174. Vid. el sitio web de la compañía Chevron, acceso el 10 de enero de 2019, <https://www.chevron.com/search#?cludoquery=texaco&cludopage=2>

⁷ *Ibid.*, considerando noveno, 94.

⁸ *Ibid.*, 33.

por ambas partes— a la afamada petrolera norteamericana Chevron-Texaco, por todos los daños ocasionados en la selva ecuatoriana, los cuales serán detallados más adelante⁹.

Ahora bien, el caso no ha sido resuelto exclusivamente por este pronunciamiento judicial ni tampoco se ha proveído de manera definitiva sobre ciertos aspectos objeto del litigio. Para comprender de mejor manera lo asentido, es importante denotar el haz de acciones legales entabladas por las víctimas, así como los hechos históricos, que, en su orden cronológico, nos permitirán identificar claramente los hitos del caso¹⁰:

1) Con fecha 3 de noviembre de 1993, se planteó la primera contienda legal en contra de la compañía *Texaco*, en la ciudad de New York, EE. UU. (sede global de *Texaco*).

Las comunidades indígenas, representadas por la *Asamblea de Afectados por Texaco*¹¹, sustentaron el contenido de las pretensiones de su demanda, en tres hechos fundamentales:

- a) Las decisiones técnicas relevantes respecto de la operación extractiva en Ecuador fueron tomadas por los directores de *Texaco* desde New York.
- b) La compañía *Texaco* no operaba en el Ecuador a partir del año 1992. Aquí, cabe precisar que la petrolera tenía como obligación limpiar la región a su salida (6 de junio de 1992), pero su conducta omisiva fue la que primó. A este antecedente, le acompañó la no asunción de responsabilidades frente a las comunidades indígenas afectadas por la ejecución de su operación extractiva y el desarrollo de las actividades propias de la industria.
- c) Los bienes de *Texaco* se encontraban en los EE. UU.

⁹ De manera sintetizada, los principales aspectos de este caso, DANIELA OCHOA PESÁNTEZ, 2019: «Caso “Chevron-Texaco” y “daño ecológico puro”: análisis a la luz de la Directiva 2004/35/CE y la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental», *InDret: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 43, pp. 1-36, BIB 2019/6745.

¹⁰ Cf., *In the arbitration under the uncitral arbitration rules between, track 2 rejoinder on the merits of the republic of Ecuador (Part I: response to factual predicate to claimants' claims)*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, p. 33 y ss., acceso el 4 de febrero de 2019, <https://www.cancilleria.gob.ec/documentos-chevron/>.

¹¹ Organización creada para la toma de decisiones durante el desarrollo del proceso legal, estaba conformada por el Frente de Defensa de la Amazonía, organización social de derecho privado que agrupa y representa a los afectados colonos de las provincias de Orellana y Sucumbíos; la nacionalidad indígena Secoya representada por la Organización Indígena Secoya del Ecuador (OISE); la nacionalidad indígena *cofán* representada por la Federación Indígena de la nacionalidad indígena Cofán del Ecuador (FEINCE); la nacionalidad indígena *siona* representada por la Federación de la Nacionalidad Siona del Ecuador; la nacionalidad indígena *hwaorani* representada por la Organización de la Nacionalidad Huaorani del Ecuador.

2) Con fecha 16 de agosto de 2002 (es decir, transcurridos casi nueve años desde el 3 de noviembre de 1993), la Corte de Apelaciones del Distrito Sur de Nueva York decidió pronunciarse sobre la demanda presentada por los pobladores ecuatorianos, en cuyo fallo dictaminó, de manera resumida, lo siguiente¹²:

- a) El derecho a juicio por parte de los demandantes.
La compañía *Texaco* debía someterse a la justicia ecuatoriana y dar fiel cumplimiento a la sentencia que emita el órgano judicial.
- b) Este argumento encontró razón, debido a que en Ecuador se encontraban todos los documentos, testigos y demás evidencias. Por lo tanto, era el foro más adecuado para resolver el caso.
- c) Los demandantes gozarían del plazo de un año para hacer efectivas sus acciones legales ante la justicia ecuatoriana. Durante este periodo, *Texaco* no podría alegar la prescripción extintiva de las acciones.
- d) La sentencia dictada en Ecuador sería ejecutable ante la justicia norteamericana.

3) El primer fallo emitido por el órgano de justicia ecuatoriano fue, justamente, aquel de fecha 14 de febrero de 2011 (SSUCPS), a través del cual se ordenó a Chevron-Texaco a pagar 9500 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y a formular disculpas públicas por los daños causados, cuyo desacato duplicaría la indemnización a 19 000 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

En otras palabras, la Corte decidió imponer la indemnización en un cien por ciento adicional de los valores sumados de las medidas de reparación. Si nos ceñimos a la cultura angloamericana, su sistema permite que los órganos judiciales impongan en sus veredictos, para indemnizar a las víctimas por daños y perjuicios, cifras económicas cuantiosas, obtenidas mediante un cálculo de costes y beneficios, privándole a quien haya causado el daño, de todas aquellas subvenciones económicas o lucrativas que su acción haya podido significar. A este tipo de sanción se conoce como *punitive damages*¹³ (daños punitivos).

4) En principio, la finalidad de esta sanción conlleva dos efectos: uno punitivo y otro, disuasorio, es decir, busca reconocer/compensar a las víctimas, así como garantizar la no-repetición de conductas similares. No obstante, más que compensar a las víctimas de un daño, esta medida supone —a nuestro juicio— un castigo al sujeto causante, con el fin de prevenir que en el futuro se repitan conductas similares, cuando en materia ambiental, lo que más importa ante la

¹² Cancillería del Gobierno, *El caso Chevron / Texaco en Ecuador Una lucha por la justicia ambiental y social*, 11, acceso el 4 de mayo de 2015, <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Expediente-Caso-Chevron-abril-2015.pdf>.

¹³ Vid. SHARKEY, Catherine M. 2003: «Punitive Damages as Societal Damages», *Yale L.J.*, núm. 113, pp. 356-453; HAROLD SEE, 1989: «Punitive Damages: A Supporting Theory», *Ala. L. Rev.*, núm. 40, pp. 1227-1236; ALEXANDRA B. KLASS, 2007: «Punitive Damages and Valuing Harm», *Minnesota Law Rev.* 92.1, pp. 90-159.

presencia de un daño, es que el medio afectado vuelva a su *estado anterior*; no persevera un objetivo sancionador¹⁴.

5) Lo que llama la atención es que la aplicación de los *punitive damages* no rezaron como petición de los actores en su demanda¹⁵.

6) La SSUCPS fue ratificada en dos ocasiones:

a) El 3 de enero de 2012¹⁶, por el Pleno de la Corte Provincial de Sucumbíos.

b) El 12 de noviembre de 2013, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

En esta instancia se resolvió el recurso de casación interpuesto el 29 de marzo de 2012, por *Chevron*, que exigía una revisión exhaustiva sobre la legalidad (sin que sea posible analizar el contenido) de la sentencia (de 3 de enero de 2012).

La petrolera traía consigo argumentos sin pruebas fehacientes, lo cual motivó a la Corte a casar la sentencia de primera instancia. En otros términos, ratificó la sentencia condenatoria que estuvo dirigida a realizar la remediación social y ambiental; y, a pesar de que la petrolera nunca pidió disculpas, el órgano administrador de justicia decidió eliminar los castigos punitivos, con lo cual *Chevron* debía pagar, únicamente, el monto inicial¹⁷.

c) La parte resolutoria así lo evidencia; textualmente en ella se expresa:

«[...] ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, en conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el 3 de enero de 2012 [...], en cuando (Sic) a los daños punitivos no se encuentran regulados en el

¹⁴ LOZANO CUTANDA, 2008: *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, (Ley 26/2007, de 23 de octubre), Civitas, Navarra, p. 132.

¹⁵ La Corte ecuatoriana, recurrió a la doctrina como fuente del Derecho (PIZARRO, *Derechos de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1996), dentro de la cual –según su sana crítica– la imposición de esta sanción hallaría su fundamento jurídico, luego de haber considerado factores como: la gravedad de la falta (el daño debía y podía ser evitado); la situación particular del dañador (su fortuna); los beneficios obtenidos por el ilícito (mayores ganancias a menor costo de la producción petrolera); el carácter antisocial de la conducta de la petrolera en consideración con los bienes jurídicos protegidos; la finalidad disuasiva futura; la actitud del demandado durante el reclamo, y los sentimientos heridos de las víctimas, aspectos y actos que según la demanda se vieron cumplidos. Cf., SSUCPS, 184-185, considerando decimocuarto.

¹⁶ El 3 de enero de 2012, la Corte ratificó la sentencia en segunda instancia y el 23 de julio de 2012, liquidó el monto total a pagar por parte de la petrolera, el cual ascendió a 19 021 552 000 de dólares (diecinueve mil veintiún millones quinientos cincuenta y dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

¹⁷ De esta manera la indemnización que recaía sobre *Chevron* se redujo al monto inicial (9500 mil millones de dólares, el cual debía incluir el 10 % del valor por concepto de reparación a nombre del Frente de Defensa de la Amazonía). Cf., 222.

ordenamiento jurídico nacional, no procede las disculpas públicas y por consiguiente la condena al pago por este concepto. En todo lo demás se estará en la sentencia del Tribunal *Ad quem*, dictada el 03 de enero de 2012, que reforma la de la primera instancia [...]».

7) Con fecha 27 de junio de 2018, *Chevron*, con la intención de revocar la sentencia (emitida por la Suprema Corte Nacional de Justicia en segunda instancia, en el 2013) que le condenaba a pagar a los pobladores de la Amazonía ecuatoriana por todos los daños ambientales ocasionados, acudió ante el Pleno de la Corte Constitucional con su última carta para accionar. Presentó una acción extraordinaria de protección.

8) El 27 de junio de 2018, fue resuelta la acción extraordinaria de protección por la Corte ecuatoriana (fallo de última instancia en el país), cuya decisión evocada determinó que no existe ninguna vulneración de derechos constitucionales en detrimento de *Chevron*¹⁸.

9) En el año 2009, el caso Chevron-Exxon se resolvió más allá de las fronteras nacionales. La petrolera acudió ante el Tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, alegando denegación de justicia y con el argumento de que Ecuador violó las protecciones garantizadas en el «Acuerdo de Liberación de Responsabilidad»¹⁹, suscrito en el año 1998, mediante el cual habría sido liberada de responsabilidad por el Estado ecuatoriano, por los daños causados a la Amazonía y sus habitantes.

El pedido arbitral de la petrolera estadounidense en contra de Ecuador se sustentó, fundamentalmente, entre otros aspectos, en que el país (a través de la petrolera estatal Petroecuador) asumió la responsabilidad de eventuales temas ambientales respecto de varios campos petroleros operados por ella en el país²⁰, así como en el «Acta Final», de 30 de septiembre de 1998, al permitir que los pueblos indígenas de la Amazonía interpongan una demanda ambiental en su contra, cuya reclamación es fraudulenta, porque no se garantizó el debido proceso²¹.

10) El 30 de agosto de 2018, el Tribunal de La Haya²², emitió su laudo arbitral (que genera el mismo efecto que el de una sentencia), aunque de carácter parcial, determinando que Ecuador es responsable por denegación de justicia, y dejando, sin efecto, el último fallo al que fue sometido la petrolera (es decir, la que le obligaba a pagar USD. 9500 millones).

¹⁸ Cf. Sentencia N.º 230-18-SEP-CC, dictada dentro del caso N.º 105-14-EP, resuelta por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, en sesión de 27 de junio de 2018. Hecho publicado en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, «Ecuador confirma en última instancia condena contra Chevron», *El Telégrafo*, 11 de julio de 2018, acceso el 5 de febrero de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/ecuador-ultimainstancia-condena-chevron>, www.eltelegrafo.com.ec.

¹⁹ Cf., Contrato para la Ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de obligaciones, Responsabilidades y Demandas, entre Texpet y el ministro de Energía y minas y el presidente ejecutivo de Petroecuador, firmado el 30 de septiembre de 1998.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Cf., SSUCPS, 34-35, 175-176, considerando decimosegundo.

²² «Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador», *Permanent Court of Arbitration*, acceso el 1 de febrero de 2019, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2453>

En otras palabras, los árbitros han dejado –meramente– abierta la posibilidad para que los pobladores de la Amazonía puedan instar acciones legales con la pretensión de obligar a la multinacional, por su actuar omisivo, a responder por violación de sus derechos individuales²³.

En ese mismo año, el Estado ecuatoriano, por medio de la Procuraduría del Estado, planteó el recurso de nulidad del laudo.

11) El 16 de septiembre de 2020, un tribunal de primera instancia de la justicia holandesa emitió una sentencia en la cual niega el recurso de nulidad planteado por el Estado ecuatoriano.

En esa misma fecha, vencía el plazo para que el Estado ecuatoriano rechace o acepte una sentencia de un tribunal holandés. En consecuencia, la Procuraduría General del Estado, en representación de los intereses del Ecuador, inició el proceso de apelación de dicha sentencia, emitida por la Corte Distrital de La Haya, que rechazó la demanda de nulidad del Segundo Laudo Parcial dentro de este caso. Dicho recurso busca revertir la decisión dictada en primera instancia y anular el laudo arbitral que determinó la responsabilidad del Estado en favor de la petrolera.

12) En el año 2023, este juicio no ha sido del todo resuelto. Han pasado más de treinta años desde que inició el juicio contra Chevron y once años desde que se ejecutorió la sentencia en favor de indígenas y colonos que habitan en las provincias de Orellana y Sucumbíos. Sin embargo, pese a existir cuatro sentencias que encuentran a Chevron-Texaco culpable del daño causado, todavía, persisten ciertos daños ambientales e individuales que deben ser reparados a los pueblos víctimas del crimen de la petrolera.

Frente a ello, el 20 de marzo de 2023, los afectados por las operaciones extractivas implementados por la petrolera norteamericana en las zonas referidas, recurrieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para denunciar que el gobierno ecuatoriano está entorpeciendo la ejecución de la sentencia, por entorpecer las acciones de cobro en jurisdicciones extranjeras y ejecutar el laudo arbitral de 2018, como si estuviera vigente.

B. LOS DAÑOS CAUSADOS EN LA AMAZONÍA ECUATORIANA

1. Daños directos

La extracción hidrocarburífera, operada por Chevron-Texaco, trajo consigo la producción de varios daños en la Amazonía ecuatoriana, los cuales fueron y continúan aún, siendo bastante alarmantes.

²³ «Gobierno de Ecuador prepara su defensa por laudo en el caso Chevron», *El Telégrafo*, 12 de septiembre de 2018, acceso el 11 de febrero de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/ecuador-chevron-anulacion-fallo>, www.eltelegrafo.com.ec.

De la SSUCPS se puede extraer, que la compañía estadounidense, operaba de la siguiente manera ²⁴:

Alrededor de la plataforma, abría directamente en el suelo grandes fosas o piscinas (alrededor de ochocientos ochenta) en las cuales se vertía el petróleo de prueba (deshechos de hidrocarburos), los lodos de perforación y las aguas de formación y se quemaron libremente, más de doscientos treinta y cinco mil millones de pies cúbicos de gas natural. No obstante, las excavaciones se realizaban sin ningún tipo de impermeabilización, es decir, sin un recubrimiento o materiales que impidieran que el crudo se filtrara. En definitiva, sin consideración ambiental alguna.

Operativamente, la petrolera siempre utilizó las mismas técnicas, a pesar de que eran –en aquella época– ya consideradas obsoletas e incluso prohibidas en los EE. UU.

De ahí, por efecto de las pruebas aportadas durante la fase probatoria del proceso y aceptadas por la Corte, se produjeron múltiples informes periciales y varios análisis de laboratorio de todas las muestras tomadas, tanto por los peritos designados por la Corte e insinuados por las partes, así como por los nombrados por aquella, pero sin insinuación de parte ²⁵, cuyos resultados fueron sometidos a un estudio exhaustivo ²⁶, con el fin de que el Juzgador pueda determinar la presencia de todos los elementos contaminantes (provenientes de la industria hidrocarburífera), así como los distintos niveles de contaminación, en el área de la concesión ²⁷.

De las conclusiones de dichos informes, el ente administrador de justicia decidió construir su propio criterio, ciñéndose, exclusivamente, a su contenido técnico, prescindiendo de las apreciaciones personales de cada perito, ya que

²⁴ Cf., SSUCPS, 158 y ss. Los propios informes periciales de los expertos insinuados por *Chevron* corroboraron este hecho. En palabras de algunos de los peritos: «La mayor parte de las piscinas de tierra (incluidas las construidas en la Región Oriente de Ecuador), fueron construidas mediante excavación de suelos a una profundidad de 1.5 a 1.8 m, por debajo de la superficie del terreno, el suelo se colocaba alrededor del perímetro para formar altas bermas, de 1.2 a 1.5 m de alto, las dimensiones de la piscina se establecían de acuerdo con el volumen estimado del material a contener». Esto permitió a la Corte aseverar que las piscinas construidas por *Texpet* se trataban de simples excavaciones en el suelo, sin ningún tipo de recubrimiento o revestimiento.

²⁵ Los peritos insinuados por *Chevron* aportaron 50 939 resultados de 2371 muestras. Los peritos insinuados por los demandantes aportaron 6239 resultados de 466 muestras. Los peritos nombrados por la Corte sin insinuación de parte presentaron 2166 resultados de 178 muestras. Existieron también otros resultados, aunque aplicables a cuestiones específicas que la Corte consideró. *Vid., ibid.*, 99.

²⁶ No se trata de un simple proceso matemático ni una evaluación contable, sino de una evaluación estadística, de manera que el resultado dependía de la que represente la muestra, aun con cierto grado de error, pues lo que en realidad interesaba en estos estudios es que se pudiesen conocer todos los elementos del universo muestreado y que estos tuviesen la posibilidad real de ser incluidos en la muestra.

²⁷ Cf., SSUCPS, 94.

a pesar de que tales conclusiones se referían a la misma realidad, eran contradictorias entre ellas.

¿Cómo lo hizo? Consideró un determinado número de pozos, estaciones y piscinas que fueron diseñadas, construidas y operadas por *Texpet*, en conjunto con los resultados de las muestras tomadas en campo, es decir, de los *suelos* o sitios inspeccionados y de las muestras obtenidas en *agua*, por ser representativos ambos factores del estado del área de la concesión²⁸.

De las cincuenta y cuatro inspecciones judiciales realizadas en los sitios operados por *Texpet*, el juzgador decidió extrapolar (previo reconocimiento de la parte demandada como un sistema válido para llegar a conclusiones con base en una muestra) los datos obtenidos y aplicarlos a las demás instalaciones operadas por la petrolera, pero que no fueron inspeccionadas²⁹. Esto significaba que los resultados de las primeras muestras extraídas no podían ser prueba directa de los sitios no inspeccionados, es decir, no se podía entender que todo el *suelo* del área de la concesión estaba contaminado, pero la cantidad de sitios inspeccionados conllevaría a considerarlos como una muestra representativa del universo de los sitios en los cuales *Texpet* operaba, por la similitud de los resultados obtenidos.

De esta manera, la Corte pudo constatar la presencia de distintas concentraciones de hidrocarburos y productos, los cuales fueron utilizados durante la perforación o acondicionamiento de los pozos petroleros (reportados en los informes periciales); fuente directa de los daños provocados al *suelo*; parte integrante del ecosistema.

Cabe subrayar, que la peligrosidad de los elementos reportados en las inspecciones judiciales, viene demostrada, principalmente, por los informes de los peritos insinuados por los demandantes, en atención a los resultados de las muestras tomadas en campo y con una apreciación general de los datos presentados por los TPHs (por sus siglas en inglés, *Total Petroleum Hydrocarbons*, traducido al castellano, Hidrocarburos Totales de Petróleo), en tanto sirvieron como indicadores de la presencia de hidrocarburos en el área descrita.

La Corte, acogió las conclusiones de un dictamen pericial insinuado por la parte demandante, en el que se indicaba que³⁰:

²⁸ *Vid., ibid.*, 106 y ss.

²⁹ A criterio de la Corte, no era necesario 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. *Vid., ibid.*

³⁰ *Ibid.*, 100

«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 la Sustancia Tóxica y el Registro de Enfermedades, ATSDR de los EE. UU, 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».

Asimismo, otro perito insinuado por la misma parte procesal dejó constancia en su informe de Sacha 10, lo siguiente³¹: «algunos de los compuestos de los TPHs pueden afectar el sistema nervioso» y que «un compuesto TPH (benceno) es carcinogénico en seres humanos».

Este criterio no fue compartido por la parte demandada, que alegaba que el TPH no es un buen indicador de riesgo, porque no mide la toxicidad ni el riesgo de salud, y porque los hidrocarburos se encuentran en la naturaleza (por ejemplo, en el pasto [14 mg/kg], en las hojas secas de roble [18 mg/kg], en las acículas de pino [16 000 mg/kg]). También alegaba la existencia de otros productos no tóxicos derivados del petróleo y utilizados por el hombre, entre ellos: el aceite para bebés, que tiene 865 680 mg/kg de TPH o la vaselina, que tiene 749 000 mg/kg.

Frente a ello, la Corte decidió que lo más adecuado es que los TPHs sean considerados juntamente con las demás evidencias porque, a pesar de que no fuesen indicadores precisos de riesgo para la salud, son buenos indicadores del estado del ambiente ante impactos de hidrocarburos.

Más allá de la presencia de TPHs, para identificar las posibles amenazas a la salud, la Corte, dejó sentado que se deberá monitorear, y eventualmente eliminar, la presencia de otros elementos peligrosos. Para ello, efectuó el análisis de varios elementos químico, tales como: el benceno, el tolueno, los HAPs (*hazardous air pollutants* o contaminantes peligrosos del aire), de metales pesados, así como de los agentes anticorrosivos que fueron utilizados en la perforación de los pozos, entre ellos: el cromo VI, el bario y el mercurio. De manera resumida, determinó lo siguiente³²:

³¹ *Ibid.*

³² Para profundizar más sobre estos resultados, *vid.*, *ibid.*, 107 y ss.

1) 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 la SSUCPS (así lo reconoce la Agencia Internacional para la investigación del cáncer o IARC, la EPA y el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE. UU.).

Constató la presencia de benceno en los suelos de la concesión, entre 0,056 y 18 mg/kg (de al menos catorce resultados). Sacha Norte 2 y Sacha 13, presentaron de manera alarmante 18 y 177 mg/kg. En Shushufindi Suroeste y otra en Sacha 51, con y 1 mg/kg, se demostró también una presencia inusual de este agente peligroso para la salud.

2) El *tolueno* es encontrado de manera natural en el crudo y es soluble en agua

Este elemento está asociado a problemas reproductivos y otros defectos en el desarrollo. La presencia en al menos diez resultados demostró que el *suelo* estaba contaminado con cantidades entre 0,12 y 97 mg/kg, reflejando el impacto sufrido por este recurso natural y el potencial riesgo para la salud.

Muchas de las muestras con resultados que representaban contaminación por este agente fueron aportadas por los peritos insinuados por la parte demandada.

3) Los HAP también son un potencial carcinogénico.

Pueden penetrar profundamente en el suelo, especialmente si hay contactos prolongados, como en las piscinas de reposo, haciendo que el *suelo* y el *agua* subterránea cercanos se encuentren en peligro de ser contaminados.

De las muestras tomadas por peritos insinuados por la parte demandante (ya que los peritos insinuados por la parte demandada no analizaron estos compuestos) se constató la presencia entre 1,1 y 3142 mg/kg, en cincuenta y cuatro resultados.

4) El *mercurio* también es 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.

En el *suelo* del ecosistema de la concesión, los niveles fueron alarmantes, principalmente, en los campos de Sacha, Shushufindi y Lago Agrio, encontrando muestras que llegaban a los 7 mg/kg.

5) El *plomo* también es encontrado de forma natural en la tierra, pero tiene una gran fama de ser perjudicial para la salud.

Este agente químico, fundamentalmente, provoca disminuciones de la capacidad cognitiva, además de ser considerado –razonablemente presumible– agente carcinogénico humano (alrededor del mundo, existen crecientes restricciones del uso de gasolina con plomo, con el fin de proteger la salud).

Las muestras de *suelo* y *agua* tomadas durante las inspecciones judiciales indicaron niveles excesivos en el suelo, mucho más elevados de lo normal. En zonas como Shushufindi 25 se alcanzó 294 mg/kg, en los pozos Cononaco 6 y Shushufindi 13 se reportaron 98,8 y 98,6 mg/kg. Así lo denotaron las muestras tomadas por los peritos insinuados por ambas partes.

Todo este análisis contribuyó a la Corte a corroborar que el envenenamiento con plomo es un riesgo real y que puede plantear riesgos de salud para las poblaciones locales.

6) El *cadmio* puede irritar gravemente el estómago y las vías respiratorias. Además, existe un consenso científico acerca de que este agente es un carcinogénico humano.

Los 151 resultados de las muestras recolectadas revelaron entre 1,003 y 315,79 mg/kg, lo cual es sumamente peligroso.

7) El *cromo VI* es un conocido agente cancerígeno para los seres humanos. Así lo determina la OMS (Organización Mundial de la Salud), el IARC y la EPA.

La Corte obtuvo 108 resultados, en los cuales se constató entre 0,42 y 87 mg/kg de este elemento químico. Algunos sitios como, por ejemplo, Sacha 13 (entre 32,18 y 13,44 mg/kg), el pozo Cononaco (6,877 mg/kg), y otros como Shushufindi, el campo Aguarico, Lago Agrio y Guanta, también contenían niveles alarmantes. En total, se constató alrededor de 1.11 mg/kg de este elemento químico.

En criterio del órgano administrador de justicia, toda cantidad que superase lo que de forma natural se encuentra en el ambiente, debía ser removida por la peligrosidad que representa, a pesar de que el vertimiento en sí mismo no se encontrase regulado por las leyes vigentes, tal como ocurrió, específicamente, con el cromo VI, el cual no estaba considerado como peligroso en la «Evaluación de Normas Internacionales Aplicables para los Cierres de las Piscinas de los Campos Petroleros, 1994-1998» (documento alegado por *Chevron*).

Por ello, el juzgador, por criterio elemental de justicia, legalidad, decencia y respeto a la vida humana, entendió que por ser este elemento un carcinogénico conocido, se trataba de una sustancia peligrosa, cuyo manejo debió cuidar la parte demandada en concordancia con las disposiciones legales vigentes en aquella época, de tal manera que cualquier vertimiento de dicha sustancia que pudiese haber puesto en peligro a las personas o al ecosistema, generaba la obligación de reparación, independientemente de su regulación o no.

8) El *bario*. Varios compuestos de este elemento son insolubles en agua y pueden causar efectos dañinos en la salud e incluso cáncer (aunque no está específicamente clasificado por su carcinogenicidad por la IARC ni por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los EE. UU.).

La Corte determinó que, a pesar de lo señalado, no significa que el bario esté clasificado como un material inofensivo para la salud, de tal manera que ante el potencial daño que pudiera causar este elemento y ante la falta de estudios, es conveniente considerar que resulta peligroso la gran cantidad de resultados que superan los 751 mg/kg y alcanzan los 10 100 mg/kg.

La presencia del bario ha sido la más reportada en todos los campos, tanto por los peritos insinuados por los demandantes, así como por peritos insinuados por *Chevron*.

En lo concerniente a la contaminación del *agua*, la verdad procesal se alcanzó mediante doble vía³³: (i) analizando la presencia de contaminación en las muestras obtenidas, y (ii) realizando inspecciones judiciales para probar si efectivamente existieron filtraciones «desde las piscinas al entorno».

³³ Para profundizar sobre la contaminación de las aguas, *vid.*, *ibid.*, 113-125.

De 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), la Corte ecuatoriana encontró en el expediente resultados preocupantes de TPHs y otros elementos, tanto en las muestras de los peritos insinuados por los demandantes como en la de los peritos designados por la Corte (los peritos insinuados por *Chevron* presentaron resultados inferiores para varios elementos, y en algunos casos ni siquiera presentaron resultados). De todos los resultados alcanzados, el ente juzgador pudo corroborar que uno de los principales focos de contaminación era el vertimiento de aguas servidas.

En lo que se refiere al alcance de los impactos por hidrocarburos o la extensión de la contaminación en el *suelo* (dentro del área de la concesión, principalmente alrededor de las piscinas), el criterio de la Corte se fortaleció, al constatar que los sitios visitados sufrieron un impacto directo, los cuales, además, no representaban la exclusividad de un bien jurídico dañado, sino que por su naturaleza, ese tipo de daños abarcarían también muchos otros, consecuencia directa del impacto ambiental sufrido.

2. Daños indirectos

En atención al nivel de peligrosidad y el nivel de exposición de las personas y el ecosistema a los elementos contaminantes antes descritos, se ocasionaron potencialmente daños a distintos componentes del ambiente, no solo a los recursos naturales.

Dicho de otra manera, los daños ambientales atribuibles a las actividades de la demandada presentaron otras consecuencias graves, ya que dentro del ecosistema afectado habitaban y habitan todavía varios grupos humanos, cuya integralidad cultural está firmemente asociada con la salud del territorio, la cual también se vio gravemente perjudicada.

De todos los impactos sufridos, los demandantes alegaron únicamente dos³⁴:

- 1) Efectos adversos para la salud, que incluían elevadas tasas de cáncer, abortos espontáneos, alta mortalidad infantil y malformaciones genéticas.
- 2) Impactos en las comunidades indígenas, lo cual provocó, incluso, el desplazamiento de sus territorios ancestrales y pérdida de su identidad e integridad culturales.

³⁴ Cf., *ibid.*, 125 y ss., 9.3.

En cuanto a los daños a la salud, 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 y testigos, pudo concluir que estos denotaban un profundo convencimiento de la contaminación de las aguas y de esta como la causa de las afecciones a la salud.

Sin embargo, a pesar de que no se les podía restar todo valor a las declaraciones vertidas, debido a la impresionante coincidencia entre los hechos descritos en ellas, sin que exista ningún testimonio que manifestase lo contrario, la Corte reconoció que no podían ser prueba fehaciente e incontrovertible de que en realidad exista una afectación en la salud de los ciudadanos. Ni los expertos que habían participado en el juicio conocían la realidad histórica mejor que quienes han vivido ahí, por lo que a las declaraciones se les otorgó el valor que se merecían, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pero en conjunto con las demás evidencias aportadas por ambas partes.

Para ello, 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 fueron mencionados como los principales formas o mecanismos de exposición (descritos tanto por los peritos como por los ciudadanos del área) durante las inspecciones judiciales llevadas a cabo.

En cuanto a los impactos a las comunidades indígenas, ya que estos grupos humanos dependían de la caza y la pesca, los impactos sufridos por el ecosistema les afectaban 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 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 vida³⁵ y luego de analizarlo concluyó que la exposición de los animales

³⁵ Para profundizar más sobre la afección al grupo humano indígena y las declaraciones obtenidas durante las inspecciones judiciales, *vid.*, SSUCPS, 147-152.

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, este 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 el área de la concesión se vieron forzadas, la Corte determinó que esto vendría a ser otro de los elementos que influyó en el impacto cultural, especialmente, «porque se trataba de grupos humanos cuya existencia se hallaba íntimamente ligada a su entorno natural»³⁶.

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 movilizarse 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»³⁷.

Por lo tanto, el órgano jurisdiccional 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

³⁶ *Ibid.*, 153.

³⁷ *Ibid.*, 154.

de las especies que servían para la caza y la pesca tradicionales, lo que los ha obligado a modificar sus costumbres.

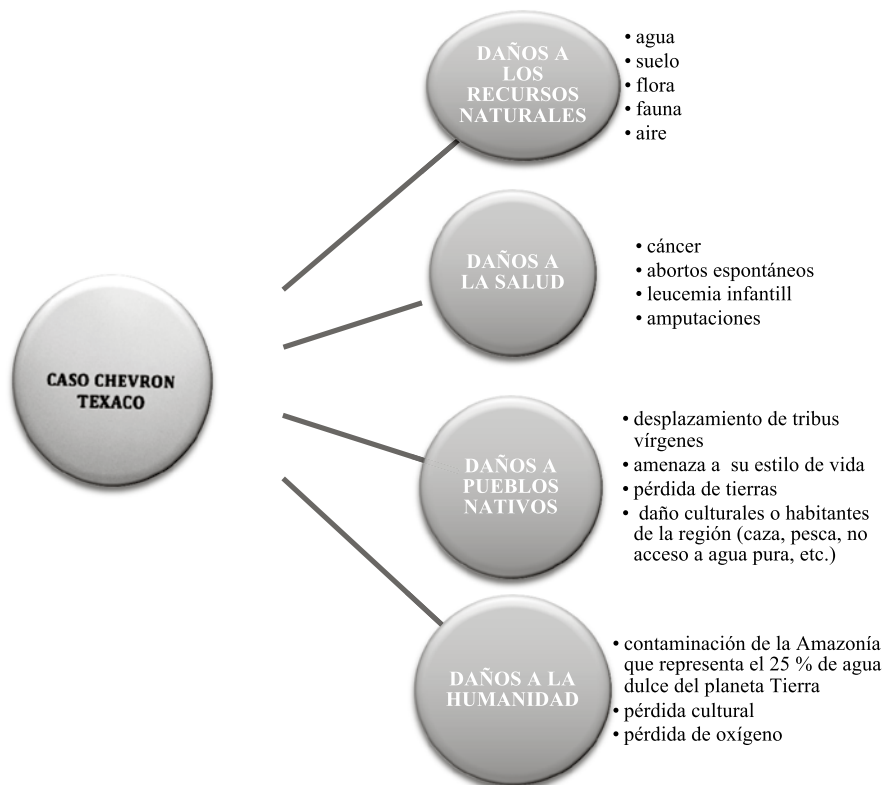
Precisamente, lo que la Corte ecuatoriana demostró dentro del proceso legal fue la presencia peligrosa de todos los agentes contaminantes anteriormente descritos y la inminente necesidad de removerlos del suelo y del agua del área de concesión, por sobrepasar cualquier criterio razonable y por ser elementos de gran preocupación para la salud, aspectos que denotan la gran magnitud del caso.

Ciertamente, el daño repercutió directamente sobre los diversos bienes naturales del ecosistema, como la flora y fauna locales, e indirectamente trascendiendo, además, en los distintos aspectos de la sociedad, llegando a suponer, incluso, un menoscabo en la salud humana de un conglomerado local, lo que nos permite colegir que la degradación ambiental amenaza manifiestamente la existencia misma del ser humano.

En suma, por un lado, hablamos de bienes artificiales (las propiedades, tierras) y bienes naturales (los recursos naturales), y, por otro lado, aludimos a derechos, como el de la salud (presencia de enfermedades muy graves como leucemia, cáncer, amputación de miembros inferiores del cuerpo por el petróleo impregnado a su piel, etc.) y el derecho a la vida misma (capacidad de reproducción afectada gravemente por la presencia de varios abortos, muertes de varias personas).

A todo esto, hemos de añadir los impactos sociales y culturales que se causaron a las comunidades indígenas, los cuales provocaron hasta su desplazamiento. Por citar algunas, las actividades particulares de los indígenas y agricultores (la caza, la pesca, el cultivo y la cosecha de frutos) se vieron afectadas, las actividades cotidianas que las comunidades llevaban a cabo al depender de la propia naturaleza, como bañarse y poder beber agua pura de sus fuentes naturales (ríos, arroyos)³⁸.

³⁸ El caso Chevron-Texaco ha sido de tal magnitud, que llegó a ser noticia a la mayoría de los diarios del mundo entero y continúa siendo noticia hasta la actualidad. «Ecuador condena a Chevron a una multa millonaria por contaminar», *El País* (España), https://elpais.com/internacional/2013/11/13/actualidad/1384314753_768174.html, acceso el 13 de noviembre del 2013; «ECUADOR - Juicio contra Chevron-Texaco: defensa de derechos humanos y ambientales», *Alterinfos América Latina*, <http://www.alterinfos.org/spip.php?article6972>, acceso el 30 de julio de 2015; «El gigante energético Chevron vence a Ecuador en un tribunal internacional por el caso de contaminación de Lago Agrio», *BBC News Mundo*, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45454965>, acceso el 7 de septiembre de 2018; «Ecuador pierde el “caso Chevron” y se enfrenta a una multa millonaria», *El País* (España), https://elpais.com/internacional/2018/09/07/america/1536343162_218539.html, acceso el 7 de septiembre de 2018; «Nuevo revés para Ecuador en el caso contra Chevron por contaminación», *diario El País* (España), acceso el 17 de abril de 2019; «Procuraduría presentó recurso de casación en proceso por segundo laudo parcial de caso Chevron», *El Comercio* (Ecuador) <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador/procuraduria-recurso-casacion-laudo-parcial-caso-chevron.html>, acceso el 28 de septiembre de 2022, entre otros.

Ilustración 1. Daños directos e indirectos provocados por Chevron-Texaco

Con base en estos antecedentes, la Corte ecuatoriana resolvió el caso Chevron-Texaco apoyándose en el fundamento de la responsabilidad civil de la acción –objetiva, sin culpa– del demandado y los daños jurídicos demostrados en el expediente, recurriendo al Código Civil (*Cf.*, art. 2216), para recordar a las partes que quien hizo el daño o sus herederos están obligados a la indemnización.

C. NORMATIVA VIGENTE DURANTE EL PERIODO DE CONCESIÓN

Para llegar a la conclusión de que el origen de todos los daños ambientales³⁹ expuestos se estribaba en las actividades de la explotación petrolera, llevadas a

³⁹ *Cf.*, SSUCPS, 94 y ss., considerando 9.2.

cabo por Chevron-Texaco, durante la operación de la concesión, y que las inspecciones y las muestras válidas que reposaban en el expediente eran representativas del estado del área de concesión, la Corte utilizó los límites máximos permisibles establecidos en la legislación ecuatoriana vigente en aquella época, pero únicamente como parámetro de referencia para conocer el estado real del área de la *Concesión Napo*, mas no para verificar el cumplimiento de la normativa por parte de la demandada, pues por el principio de retroactividad, las normas no podían ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación.

La normativa ambiental que estuvo vigente al momento en el que se suscitó el conflicto con Chevron-Texaco, y que sirvió de plataforma jurídica para los demandantes, estaba consolidada sobre la base de la Constitución ecuatoriana de 1984⁴⁰, que permaneció vigente también, a la fecha en la cual la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos emitió su fallo.

En concordancia con la normativa constitucional, en conjunto, la Ley de Gestión Ambiental (LGA)⁴¹, el Código Civil⁴², la Ley de Petróleo⁴³, la Ley de Hidrocarburos⁴⁴, el Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos⁴⁵, el Código de la Salud⁴⁶ y la Ley de Aguas⁴⁷, estructuraron el esquema normativo utilizado por los demandantes como soporte para exigir el cumplimiento de sus pretensiones, cuyo repaso no se puede prescindir.

La Constitución de esa época, garantizaba entre otros derechos, «[...] El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación» (*Cf.*, art. 19.2), determinando, además, que: «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» (*Cf.*, *ibid.*).

Esta disposición guardaba plena armonía con lo que constitucionalmente se consideraba en el año 1998 de interés público (*Cf.*, art. 86), a saber⁴⁸:

«1) La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. 2) La prevención

⁴⁰ Constitución Política de la República del Ecuador de 1979 reformada en 1984.

⁴¹ Ley de Gestión Ambiental. Suplemento del Registro Oficial N.º 418, (10 de septiembre de 2004), ediciones legales 2016, Quito, 22 de julio de 2004.

⁴² Código Civil, Codificación 10, Registro Oficial N.º 46, 24 de junio de 2005.

⁴³ Ley de Petróleo, Registro Oficial N.º 560, de 9 de agosto de 1937.

⁴⁴ Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial N.º 322 del 1 de octubre de 1971.

⁴⁵ Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, Decreto Supremo 1185, Registro Oficial N.º 530, de 9 de abril de 1974.

⁴⁶ Código de Salud, Registro Oficial N.º 158, de 8 de febrero de 1971.

⁴⁷ Ley de Aguas, Registro Oficial N.º 69, de 30 de mayo de 1972.

⁴⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial N.º 1, de 11 de agosto de 1998.

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».

El contenido de esta norma colocaba al Estado como el ente encargado de proteger el derecho de la población a vivir en un «ambiente libre de contaminación», con el propósito de garantizar un desarrollo sustentable. Era, pues, el responsable de velar por que este derecho no sea afectado, así como el ente garantizador de la preservación de la Naturaleza.

Sobre esta base, la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos (2011), previo a resolver sobre los daños ambientales manifiestos en la Amazonía, comenzó por definir al *daño ambiental*, describiéndolo como: «Toda pérdida disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales»⁴⁹.

De ahí que, la Corte haya interpretado, acorde con lo que disponía la Constitución y la Ley de Gestión Ambiental vigentes en aquella época, que: «El daño ambiental debe ser considerado en toda su complejidad, atendiendo las distintas formas y derivaciones que este puede tener en los componentes del medio ambiente, pues se entiende que este no puede ser considerado aisladamente, sino en vinculaciones con otros derechos, como el de la salud».

Ahora bien, no se puede garantizar un derecho, como el de la *salud*, sin determinar su alcance. Por ello, la Corte recurrió a lo dispuesto en el Código de la Salud de ese momento (Cf., art. 1), en el cual se definía a la *salud* como: «el completo estado de bienestar físico mental y social y no solo la ausencia de enfermedad o invalidez».

A partir de este concepto, disgregó que la *salud* está estrechamente relacionada con el *saneamiento ambiental*⁵⁰, entendido como: «El conjunto de actividades dedicadas a acondicionar y controlar el ambiente en que vive el hombre, a fin de proteger su salud» (Cf., Código de la Salud, art. 6).

Una vez prestableció estos conceptos, con la finalidad de precautelar dicho derecho, hizo alusión a otras normas similares (Cf., *ibid.* arts. 12, 16, 17 y 25⁵¹)

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, 62, considerando séptimo.

⁵¹ Cf., «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» (art. 12); «Toda persona está obligada a proteger las fuentes y cuencas hidrográficas que sirven para el abastecimiento de

que estuvieron vigentes y eran aplicables durante el periodo de operaciones de *Texpet*, con efectos *erga omnes*, en virtud de las cuales se establecían ciertas prohibiciones de descargar en el ambiente (aire, suelo o aguas) sustancias (residuos sólidos, líquidos o gaseosos), sin que hayan sido previamente tratadas hasta convertirse en inofensivas para la salud.

A todo este régimen legal en referencia, se sumaba la prohibición que regía en la Ley de Aguas de no contaminar las aguas de manera que afecte a la salud humana o el desarrollo de la flora y fauna (Cf., art. 22), lo cual, en conjunto, permitió demostrar a la Corte que, efectivamente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establecía de manera expresa una «[...] responsabilidad potencial directamente relacionada con el daño causado, incentivando la cautela como medio para reducir los propios pasivos potenciales y evitar así responsabilidades [...]»⁵².

Por último, de manera complementaria, la Ley de Hidrocarburos (1971) 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» (Cf., art. 29.s y t), bastante similar al contenido de las disposiciones publicadas en sus posteriores codificaciones⁵³, llegando a ser una constante en la legislación hidrocarburiífera ecuatoriana. Y, por norma reglamentaria (Reglamento de Hidrocarburos⁵⁴), en materia petrolera, se distinguía un deber, cuyo acatamiento era insoslayable para la parte demandada, que le obligaba a «Tomar todas las providencias y precauciones del caso al realizar sus actividades para evitar daños o peligrosas personas, propiedades, recursos naturales y a sitios de interés arqueológico, religioso o turístico» (Cf., art. 41).

Toda esta estructura normativa se constituyó en el sustento de la Corte ecuatoriana, para descartar, además, uno de los principales argumentos de la parte demandada que sostenía 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 [...]».

agua, sujetándose a las disposiciones de este ódigo, leyes especiales y sus reglamentos» (art. 16); «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» (art. 17); «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» (art. 25).

⁵² Cf., SSUCPS, 66.

⁵³ Cf., Ley de Hidrocarburos, *Registro Oficial* N.º 616 del 14 de agosto de 1974 (art. 30.s y t), y en el *Registro Oficial* N.º 711, del 15 de noviembre de 1978 (art. 31.s y t).

⁵⁴ *Op. cit.*, 52.

Si bien es cierto, durante el periodo de concesión, toda la normativa ecuatoriana citada carecía de asidero legal y pudo ser interpretada como inaplicable e impracticable, ya que no existía un manual ni una normativa técnica que regulase el procedimiento para llevar a cabo la práctica hidrocarburífera. Sin embargo, el criterio que formuló la Corte de Sucumbíos⁵⁵ –y que compartimos– fue otro, debido a que:

«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 las leyes vigentes en la época que operó el consorcio [...]».

Más aún, los derechos de la demandada quedaron limitados ya en el contrato⁵⁶, en el cual se estipulaba lo siguiente⁵⁷:

«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 (Cf., cláusula, 10 y 46.1)».

«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 (Cf., cláusula, 46.1)».

Siguiendo este hilo, en materia civil, el Código Civil de ese tiempo (Cf., art. 2256), consagraba la figura jurídica de la «responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas», es decir, contemplaba responsabilidad objetiva. Esto significa que, ante un *daño* que se ocasione por la ejecución de una actividad que implique un alto grado de riesgo o peligro, la culpa se presume.

Sin embargo, para que el *daño* le sea atribuible a su agente creador, el ente juzgador ha de prefiar si este cumple ciertos requisitos, los cuales –según los habría enunciado la sentencia antes citada– son:

⁵⁵ Cf., SSUCPS 69.

⁵⁶ Publicado en Registro Oficial N.º 186, de 21 de febrero de 1964.

⁵⁷ Cf., SSUCPS, 96-97.

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

Cada uno de estos requisitos fueron sometidos a un análisis exhaustivo de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, para verificar si se cumplían o no en el caso Chevron-Texaco, tal como nosotros lo demostraremos *a posteriori*.

Todos los cuerpos legales hasta aquí mencionados configurarían la principal fuente formal del Derecho a la que el órgano administrador de justicia, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano debió acudir *ipso facto*: la ley.

Finalmente, para atribuir responsabilidad, la Corte también se apoyó en otras fuentes del Derecho (la doctrina, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales, la jurisprudencia, la costumbre e incluso fuentes históricas), entre las cuales, la que más se destaca es una de las sentencias más estudiadas en el Derecho ecuatoriano, aquella dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, el 29 de octubre de 2002, en la cual se advierte que el Código Civil ecuatoriano, en cuanto al *daño*, sigue la doctrina clásica⁵⁸.

D. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En este juicio, lo que se demandó fue la eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazaban al ambiente (incluso hasta la actualidad) y salud de los habitantes, así como la reparación de daños ambientales, al amparo de lo que la LGA disponía (Cf., art. 43.1), a saber: «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».

Esto era plenamente concordante con la perspectiva holística de la 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 (Cf., art. 19.12), que garantizaba el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

⁵⁸ *Ibid.*, 66-69.

Cabe dejar 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).

De la demanda presentada por los miembros de las comunidades afectadas en contra de Chevron-Texaco, las pretensiones interpuestas⁵⁹ fueron claves para exhibir qué recursos naturales fueron los afectados y qué derechos se vulneraron y se sustentaron de la siguiente manera exigiendo:

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 vida acuática, y

⁵⁹ *Ibid.*, 1-3.

- 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.

3) El pago del 10 % del valor que represente el monto de las reparaciones (Cf., art. 43, segundo párrafo 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 en el artículo 2261 del Código Civil.

No obstante, todos los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya ejecución se demandaba, debían ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonía, para que con el concurso y asesoramiento de instituciones internacionales especializadas se destinasen, exclusivamente, a los fines determinados en la sentencia, en la cuantía que pericialmente se determinase, conforme lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental.

E. HECHOS PROBADOS EN EL CASO CHEVRON-TEXACO POR LA CORTE ECUATORIANA

Una vez valorada las pruebas en su conjunto, la Sala única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, demostró con certeza la existencia de los siguientes hechos ⁶⁰:

1) *Texaco Petroleum Company (TexPet)*, fue una operadora designada por el Consorcio conformado y celebrado el 22 de octubre de 1965, entre Texaco Petróleos del Ecuador y Gulf Ecuatoriana de Petróleos, para todas las operaciones de la *Concesión Napo*.

2) Jurídicamente, se pudo comprobar que la operación de la *Concesión* estaba a cargo de *Texpet*. Los concesionarios habrían delegado todas las operaciones a la compañía *TexPet*, tal como lo corroboraron los peritos designados. Este hecho fue probado, mediante el *Convenio Napo*, 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.*, para que ejecute todas las operaciones del *Consortio*, bajo vigilancia y control estatal, desde el inicio hasta el fin de sus operaciones ⁶¹.

⁶⁰ *Ibid.*, 92 y ss., considerando noveno.

⁶¹ *Vid.*, *op. cit.*, 58.

3) 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 [...]»⁶² y fue la encargada del «diseño, construcción, instalación y operación de la infraestructura y equipos necesarios para la exploración y explotación de petróleo»⁶³.

En consecuencia, *Texaco Petroleum Company* fue la responsable técnica y ejecutora de las operaciones del Consorcio.

4) La parte demandada nunca negó el mandato establecido. Sin embargo, había alegado, insistentemente, que sus actividades las llevó a cabo bajo vigilancia de los socios, pues actuaba siempre previo consentimiento y aprobación de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), que luego sería Petroecuador⁶⁴, copartícipe del Consorcio⁶⁵, es decir, *TexPet* era la agente de los condueños o mandantes⁶⁶.

5) Los actos de la mandataria o agente, *Texaco Petroleum Company*, estuvieron regulados en el contrato de 1973. La cláusula 46.1, establecía expresamente 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».

Esta norma permitió a la Corte recordar 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 excedan o contravengan los límites de su mandato.

Su pronunciamiento estuvo acorde con el contenido de las normas civiles que disponían que: «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» (Cf., arts. 2247 y 2249 del Código Civil ecuatoriano vigente en la época de la concesión). *Texaco Petroleum Company*, era la operadora designada por el

⁶² Cf., SSUCPS, 93.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Empresa estatal ecuatoriana, creada el 26 de septiembre de 1989, cuyo objeto social es la explotación de hidrocarburos, directa o por medio de contratos de asociación con terceros. Esta asumió la exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos en el territorio y mar ecuatorianos.

⁶⁵ «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». Cf., SSUCPS, 93.

⁶⁶ Es una práctica internacional comúnmente utilizada en la industria petrolera, designar a una de las partes como *operadora* de las operaciones, supeditada a los mandatos de los condueños, la cual tiene total responsabilidad por las operaciones que ejecute a su nombre. Del Convenio de Operaciones Conjuntas Napo, se desprende que la operadora, es decir, *Texaco Petroleum Company* era «[...] el agente y contratista exclusivo de las partes» y el encargado por sus mandantes «de llevar a cabo las obligaciones de trabajo de las partes [...]». En resumen, *Texpet* y *Texaco Inc.* llevaron a cabo en el Ecuador «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». Cf., *ibid.*, 92-93.

consorcio para todas las operaciones de la *Concesión Napo*, es decir, la mandataria⁶⁷, de tal suerte que, en virtud de la norma citada, fuera la voluntad del comitente, expresada en el contrato (*Cf.*, cláusula 46.1), era la única que debió prevalecer⁶⁸.

De esta manera, aquel argumento defendido por la demandada respecto de la vigilancia y control estatal quedó totalmente desvirtuado.

6) El representante legal de *Texaco Petroleum Company*, Rodrigo Pérez Pallarez, declaró y reconoció, a través de una carta dirigida al presidente (Xavier Alvarado Roca) de una de las revistas de mayor circulación en Ecuador (*Revista Vistazo*), que se vertieron 15 834 millones de galones entre los años 1972 y 1990, durante todo el periodo de operación del Consorcio por *Texaco* en tierras ecuatorianas⁶⁹.

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 vertimiento⁷⁰.

La Corte de Sucumbíos 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.

7) El Administrador de Justicia pudo demostrar que era obligación de *Texpet*, prever y evitar la presencia de productos o compuestos (bario, cadmio, plomo, cromo vi, etc.) que puedan poner en peligro la vida o la salud de las personas o afectar el ecosistema (en especial, al desarrollo de la flora y la fauna) durante la fase de explotación petrolera, en los sitios en los cuales operaba.

No es menos cierto que muchos de estos elementos se encuentran de forma natural en el ambiente e incluso son imprescindibles para el desarrollo de la vida biológica, pero si sobrepasan ciertos límites, tal como se pudo demostrar dentro de la causa con los informes presentados por los peritos insinuados, sobre todo, por los demandantes, pueden ser altamente peligrosos (por ejemplo, el cromo hexavalente, agente corrosivo para los tejidos y un carcinogénico, por lo que está sujeto a límites muy estrictos a nivel mundial).

Por ende, la presencia de este tipo de sustancias, a más de revelar las infracciones incurridas por la demandada respecto de las normas referidas líneas arriba, constituyó prueba de la certeza de un daño jurídico, que como tal apareja la obligación de ser reparado.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, 84.

⁶⁹ *Vid.*, *ibid.*, 113.

⁷⁰ 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. *Cf.*, *ibid.*

F. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, podemos extraer los primeros juicios conclusivos. En *primer lugar*, ha transcurrido ya más de una década (doce años para ser precisos) desde aquel 14 de febrero de 2011, fecha histórica que nos remonta al pronunciamiento de la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos de Ecuador, por intermedio del juez Nicolás Zambrano, en respuesta a la demanda presentada en el año 2003, por los representantes de los más de treinta mil ecuatorianos (indígenas y colonos), para atribuir *responsabilidad civil*, condenando al pago de 9500 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a una de las petroleras más grandes de los EE. UU., Chevron-Texaco, por haber provocado vertidos de petróleo en más de dos millones de hectáreas en una de las zonas más ricas del planeta en biodiversidad: la Amazonía ecuatoriana (alrededor de la ciudad Lago Agrio), fruto del permiso de concesión que se le fue concedido por un periodo de veintiséis años (1964-1990), para la ejecución y desarrollo de las actividades propias de la industria extractiva de petróleo.

En definitiva, hablamos del famoso caso Chevron-Texaco, cuya denominación obedece a que la compañía petrolera comenzó operando como *Texaco* y *a posteriori* se consolidó como *Chevron*. Es el caso más largo y triste de la historia del Ecuador y, por qué no subrayarlo, del entorno occidental, tan estremecedor como lo han sido otros casos por contaminación a nivel mundial, por citar algunos, el *Prestige* en Europa y el *Exxon Valdez* en los EE. UU.

En *segundo lugar*, la contienda legal a nivel nacional e internacional ha durado aproximadamente treinta años. Dicho de otro modo, la SSUCPS no es el único pronunciamiento que se ha proveído sobre este caso. A este dictamen le preceden y prosiguen un fajo de acciones legales iniciadas por las víctimas, así como hechos históricos, entre los que merecen ser destacados los siguientes:

- 1) Año 1993: hito inicial de este juicio, traducido en la primera demanda formulada en contra de la compañía Texaco, en la ciudad de New York. Precisamente, *Texaco* ya no operaba en el Ecuador a partir del año 1992 (6 de junio).
- 2) Año 1998: firma del acuerdo de liberación de responsabilidades.
- 3) Año 2018: laudo arbitral emitido por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, que dejó sin efecto la sentencia historiada, tras determinar que el Ecuador es el responsable por denegación de justicia, frente a la cual el gobierno ecuatoriano interpuso el respectivo recurso de nulidad.
- 4) Año 2020: un tribunal de primera instancia de la justicia holandesa emitió una sentencia en la cual niega el recurso de nulidad planteado por el Estado ecuatoriano. En ese mismo año, Ecuador aceptó apelar para lograr la nulidad del laudo.

5) Año 2023: ante la realidad expuesta, la última posibilidad y esperanza que vehementemente anhelan los pobladores de la Amazonía de la petrolera norteamericana es la reparación de los daños personales irrogados por violación de sus derechos individuales y por el menoscabado inferido al interés de la colectividad para la utilización y conservación de los fundamentos naturales de la vida.

En *tercer lugar*, notoriamente, el fallo destaca el núcleo del conflicto, el cual radica en que la petrolera tenía como obligación limpiar la región a su salida en el año 1992, pero al haber primado su conducta omisiva, tal como se desprende del contenido de la sentencia, de acuerdo con las pruebas aportadas por ambas partes, que permitieron hilvanar la aproximación de la Corte para resolver la causa, se demostraron desconcertantes daños incitados por la petrolera, por un lado, aparecen daños directos, y, por otro lado, daños indirectos.

Los *daños directos*, ocasionados sobre los recursos naturales:

- 1) Contaminación del agua.
- 2) Contaminación del suelo, siendo uno de los recursos mayormente afectados.
- 3) Contaminación del aire.
- 4) Pérdida de especies vegetales y animales endémicos, que afectan a la declaración de la Amazonía como Patrimonio de la Humanidad.

Los *daños indirectos*, debido a la dependencia que los habitantes tienen con los recursos naturales para su subsistencia:

- 1) Afección a la salud humana de los habitantes de la zona. Se constató un incremento súbito de las tasas de enfermedades, entre las que se destacan: cáncer, abortos, amputaciones de miembros inferiores y muertes.
- 2) Pérdida o suspensión de actividades cotidianas sobre las que sustentan su vida los habitantes de la Amazonía, principalmente, de la caza y la pesca.
- 3) Pérdida de valor cultural (práctica de rituales, de sus lenguas, etc.).
- 4) Desplazamiento de pueblos, en su mayoría indígenas descendientes de las sociedades prehispánicas, incluso de tribus vírgenes, efecto indirecto por la contaminación del suelo.
- 5) Daño general a la Humanidad, si consideramos las funciones ecológicas-vitales que la Amazonía desempeña como reguladora del clima, del CO₂, productora de oxígeno y contribuyente del 20 % del agua dulce del planeta.

En *cuarto lugar*, ciertamente, no hablamos del grupo humano afectado como si fuese un aglomerado común. Es un colectivo único dentro del globo terráqueo, cuya autenticidad se justifica, porque son seres humanos que viven en estado natural y su sistema social, cultural y hasta su propio existir, dependen directamente de la *Pachamama* (madre tierra) en la cual estriba su *sumak kawsay*, en definitiva, su buen vivir.

En *quinto lugar*, al amparo de lo que disponía el artículo 43.1 LGA (vigente en la época de la concesión), es decir, en virtud del derecho garantizado para entablar las acciones legales pertinentes «[...] por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos», la parte demandante entabló varias pretensiones en su demanda, las cuales, en conjunto, pretendían conseguir de la parte demandada, Chevron-Texaco, la reparación de los daños ambientales provocados, a través de la remoción y/o eliminación de todos los elementos contaminantes que amenazaban al ambiente y la salud de los habitantes de la Amazonía, destacándose aquellos productos o compuestos, tales como el bario, el cadmio, el plomo, el cromo VI, entre otros.

En *sexto lugar*, ante la constante *falta de regulación* alegada por Chevron-Texaco, la Corte ecuatoriana demostró que, durante el periodo de concesión para llevar a cabo la actividad extractiva de petróleo, existía un régimen legal consolidado. Por una parte, la Carta Magna vigente en aquella época, que con respecto al ambiente, reconocía el «[...] derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación» (art. 19.2), y, por otra parte, un amplio paraguas bajo el cual coexistían diferentes leyes, entre las que merecen ser destacadas: el Código Civil, la LGA, la Ley de Petróleo, la Ley de Hidrocarburos, el Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, el Código de la Salud y la Ley de Aguas, que en sinergia, servirían de base para que la Corte emita su fallo y atribuya responsabilidad civil a la petrolera estadounidense, por los daños causados al ambiente y a la salud de los habitantes de la Amazonía.

En *séptimo lugar*, tras haber llevado a cabo la valoración de todas las pruebas aportadas por ambas partes, el administrador de justicia logró evidenciar algunos hechos, que van más allá de la veracidad del contrato de concesión de 1973:

1) El operador técnico y ejecutor responsable para realizar –desde el inicio hasta el fin– todas las operaciones de la *Concesión Napo*, fue *Texaco Petroleum Company*, aunque lo haya hecho bajo vigilancia y control estatal (tal como lo había alegado la parte demandada), a pesar de que la Corte ecuatoriana, nada dice al emitir su fallo con respecto a Petroecuador (*ex* CEPE), participe y beneficiario mayoritario de las operaciones de la petrolera norteamericana.

2) Se vertieron al menos diez y seis mil millones de galones de aguas de formación durante las operaciones de la compañía petrolera a las aguas superficiales de consumo humano; hecho reconocido por el propio representante legal de *Texaco Petroleum Company*, en una de las revistas de mayor circulación de Ecuador (revista *Vistazo*). 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.

3) Durante la fase de explotación petrolera, en los sitios en los cuales operaba Chevron-Texaco, se comprobó la presencia de ciertos elementos, como el cromo hexavalente, el bario, el cadmio, el plomo, etc., los cuales fueron reconocidos y declarados por *The Agency for Toxic Substances and Disease Registry (ATSDR)* o la Agencia para las Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades de los EE. UU., como elementos altamente nocivos y peligrosos para la vida y la salud de las personas, por ser agentes corrosivos para los tejidos y carcinogénicos, así como para el ecosistema, en especial, para el desarrollo de la flora y la fauna.

4) Los actos de la petrolera estadounidense contravinieron los límites de su mandato. La cláusula 46.1 del contrato de concesión, ley para las partes, 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».

Por lo tanto, la demandada estaba obligada a actuar bajo los principios de prevención y evitación, con apego al mandato y a las leyes vigentes. De ahí, que la Corte de Sucumbíos haya sentenciado, aunque aceptando parcialmente la demanda, en contra de *Chevron Corp.*, condenándola al pago –entre otras cosas– de los costos de las medidas de reparación de los daños ocasionados en la Amazonía, por ser –en definitiva– responsable.

CAPÍTULO II

A. EL DAÑO CIVIL VS. EL DAÑO AMBIENTAL

En las siguientes líneas, se abordará el enfoque o, por llamarlo de alguna manera, la teoría general del daño, civil y ambiental, presente en diferentes sistemas jurídicos, para lo cual nos hemos apoyado en el Derecho Comparado, de manera principal en lo que hasta la actualidad se halla regulado dentro del ordenamiento jurídico estadounidense; y, a nivel europeo, en el sistema español, italiano y francés, pretendiendo dilucidar las similitudes y divergencias concurrentes entre ambos tipos de daños.

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 en torno 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.

Ulpiano⁷¹, 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*

⁷¹ DOMICIO ULPIANO, *Digesto*, Libro I, Regla 1210.1.

praecepta: (i) *honeste vivere* (vivir honestamente); (ii) *alterum non laedere* (no hacer daño a nadie), y (iii) *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

Todos estos aforismos estuvieron recogidos en la *Lex Aquilia romana*⁷², identificada por la ausencia de un carácter sancionatorio, supliendo la pena por la reparación del daño⁷³. Sin embargo, de todos ellos, 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, a Ecuador⁷⁴.

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 este involucra juntamente 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»⁷⁵.

De aquí, que su aseveración sea legítima en el sentido de 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.

Ahora, aunque el apotegma ha llegado a ser un principio universal del Derecho, este 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

⁷² *Lex Aquila-Romanos*, sustentada en el principio de «no hacer daño a los demás», por lo que el autor de un daño ocasionado a otro ha de responder por él, tiene la obligación de indemnizar el daño o reparar los perjuicios.

⁷³ CARLOS LASARTE, 2014: *Curso de Derecho Patrimonial*, Tecnos Grupo Anaya S. A., Madrid, p. 272.

⁷⁴ 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 (Cf., art. 2184); que puede imputarse cuando existe malicia o negligencia en el accionar de otra persona (Cf., art. 2229); que genera el deber reparatorio para quien ocasionó el daño (Cf., art. 2214); y que da derecho para exigir su cumplimiento tanto al causante del daño como a sus herederos (Cf., art. 1486). Correlativo a los Códigos Civiles de Argentina, Colombia, Chile, Brasil, Perú, Bolivia y Venezuela, entre otros.

⁷⁵ LUIS Díez-PICAZO, 2011: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Aranzadi S. A., Navarra, p. 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 este sea el adecuado. Entre otro 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.

detrimento, perjuicio, menoscabo⁷⁶. La Corte de Sucumbíos, sin duda, se ha inspirado en esta definición para construir un concepto de *daño ambiental*⁷⁷, la cual consta, además, en su pronunciamiento judicial 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 cualquiera 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 caso⁷⁸. 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, civil⁷⁹, penal⁸⁰, contencioso-administrativa⁸¹ y social (normas

⁷⁶ Es así como lo sugiere el propio DLE. «Dañar», del lat. *damnāre* «condenar». Sin que su definición tenga efectos jurídicos directos, las cuatro acepciones que brinda de «dañar» son las siguientes: «(i) tr. Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. U. t. c. prnl.; (ii) tr. Maltratar o echar a perder algo. U. t. c. prnl.; (iii) tr. desus. Condenar a alguien, dar sentencia contra él., y (iv) prnl. P. Rico y R. Dom. Dicho de un aparato, un objeto, etc.: estropearse (deteriorarse)».

⁷⁷ «Toda pérdida, disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales». Cf., SSUCPS, considerando noveno, 94.

⁷⁸ Sobre este tipo de responsabilidades volveremos más adelante, en el capítulo IV.

⁷⁹ 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* (Cf., art. 1902 CC). También está presente aquella norma que refiere a la *responsabilidad por hecho ajeno* (Cf., art. 1903 CC). 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 CC 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, 2016: *Curso de Derecho de Daños*, Mimeo, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, cap. I, pp. 15-19.

⁸⁰ Vid., 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.

⁸¹ Normas de carácter administrativo están presentes en: (i) La Constitución Española (1978), vid. arts. 106, 139 y ss.; (ii) 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 derivan 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

laborales)⁸², 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 materia⁸³.

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 de vista funcional⁸⁴ pretende resolver los conflictos que pudiesen asomar entre los sujetos, y, paralelamente, para algunos cumpla también una función de prevención,⁸⁵ no es menos cierto que opera a través de las reglas del Código Civil español⁸⁶ (*Cf.*, arts. 1089 y ss.)⁸⁷, que imponen a una persona, normalmente el causante del daño, la obligación de indemnizar los daños causados a la víctima, tal como lo hemos señalado⁸⁸.

Existe un sin número de ejemplos de daños⁸⁹. Si nos ubicamos mentalmente ante la presencia de cualquier evento dañoso, podemos deducir que,

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 solo 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, 2014: 272.

⁸² 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 (arts. 115, 123, 127 de la Ley General de la Seguridad Social y los arts. 42 y 55, Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales).

⁸³ FERNANDO GÓMEZ POMAR, 2016: 15-19.

⁸⁴ En cuanto a las funciones del *Derecho de daños*: demarcatoria, compensatoria, distributiva, de satisfacción y preventiva, *vid.*, *ibid.* 2-4.

⁸⁵ 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, 2001: «Prevención y Derecho de Daños», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, pp. 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, 2016: 4.

⁸⁶ Real Decreto 24 de julio de 1889 (*Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889). Entrada en vigor, 27 de julio de 1889.

⁸⁷ El daño al que refiere el *Tort Law*, debe cumplir, pues, con los mismos requisitos que exige el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.

⁸⁸ GÓMEZ POMAR, 2016: 5.

⁸⁹ *Cf.* PABLO SALVADOR CODERCH y SONIA RAMOS GONZÁLEZ, 2015: «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, pp. 27-28. ISSN-e 1698-739X.

desde su concepción prístina, un daño 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:

1) Larenz⁹⁰, 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».

2) De Cupis⁹¹, 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 debe derivarse, simplemente, de un hecho humano, sino que 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. Excepcionalmente, existen reglas como la que encontramos en los EE. UU., en el *Tort Law*, en particular, la que determina que «the tortfeasor

⁹⁰ LARENZ, K., 1959: «Derecho de Obligaciones», *Revista de Derecho Privado*, p. 193, citado por GARCÍA AMEZ, 2002: 93.

⁹¹ ADRIANO DE CUPIS, 1946: *Il danno: Teoria generale della responsabilità civile*, volume 1, Guiffirè, Milán, pp. 31-32.

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*⁹². Según esta regla, el causante del daño 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 estas pudiesen presentar se tienen en cuenta para disminuir el importe de la indemnización.

En la Unión Europea y en España, también podemos encontrar un ejemplo de esto. La directiva de productos defectuosos⁹³ 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 no establecen una regulación general 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 DCFR⁹⁴, aunque sí contiene alguna regla particular (por ejemplo: *Cf.*, art. VI.5:102.2.e).

⁹² También conocido por otros como *eggshell-plaintiff rule*, *thin-skull rule*, *special-sensitivity rule* o *old-soldier's rule*. *Vid.*, 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 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.

⁹³ 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 de diciembre de 2000). La modificación afectó al artículo 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).

⁹⁴ 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*

En cambio, otros ordenamientos jurídicos europeos, entre ellos, el francés, también ha pretendido 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 humanos⁹⁵.

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 2010⁹⁶, a pesar de que haya *caducado*⁹⁷, 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 delictuelle», en el artículo 1386.1, que, en el caso de daños a las personas, la exoneración parcial solamente cabría por culpa de la víctima que haya concurrido a contribuir la producción del daño. En caso de daños a la integridad física, únicamente la culpa grave podría dar lugar a dicha exoneración. Dicho de otro modo, existiría concurrencia de culpa de la víctima, única y exclusivamente, cuando esta haya incurrido en culpa grave⁹⁸. Evidentemente, esta regla general sería contraria a la directiva de responsabilidad por productos, por lo que a nuestro juicio no pudo prosperar⁹⁹.

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.

⁹⁵ MARTÍN-CASALS, MIQUEL, 2011: «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, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Coruña, pp. 20-22.

⁹⁶ 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 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 con el 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.

⁹⁷ Sobre las reglas de la caducidad, *vid.*, *ibid.*

⁹⁸ «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» (art. 1386-1).

⁹⁹ 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. Destacamos 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, poseriormente, 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.*

En cuanto a la responsabilidad sobre las cosas o animales («Chapitre II, de la responsabilité, sous-section 2, Conditions particulières à la responsabilité delictuelle, paragraphe 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 (Cf., art. 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 (Cf., art. 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 (Cf., art. 1386-6)¹⁰⁰.

Hasta la actualidad, el último proyecto de reforma sobre responsabilidad civil en Francia es el elaborado por el *Ministère de la Justice*¹⁰¹, presentado el 13 de marzo de 2017¹⁰², 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. Solo 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,

¹⁰⁰ «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. 1386-4); «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. 1386-5); «Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose ou de l'animal lors de la survenance du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien» (art. 1386-6). Cf., acceso el 5 de mayo de 2015, <http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>.

¹⁰¹ 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>.

¹⁰² 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 art. 1243 «per le choses», y los arts. 1245 y ss. «per les personnes».

y las emanaciones de las cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones debidas¹⁰³. Sin embargo, la obligación de asumir su responsabilidad, frente a dichos daños, goza de un carácter indemnizatorio.

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-, constituyéndolos 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:¹⁰⁴

1) *Daño material o patrimonial*. 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*. Aquel que se deriva del daño corporal (en materia civil, cuando se habla de *daño resarcible*, este incluye también el daño corporal). Un correcto acercamiento al concepto de *daño moral*, será concebirlo como aquel que incluya toda 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.

¹⁰³ 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, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen».

¹⁰⁴ Vid., NATALIA ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 421; RAMÓN MACIÁ DELGADO, 2010: «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 36, p. 21 y ss., ISSN-e: 1887-7001; BLANCA CASADO ANDRÉS, 2005: «El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 9, p. 5 y ss.

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 psíquica 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 económica¹⁰⁵. 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-Picazo¹⁰⁶. 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 sicológica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad». Todo ello sin perjuicio de ser 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 fama¹⁰⁷. En esta misma línea, Maciá Delgado¹⁰⁸, 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, únicamente, 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 cesante¹⁰⁹. Si recordamos a los *daños*

¹⁰⁵ MACÍAS CASTILLO, AGUSTÍN, 2004: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La ley, Madrid, pp. 290-291.

¹⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, 2011: 346-348. *Vid.*, SOLÉ FELIU, JOSEP y MARTÍN-CASALS, MIQUEL, 2003: *El daño moral*, coord. por CÁMARA LAPUENTE, Sergio, pp. 857-882.

¹⁰⁷ CASADO ANDRÉS, BLANCA, 2016: 23.

¹⁰⁸ MACIÁ DELGADO, 2010: 32.

¹⁰⁹ 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.

*punitivos*¹¹⁰ que el sistema estadounidense comprende, habremos de advertir que tampoco tendrían cabida en ninguna de estas dos categorías.

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*, estos se han determinado y aún se siguen determinando y concediendo bajo el amparo de los artículos 1902 y siguientes del CC y 1908¹¹¹. 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 LRM¹¹² existió una línea doctrinaria, como la de Montero Yanguas¹¹³, que trazaba una demarcación entro 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

¹¹⁰ *Ibid.*, 223-226. La sentencia del caso Chevron-Exxon, 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 preveía ni lo consagra hasta la actualidad, aunque ni siquiera en la legislación estadounidense, principalmente en CERCLA y OPA, se alude a ellos.

¹¹¹ MACÍAS CASTILLO, 2004: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, pp. 290-291.

¹¹² Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2007).

¹¹³ YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA, 2006: *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 21-22.

clasificación acuñada por el anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental de 1999¹¹⁴, elaborado por el 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 DRM¹¹⁵ ni la LRM han acogido, optando por incorporar solamente la de *daño ambiental*¹¹⁶.

Luquin Bergareche¹¹⁷, respecto del mecanismo de responsabilidad civil, ya sostuvo –previamente a la promulgación de la LRM–, que: «[...] Solo 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 civile,s* por un lado, y *daños ambientales*, por otro, podemos enfatizar que ambos tipos de daños no se asemejan en muchos aspectos, hasta el punto de que ha llegado a establecerse, además, una

¹¹⁴ Para un análisis del anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental de 29 de marzo de 1999, *vid.*, GOMIS CATALÁ, LUCÍA, 1999: «Sobre el anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental», *Revista Derecho y Medio Ambiente*, p. 65 y ss.

¹¹⁵ 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 (*Diario Oficial de la Unión Europea (DO)* núm. 143 de 30 de abril de 2004).

¹¹⁶ *Vid.*, GARCÍA AMEZ, JAVIER, 2015: *Responsabilidad por Daños Ambientales*, Aranzadi S. A., Navarra, p. 96.

¹¹⁷ LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL, 2005: *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*, Aranzadi S. A., Navarra, p. 135.

clasificación jurídica dentro del sector doctrinario, que diferencia entre *daños individuales* y *daños colectivos*, 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:

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*¹¹⁸, como lo explicamos en su momento. Ante este tipo de daños, si el agente es un particular, le será aplicable el sistema previsto en el Código Civil español (el sistema clásico), pero si el causante del daño es la Administración pública, el sistema aplicable será el determinado en la Ley 9/2015 (en adelante, LPC) y la Ley 40/2015 (en adelante, LRJSP)¹¹⁹. No obstante, lo que resulta poner de relevo aquí es que ambos sistemas persiguen una finalidad compensatoria más que reparadora.

Daños de carácter colectivo, que a *contrario 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 estos, se enmarca el tan en boga *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 DRM.

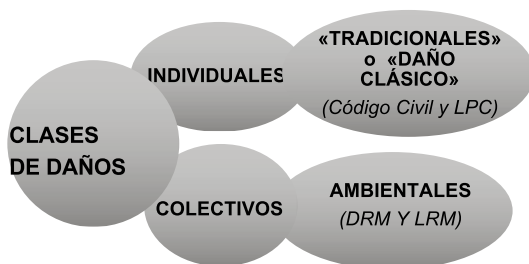
La diferencia con el sistema clásico de responsabilidad es que el propósito principal de la DRM y la LRM va en sentido inverso, es decir, su objetivo primordial radica en la prevención de que ocurran daños sobre el ambiente. Además, como consecuencia de que haya operado el mecanismo de responsabilidad, lo primordial que hemos de resaltar es que de presenciarse algún tipo de daño de esta naturaleza –*ambiental*–, su efecto consiguiente es alcanzar una finalidad reparadora más que compensatoria de quien lo haya cometido.

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 estos sufren un quebranto –en sus bienes o derechos–, estos 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

¹¹⁸ Vid., DE MIGUEL PERALES, CARLOS, 1997: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas Ediciones, Madrid, pp. 15-20; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, 1996: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, Elcano, pp. 10-15; GARCÍA AMEZ, 2002: 95; YANGUAS MONTERO, 2006: 21-25; DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, pp. 578-624.

¹¹⁹ En España, 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, (BOE núm. 246, de 2 de octubre de 2015), entrada en vigor 2 de octubre de 2016, así como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, entrada en vigor 2 de octubre de 2016).

Ilustración 2. Clasificación general de los daños



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-Exaco, 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 únicamente 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 ¹²⁰.

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

¹²⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, 2018: *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 49.

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 exclusivamente en 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 precisaremos más adelante– y aunque también es proveniente –como sucede en el supuesto del daño tradicional– de una conducta humana (acción u omisión), este puede ser causado de manera directa, pero también 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.

2. Elementos o requisitos del daño civil tradicional o clásico. La visión del *tort law*

Aunque para algunos la disposición legal general de responsabilidad (Cf., art. 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:

- 1) La certeza¹²¹. 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. Por ende, se excluyen aquellos daños puramente hipotéticos o eventuales, ya que estos pueden llegar a producirse o no.

¹²¹ DLE. «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».

El único problema que podría presentar la *certidumbre* es que el *daño* real se llegue a concretar en el futuro, como habitualmente ocurre con las lesiones físicas que requieren de un tiempo para poder ser determinadas con exactitud, lo cual no significa que el daño no exista, pues este muchas veces, no puede ser determinado en un momento preciso.

2) 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.

3) 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.

4) 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 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 causado por estado de necesidad del infractor del deber, legítima defensa o por su propio consentimiento). En cuanto a la *antijuridicidad*, 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 por lo que el TS ha determinado que la *ilicitud* o *antijuridicidad*, es una característica del daño resarcible¹²².

5) El *daño* debe ser *intolerable*¹²³. 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 límite¹²⁴ 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 a los vecinos de producir y soportar los daños, los cuales solamente tendrán

¹²² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 60-63.

¹²³ YANGUAS MONTERO, 2006: 27. Hay que destacar que la publicación de la autora es anterior a la entrada en vigor de la LRM.

¹²⁴ NAVARRO MENDIZÁBAL, ÍÑIGO ALFONSO, 1997: *Las Inmisiones y molestias medio ambientales, tutela preventiva civil*, Dykinson, Madrid, p. 213.

transcendencia jurídica si han incidido en la esfera de derechos del vecino, pero por encima de lo que este 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 ¹²⁵.

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 ¹²⁶.

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 ¹²⁷. 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 procederá exclusivamente si se demuestra la existencia de un daño, además, cierto o efectivo (ponemos especial énfasis en el art. 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, este 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.

En la sentencia del caso Chevron-*Texaco*, en cuanto al *daño*, la Corte también resaltó que un factor indispensable a efectos de la responsabilidad lo constituye la *certeza*. Al respecto, expresamente, dejó sentado que:

¹²⁵ En palabras de NAVARRO MENDIZÁBAL, 1997: 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 la medida de la normal tolerancia del vecino, no importando desde luego la intención con la que se realiza».

¹²⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «El daño ambiental y los derechos de la persona», en *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*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, p. 155.

¹²⁷ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 62.

«El daño como fenómeno fáctico es distinto del daño jurídico. Este solo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables, 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»¹²⁸.

Sobre la base de este argumento, lo que el ente juzgador quiso dejar en claro es que alegar la sola presencia de un daño es insuficiente, el *daño* será reparable solamente cuando se haya demostrado su certeza¹²⁹.

Más allá de la configuración del daño jurídico, la determinación de este requisito motivó, además, al administrador de justicia a destacar la tipología del daño, diferenciando entre los daños *presentes* o *futuros*, cuyas diferencias se centran en que:

«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 y a 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 cosas¹³⁰».

Esta clasificación, durante el momento procesal de valorar la prueba, convirtió «[...] la posibilidad razonable de que aparezcan nuevos daños como consecuencia del hecho antecedente»¹³¹, en un foco de atención, para analizar si pueden surgir *daños futuros* a consecuencia de la actividad realizada por la petrolera, Chevron-Texaco.

Retomando la teoría del *daño civil*; sin duda, el legislador español se sintió motivado por el sistema jurídico civil francés (Cf., art. 1382)¹³². La doctrina jurisprudencial francesa, predeterminaba que para que un daño pueda ser indemnizable,

¹²⁸ Cf., SSUCPS, 75-76, considerando noveno.

¹²⁹ *Ibid.*, 76, considerando noveno.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² 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».

debía ser «direct, actuel et certain»¹³³. Hasta la actualidad, la definición no ha variado. Según la última reforma hecha al *Code Civil* francés¹³⁴, en su texto normativo (*Cf.*, art. 1240) aún persiste el mismo texto del *ex* artículo 1382. En efecto, aquel dispone que «cualquier hecho del hombre, que cause a otro un daño, lo obliga por cuya culpa este llegó, a repararlo»¹³⁵. Inmediatamente, se dispone que cada uno es responsable del daño que ha causado, no simplemente por sus propios actos, sino también por su negligencia o imprudencia¹³⁶.

En el ordenamiento jurídico estadounidense, el *Tort Law*, también exige que cualquier *tort* debe ser «concrete and particularized»¹³⁷, «actual or imminent»¹³⁸. De conformidad con este, 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

¹³³ *Vid.*, JEAN CARBONIER, 2004: *Droit civil, Volume II, Les biens. Les obligations*, Presses universitaires de France, Paris.

¹³⁴ *Le Code Civil, dernière mise à jour des données de ce code: 01 juillet 2022, document généré le 15 juillet 2022. Entrée en vigueur 21 mars 1804. Version en vigueur au 25 juillet 2022.* <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>.

¹³⁵ *Cf.*, article 1240 (modifié par ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, art. 2): «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

¹³⁶ *Cf. article 1241 (modifié par Ordonnance n.º 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».

¹³⁷ *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).

¹³⁸ *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*».

para ver animales en peligro de extinción¹³⁹. Asimismo, los intereses estéticos pueden ser reconocidos, cuando el demandante realmente utiliza una determinada área en la que afirma ese interés¹⁴⁰. El daño al que refiere el ordenamiento jurídico español, se parece 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.

B. 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). En cambio, 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*¹⁴¹.

¹³⁹ *Vid.*, Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 112 S.Ct. 2130, (1992).

¹⁴⁰ *Vid.*, 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 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 TS, 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.

¹⁴¹ *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 los hechos. Esto lo explicaremos cuando analicemos la causalidad en el capítulo III de nuestro trabajo.

El sistema del *Common Law*, reconoció desde un inicio los *personal civil wrongs* (*torts*). Dentro de estos, 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* o *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 ¹⁴².

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 ¹⁴³.

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 ¹⁴⁴. 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 CAA de 1955 (la primera norma federal) ¹⁴⁵ y la CWA de 1972.

No obstante, ante la necesidad federal –justificada por hechos históricos tristes y horribles–, 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 Nueva York y el *Valley of the Drums*, en Kentucky, que obligaron al público estadounidense a tomar consciencia de los riesgos inherentes –métodos incontrolados e indocumentados– y que se utilizaban para eliminar las *hazardous substances*

¹⁴² *Vid.*, sobre estos tipos de responsabilidad en el capítulo IV del presente trabajo.

¹⁴³ *Vid.*, CAROL ADAIRE JONES *et al.*, 2015: «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», *Environmental Law Reporter* n.º 45, p. 11033, Doi: 1-800-433-5120.

¹⁴⁴ *Vid.*, QUARLES, JOHN & STEINBERG, MICHAEL W., 2006: «The Superfund Program at Its 25th Anniversary», *36 Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS* n.º 10364, pp. 2-3.

¹⁴⁵ CAA Public Law, 84-159, ch. 360, 69, Stat. 322, 159-JULY 14, 1955.

por varias décadas ¹⁴⁶, se promulgó *The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (1980), generalmente conocida como CERCLA ¹⁴⁷ o *Superfund* ¹⁴⁸. CERCLA no solo ha venido a configurarse como la norma de mayor importancia al tratar los *daños ambientales*, sino que ha tenido una notable influencia sobre la DRM y la LRM en esta materia.

Los 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 1990 ¹⁴⁹ y un conjunto de normas, encarnado por la *National Marine Sanctuaries Act* (NMSA) ¹⁵⁰ y la *Park System Resource Protection Act*, ¹⁵¹ 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 ¹⁵².

En términos generales, bajo los estatutos federales y estatales, son típicamente responsables quienes han ocasionado NRD resultantes de la descarga o

¹⁴⁶ ALEXANDRA B. KLASS, 2012; «CERCLA, State Law, and Federalism in the 21 Century», *Southwestern law review* n.º 41, p. 682. En igual sentido, JOHN PENDERGRASS, 2007: «Legal Background to Off-Site Contamination», *37 Environmental Law Reporter: NEWS & ANALYSIS* 10144, p. 5.; QUARLES y STEINBERG, 2006: 2.

¹⁴⁷ CERCLA (42 U.S.C § 9601-9675, *ELR STAT*), fue promulgada el 11 de diciembre de 1980 (*Pub.L.* 96-510).

¹⁴⁸ El *Superfund* toma su nombre del *Revolving Fun* 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 1600 millones de dólares, pensando que sería suficiente para limpiar la mayoría de los sitios de desechos peligrosos en el país, pero agregó 8500 millones de dólares en 1986 y otros 5100 millones de dólares en 1990 para extender la financiación hasta 1994. A finales de 1995, el programa del *Superfund* 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, 2007: 5-6.

¹⁴⁹ Oil Pollution Act of 1990 (101 H.R.1465, *Pub.L.* 101-380), 33 USC §§ 2701 - 2761, *ELR Stat.*

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

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

¹⁵² JONES *et al.*, «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11034.

vertido de *hazardous substances* o petróleo ¹⁵³. 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 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 ¹⁵⁴.

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

- 1) *Natural Resource Damage Assessment* o NRDA, es decir, la Evaluación del Daño sobre los Recursos Naturales y su compensación.
- 2) CWA.
- 3) CERCLA.
- 4) OPA.

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 ¹⁵⁵.

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 solamente del *Tort*

¹⁵³ GOLDSMITH, BARBARA J.; WAIKEM FLYNN, TARA & FRANEY, TARA, 2014: «A Decade of Natural Resource Damage Liability: Key Federal Decisions 2004-2014», 44 *Environmental Law Reporter. News & Analysis* n.º 10868, pp. 1-2. Los autores (cuyo comentario se centra en las opiniones judiciales federales emitidas durante el periodo 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 treinta 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.

¹⁵⁴ JONES *et al.*, «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», 11036.

¹⁵⁵ Cf. FANG, YU, 2012: «Environmental Damage Assessment. Comparative Policy and Practice», *EU-China Environmental Governance Programme*, study 3 - «China Volume», pp. 16.

Law. El lenguaje amplio del *canon legal ambiental*¹⁵⁶ 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 legitimación¹⁵⁷, 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 tipos de demandas ambientales que en esta materia se instauran.

1. Tipos de demandas ambientales en los Estados Unidos

1.1. *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, 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. MERLA¹⁵⁸ se constituye como uno de los mayores ejemplos. Este completó CERCLA y se incluyeron disposiciones

¹⁵⁶ 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, 2014: «Environmental Law Outside the Canon», *Indiana Law Journal* n.º 89, pp. 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): (i) las leyes en el canon de la ley ambiental se promulgan principalmente con el propósito de proteger el ambiente; (ii) las leyes ambientales canónicas en general abordan la contaminación; (iii) las leyes ambientales canónicas son estatutos, incluidas las reglamentaciones administrativas que implementan un estatuto o los casos que interpretan un estatuto o reglamento; (iv) las leyes en el canon del Derecho ambiental son leyes nacionales, y (v) la EPA administra la mayoría de las leyes en el canon del Derecho ambiental.

¹⁵⁷ «Causation in Environmental Law», 2262-2264.

¹⁵⁸ Minnesota Environmental Response and Liability Act (MERLA) of 1983.

adicionales que consagran algunos supuestos que implican una mayor o una menor responsabilidad para los acusados según las circunstancias.

Klass¹⁵⁹ expone algunas diferencias entre CERCLA y MERLA, entre las cuales destaca, por un lado, 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, únicamente los *response costs* deben ser «razonables y necesarios». MERLA permite la recuperación de los costos y daños que no están disponibles bajo CERCLA. Por otro lado, la provisión de la responsabilidad primaria de CERCLA solamente permite la recuperación de los *response costs* (es decir, los costos incurridos para la remediación real de la propiedad contaminada), mientras tanto, MERLA, cuenta con una disposición legal que prevé la recuperación de esos costos¹⁶⁰ y la de dos categorías de daños, cuya recuperación está permitida¹⁶¹:

«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)»¹⁶².

¹⁵⁹ KLASS, 2012: 686-687.

¹⁶⁰ 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 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*, solo 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 esta. 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., ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² § 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 or future income, or loss of earning capacity; and (iii) damages for pain and suffering, including physical impairment».

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)¹⁶³, 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 civil¹⁶⁴; 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 gubernamental¹⁶⁵. 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»¹⁶⁶.

1.2. STATE COMMON LAW CLAIMS (DEMANDAS ESTATALES EN EL COMMON LAW)

En muchos de los casos de contaminación ambiental, los demandantes continúan dependiendo en gran medida de las *Common Law Claims* basadas sobre

¹⁶³ 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., ibid.*

¹⁶⁴ Vid., MINN. STAT. ANN. § 116B.03 (*right of civil action*).

¹⁶⁵ Vid., 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».

¹⁶⁶ KLASS, 2012: 691.

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*¹⁶⁷, 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, esta 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 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 cualquier 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*¹⁶⁸.

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, *dioxinas*¹⁶⁹ 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

¹⁶⁷ 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 exiguuo 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, 2008: *Administración y legislación Ambiental*, Dykinson S. L., Madrid, p. 184.

¹⁶⁸ KLASS, 2012: 691-698.

¹⁶⁹ 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, 2002: «Controlling Toxic Harms: The Struggle over Dioxin Contamination in the Pulp and Paper Industry», *Stanford Environmental Law Journal*, núm. 345, vol. 21, pp. 351-392.

descubren sino hasta mucho tiempo después de que la exposición se haya producido. Además, durante ese lapso, 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 prospere¹⁷⁰.

2. *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 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 programa¹⁷¹.

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 definieron¹⁷². 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 inactivos¹⁷³, incluyendo un mecanismo para la asignación de los *cleanups costs* o creando un *Superfund* (razón por la cual a CERCLA se la conoce también bajo este designio). Algunos doctrinarios también buscaron determinar el propósito de esta “Act”.

¹⁷⁰ «Causation in Environmental Law», 2258-2259.

¹⁷¹ 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 había 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 y STEINBERG, 2006: 2-5.

¹⁷² *Cf.*, H.R. REP. núm. 96-1016(I), at 17, reprinted in 1980 U.S.C.A.N. 6119, 6119-6120.

¹⁷³ KYLE CRAWFORD *et al.*, 2016: 1203.

Abelkop¹⁷⁴, constriñe que CERCLA pretendió solucionar el problema de la eliminación inadecuada de *hazardous substances* por el desarrollo de actividades industriales y la presencia de estas en el ambiente. Pendergrass¹⁷⁵ estatuyó que los propósitos generales de CERCLA se agrupan en dos objetivos:

- 1) Facilitar la remediación de sitios de desechos peligrosos.
- 2) Hacer que el contaminador pague los costos de limpieza.

Mientras tanto, Ferrey¹⁷⁶ 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 de¹⁷⁷:

- 1) Colectar la información.
- 2) Responder a las emergencias.
- 3) Seleccionar un fondo de limpieza federal segregado y preestablecido.
- 4) Perseguir 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 *hazardous substances release*, y estableció una *National Priority List* (NPL), que identifica los sitios que pueden requerir una acción correctiva. Dado que CERCLA es,

¹⁷⁴ ADAM D. K. ABELKOP, 2013: «Tort Law as an Environmental Policy Instrument», *Oregon Law Review* núm. 92, pp. 407-408.

¹⁷⁵ En igual sentido, KYLE CRAWFORD *et al.*, 2016: «Environmental Crimes», *American Criminal Law Review* núm. 53, p. 1202. También para estos doctrinarios, el principal fin de CERCLA es «remedial» y «corrective» más que «regulatory».

¹⁷⁶ STEVEN FERREY, 2010 *Environmental Law. Examples & Explanations*, fifth edition, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, pp. 372-373.

¹⁷⁷ Sobre la notificación a la EPA y la inspección de una *release* (*vid.*, section 103, 42 USC 9603 CERCLA) y sobre la información que la EPA puede requerir de cualquier persona (*vid.*, section 104, 42 USC 9604, CERCLA).

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 *Superfund Amendments and Reauthorization Act* («Estatuto de Enmiendas y Reautorización de Superfund» o SARA (1986), en la cual se incorporaron las sanciones penales para ciertos casos por infringir el Superfund (*Cf.*, section 109, 42 USC 9609)¹⁷⁸.

C. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

1. El ambiente como eje de la DRM y la LRM

Así como ocurrió con los casos del «Love Canal» y «Exxon-Valdez»¹⁷⁹, 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 DRM, en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (*Cf.*, 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 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

¹⁷⁸ KYLE CRAWFORD *et al.*, 2016: 1202-1203.

¹⁷⁹ BRANDON T. MORRIS, 2008: «Oil, Money, and the Environment: Punitive Damages under Due Process, Preemption, and Maritime Law in the Wake of the EXXON VALDEZ Litigation», *Tul. Mar. L.J.* núm. 33, pp. 166-172.

incommensurabilidad 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 europeos¹⁸⁰.

A partir del enfoque netamente individualista adoptado por la mayoría de los códigos civiles de los Estados miembros de la Unión Europea, 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 asertiva 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, sobre todo, respecto del sistema clásico, que aún continúa siendo un aprieto explícito,¹⁸¹ 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 extracontractual*. En el campo ambiental, esta institución está construida con objetivos específicos y diferentes que la aíslan de aquella. Está reconocida y plasmada de manera expresa en diversos cuerpos normativos, promulgados exclusivamente 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 DRM, así como para la LRM 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

¹⁸⁰ NOUSSIA KYRIAKI, 2011: «The BP Oil Spill-Environmental Pollution Liability and Other Legal Ramifications», *European Energy and Environmental Law Review*, núm. 3, vol. 20, pp. 103-104, ISSN: 0966-1646.

¹⁸¹ 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, 2005: 42-52.

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 DRM 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 Medioambiental¹⁸². 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,¹⁸³ cuando, en realidad, como manifiesta Huergo Lora,¹⁸⁴ la reparación del ambiente dañado carece de carácter sancionador,¹⁸⁵ aun 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 sanciones¹⁸⁶.

¹⁸² Libro Blanco COM (2000) 66 final, de 9 de febrero de 2000 (presentado por la Comisión Europea).

¹⁸³ GARCÍA AMEZ, 2015: 94-95. En igual sentido, YANGUAS MONTERO, 2006: 61-62.

¹⁸⁴ HUERGO LORA, 2007: *Las Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid, pp. 265-266.

¹⁸⁵ En igual sentido, LUCIANO PAREJO ALFONSO, 2014: «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del *status* de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 36, pp. 23-24. RI: § 414743.

¹⁸⁶ *Vid.* 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

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 DRM, 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 (Cf., 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 (Cf., 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 DRM y la LRM, lo cual resulta imprescindible explicarlo para determinar qué casos o supuestos de hecho, efectivamente, configurarían esta categoría jurídica, que determinará, además, cuándo 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.

En materia civil, cuando se habla del *daño resarcible*, dentro de este se incluye también el *daño corporal*, que vendría a ser el que se ocasiona o el que

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 contenido afflictivo 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».

recae sobre las cosas. En principio, esto conllevaría a pensar que aquí encontraría su asidero la degradación o el daño al 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 nocional¹⁸⁷. 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 DRM 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» (Cf., art. 3)¹⁸⁸.

Ruda González¹⁸⁹ 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 DRM y la LRM, también genera una persuasión para pensar en un sinónimo de negatividad. Sin embargo, el contexto en el que lo han hecho ha servido para 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 estos prestan (Cf., art. 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 [...]» desarrollados dentro o fuera de su jurisdicción, pero bajo un determinado control (Cf., principio 13)¹⁹⁰.

¹⁸⁷ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 96.

¹⁸⁸ 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 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».

¹⁸⁹ Cf. RUDA GONZÁLEZ, 2008: 96-97.

¹⁹⁰ 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 más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los

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 González¹⁹¹, 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 solo al mismo, no a personas individualmente consideradas»¹⁹².

Clovis¹⁹³, 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 Montero¹⁹⁴, 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 Bergareche¹⁹⁵ 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 desarrollando para establecer las características de uno u otro tipo de daño de

daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

¹⁹¹ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 75. El mismo autor, en *Responsabilidad civil medioambiental* [...], p. 728.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ CLOVIS SIAKA, Danny, 2014: «La singularidad de los daños medioambientales. Un análisis a la luz de la ley de responsabilidad medioambiental en España», *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, p. 623.

¹⁹⁴ YANGUAS MONTERO, GUILLERMINA, 2000: «El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, vol. 53, p. 847.

¹⁹⁵ LUQUIN BERGARECHE, 2005: 134.

manera singularizada, en consideración con la clasificación más usual de los «daños ambientales» («ambientales personales» y «ecológico puro»).

Briceño¹⁹⁶, 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 toda contaminación que supere los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos».

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 (no únicamente en algunos de sus componentes) o en la función de los servicios que estos 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.

Al tratar los daños ambientales acaecidos en territorio ecuatoriano, en el que Chevron-Texaco operaba, hemos de denotar lo que para la Corte Provincial de Sucumbíos debía ser considerado un *daño ambiental*. Partió por instaurar un concepto de *medio ambiente*, para lo cual se apoyó en una prueba documental incorporada al expediente a pedido de la parte demandada, el «Informe sobre Desarrollo Humano Ecuador 1999», el cual le permitió dejar sentado, desde una perspectiva holística, que: «el medio ambiente no es únicamente la flora y fauna y el escenario en que estas se desenvuelven, sino que el medio ambiente está 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, consecuentemente, consideró que «toda pérdida, disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales»¹⁹⁷, es lo que ha de entenderse como *daño ambiental*.

¹⁹⁶ MAURICIO BRICEÑO, Andrés, 2004: «El daño ecológico. Presupuestos para su definición», V Congreso de Derecho Ambiental Español, Pamplona.

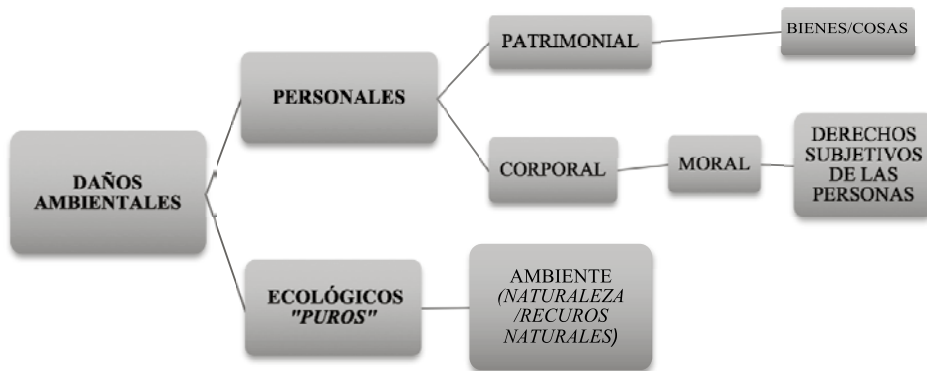
¹⁹⁷ Cf., SSUCPS, 94.

2. 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 solamente ha llevado a la recta deontológica a crear una dogmática respecto de uno y otro como hemos referido, sino que, además, esta 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* (los *daños tradicionales*) y, por otro lado, los *daños ecológicos o ecológicos puros*, según ha ido evolucionando su concepto.

Ilustración 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 dentro del 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, sobre todo, de su *pureza*¹⁹⁸ que, como ya lo explicaremos, se contraponen a todo tipo de daño con carácter individual (interés personal o particular del otro)¹⁹⁹.

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 y 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 (art. 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 jurisprudencial²⁰⁰, determinando que el

¹⁹⁸ Sobre los elementos del daño ecológico puro, *vid.*, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 75 y ss.

¹⁹⁹ Sobre el análisis del criterio de titularidad que se inmiscuido en el carácter *puro* del daño ambiental, ver más en, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 128-130.

²⁰⁰ *Vid.*, 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,

sujeto protegido es el propietario de la finca afectada cuando las molestias del sujeto causante han 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 (propios 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:

2.1. 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 a 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 personas²⁰¹. 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 psíquicos²⁰² –caracterizadores del daño moral tradicional–, como, por ejemplo: el cambio de costumbres, contagios, imposibilidad de consumir ciertos alimentos, el propio riesgo de estar expuestos a peligros para la salud.

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.

²⁰¹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 63.

²⁰² BLANCA CASADO, 2016: 5 y ss.

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 enraíza su imprecisión. Deberían llamarse «daños personales ambientales»²⁰³ y no «daños ambientales personales», porque son daños más personales que ambientales²⁰⁴. 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)²⁰⁵. La protección al ambiente prosperará, única y exclusivamente, bajo la condición de que un bien patrimonial o personal (el derecho de un particular sobre ellos) haya sido dañado²⁰⁶.

En términos más concretos, empleados por Yanguas Montero²⁰⁷, 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 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 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»²⁰⁸, 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

²⁰³ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 63.

²⁰⁴ No obstante, nos enfocaremos en este designio, de cualquier modo, empleado para diferenciarlos de los propiamente *puros*, los *daños ambientales ecológicos*.

²⁰⁵ 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.*, 2013: 422.) o las pérdidas económicas derivadas por la contaminación de un suelo que tiene un valor agrario (GARCÍA AMEZ, 2002: 96).

²⁰⁶ CASADO ANDRÉS, Blanca, 2016: «El concepto del daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, pp. 400-421, ISSN: 1886-9912. En la jurisprudencia hay varios ejemplos de daño moral.

²⁰⁷ YANGUAS MONTERO, 2006: 37-39.

²⁰⁸ Que está consagrado en el artículo 45.1 CE.

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 daños²⁰⁹.

Betancor²¹⁰, 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 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, en 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 con los términos empleados, por ejemplo, del Convenio de 1992²¹¹, supondría una «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

²⁰⁹ Sobre el carácter inmaterial, no patrimonial o moral del «daño ecológico puro», ver más en RUDA GONZÁLEZ, 2008: 89-94.

²¹⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 65.

²¹¹ 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 este 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 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”».

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, sobre todo en cuanto a la magnitud valorativa de aquella cuando se trata de algunos derechos (como el bienestar, la salud, etc.), a pesar de que se haya 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 convencionales²¹².

Es así como el «daño ambiental personal» está presente 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 *víctima*), quien será el legitimado activo en la acción que brinda el CC español (Cf., art. 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 (Cf., art. 1908 CC).

2.2. EL DAÑO AMBIENTAL EN SENTIDO ESTRICTO O DAÑO ECOLÓGICO 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*²¹³ 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 posicionamiento doctrinario unánime al respecto de que el *daño ecológico puro* no se refiere a la lesión de bienes jurídicos individuales, sino que tiene que ver con los

²¹² Cf. BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 65.

²¹³ 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).

componentes del ambiente y sus interacciones. En definitiva, se traduce en una alteración de la capacidad funcional de los ecosistemas²¹⁴.

Su denominación se enraíza 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 fundamentos naturales de la vida²¹⁵. 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, estos 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 ha previsto, además, tanto la DRM (Cf., considerando 14) como la LRM (Cf., art. 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, solo son relevantes los daños que, degradando el medio ambiente, perjudican a un interés particular»²¹⁶. 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 público²¹⁷, anticipado en la LRM que transpone la DRM, cuyo propósito en última instancia es lograr la reparación del ambiente dañado.

²¹⁴ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 76.

²¹⁵ *Ibid.*, 76-78.

²¹⁶ YANGUAS MONTERO, 2006: 61.

²¹⁷ Sobre la aplicación de la LRM para los daños ambientales y no para las de tipo civil, *vid.*, la STS de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6709).

Un gran sector de la doctrina ha abordado el alcance de los «daños ambientales puros» y al respecto exponemos:

Ruda González²¹⁸ 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 sobre el ambiente en sí mismo considerado, lo afecta fundamentalmente a este. 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 Betancor²¹⁹ 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 determinada y 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, a ojos del profesor, 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,

²¹⁸ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 128.

²¹⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 64-65.

respecto de su reparación y compensación, pues escapan al 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 deben ser reparados/compensados por su responsable (principio «Quien contamina paga»)²²⁰.

En efecto, los «daños ambientales puros» gozan, en palabras de Pernas y Ánimas Madrazo²²¹, 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 suma, 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 Amez²²² 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 este 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 DRM 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 el.

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 ambiental²²³:

²²⁰ *Ibid.*, 65-66.

²²¹ PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ & ÁNIMAS MADRAZO, MARCELA, 2005: «La responsabilidad por daños ambientales al suelo: La nueva Directiva Comunitaria», *Agricultura: Revista Agropecuaria*, núm. 870, p. 16. ISSN 0002-1334.

²²² GARCÍA AMEZ, 2002: 96-97.

²²³ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 95-96.

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 la respiración (proceso vital que también produce gases tóxicos que se intercambian con el medio exterior) son dos actos que las realiza el hombre. Por consiguiente, 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. En consecuencia, 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 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 pretendemos 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 este? 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.

D. 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 este 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 estos prestan o como Naturaleza que es (su visión macro). Es por ello por lo 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 ambientales» 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 ²²⁴:

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 deben ser provocados por las *agresiones* que pueden derivarse de la exploración y el desarrollo tecnológico (por ejemplo, Fukushima, en Japón). Ahora bien, 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 el 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 ²²⁵. Además, puede ocurrir que en el momento en el que el *daño ambiental* se presente, este no resulte ser consecuencia de una única acción. Puede ser producto de la concurrencia de varios actos y en varios espacios de tiempo.

²²⁴ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 61-62; YAGUAS MONTERO, 2006: 21-40.

²²⁵ YAGUAS MONTERO, 2006: 39-40.

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 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. En el campo jurídico-civil, se exige que no existan incertidumbres en cuanto a la existencia o evolución futura del daño de manera inalterable. Esta exigencia se refiere más que a la delimitación del propio concepto de daño, la prueba de su existencia²²⁶.

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 científico²²⁷.

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*²²⁸, porque todos los daños ambientales afectan a todos los seres humanos, exista certeza o

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ 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, 2010: *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* University press Scholarship Online, Oxford, part I, pp. 56-58, acceso el 9 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.

²²⁸ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 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 resaltar los requisitos que uno u otro daño –civil y ambiental– deben cumplir. Es decir, el contexto que la premisa instaura no es para dar una posición deontológica sobre el mecanismo general de responsabilidad, no por el momento.

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 reparación²²⁹.

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 vulnerados²³⁰.

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»²³¹. En este sentido, existen muy pocas probabilidades de que esos tres 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*²³².

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 DRM, 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:

²²⁹ BETANCOR, 2018: 66-67.

²³⁰ En el ámbito ambiental no sucede esto con la DRM 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 sí (tanto en 823 I BGB como en 1 UmweltHG) aunque se protejan solo 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 que lo protegen en tanto ha sido el medio de la causación dañosa que afectó un interés individual típico (ver más en, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 82).

²³¹ La ley alemana introdujo un régimen responsabilidad civil por riesgo por los daños individuales, personales o patrimoniales derivados de los flujos ambientales. Sin embargo, quedan excluidos de toda posible reparación por vía de la responsabilidad civil los daños ecológicos, los cuales tan solo 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, 2013: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, CONFLICTV LEGVM Estudios de Derecho Internacional Privado, Santiago de Compostela, p. 329 y ss.

²³² RUDA GONZÁLEZ, 2008: 80-83.

«No es posible subsanar todas las formas de daño ambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que esta 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» (Cf., 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, enfatizamos 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 estas son legales o no, es que el *daño* sea *intolerable*. La diferencia que marca respecto del Derecho público es que este se focaliza en el control de las emisiones²³³, 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)²³⁴.

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 únicamente serán responsables si han violado su *duty of care*, es decir, si han infringido el deber de conducirse diligentemente, lo cual implica que previamente deben haber estado ligados a un deber

²³³ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1594.

²³⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 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, solo 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 (Cf., art. 3).

de cuidado. 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 jurídicas²³⁵.

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 único 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*²³⁶.

Ruda González²³⁷ 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. En consecuencia, 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 individuales, sino a lo mismo, a ese interés jurídicamente protegido en el ambiente que la Constitución (Cf., art. 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, al contrario de lo que su *Codice Civile*²³⁸ exige (*danno ingiusto*) al

²³⁵ Vid., SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2008: «La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas Jurídicas», *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* núms. 86-87, vol. 29, pp. 129-148, ISSN: 0121-0483, ISSN: -e 2346-2108.

²³⁶ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 84-86; 388-390.

²³⁷ *Ibid.*, 390-391.

²³⁸ *Approvazione del testo del Codice Civile (Regio Decreto n. 262, 16 marzo 1942, pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942), aggiornato con le ultime modifiche legislative introdotte, da ultimo, dal D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L 5 giugno 2020, n. 40 e dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L 11 settembre 2020, n. 120. Aggiornato al 29/04/2022.*

regular el *risarcimento per fatto illecito*: «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»²³⁹ (Cf., art. 2043).

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 ley²⁴⁰.

Betancor²⁴¹, 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:

- 1) 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 ilícita²⁴², ya que 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)²⁴³.

²³⁹ «Indemnización por daño ilícito: 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». La traducción nos pertenece.

²⁴⁰ Vid., 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».

²⁴¹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 60-61.

²⁴² *Ibid.*, 60. Ahora bien, como explica el profesor, normalmente forma parte de la estructura del tipo de la infracción 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 RDL 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» (Cf., art. 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» (art. 90.a), incluyendo también ambos elementos.

²⁴³ Existen varios ejemplos dentro del ordenamiento jurídico español (*vid.*, BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 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 esta 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» [art. 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» [Cf., art. 34.3e) y g)]. En la Ley de aguas está tipificada como infracción «el

2) 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, 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 este tampoco lo ha aceptado voluntariamente (Cf., art. 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 soportarlo²⁴⁴. 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 supuestos²⁴⁵:

- 1) La situación jurídica del titular del bien o recurso dañado.
- 2) 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 tiene 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 (Cf., art. 348), pero lo más importante es que la propiedad está socialmente funcionalizada (Cf., art. 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 con las leyes» (Cf., art. 33.2 CE)²⁴⁶.

incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley» (Cf., art. 116.2.c 1/2001), así como «el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga» [Cf., art. 116.2.g) RDL 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 [Cf., art. 90.d)], así como de las prohibiciones establecidas en la ley y la omisión de actuaciones que fueren obligatorias conforme a ella [Cf., art. 90.i)]. Incluso, en esta ley ha incorporado como infracción específica «el falseamiento de la información suministrada a la Administración» [Cf., art. 90.h)] 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.

²⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2002: Prólogo de *La responsabilidad patrimonial de la administración hacia un nuevo sistema*, de Oriol Mir Puigpelat, Civitas, Madrid, pp. 20-21.

²⁴⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 61.

²⁴⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 705 y ss.

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 producidos²⁴⁷.

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 Sadeleer²⁴⁸: «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 ende, obliga a las comunidades a aceptar un cierto nivel de daño sin poder reclamar una indemnización. El principio de «quien 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

²⁴⁷ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 61.

²⁴⁸ DE SADELEER, *Environmental Principles*, part I, 50.

para evaluar las inmisiones,²⁴⁹ pero no resulta tan efectivo para evaluar las emisiones²⁵⁰.

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»²⁵¹, 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 las 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 decir la producción de aquel ha surgido como consecuencia de haber infringido la normativa pertinente que garantiza el uso racional de los recursos naturales (Cf., art. 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 aquel 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*²⁵²:

²⁴⁹ Vid., Navarro Mendizábal, *Las Inmisiones y molestias*, 31 y ss.

²⁵⁰ *Ibid.*, 211.

²⁵¹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 62. El autor, con respecto al 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 por lo que los límites de dicho criterio civilista es verdaderamente convincente y persuasivo.

²⁵² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 62-63.

- 1) Marca la frontera jurídica de la sostenibilidad.
- 2) 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*:

- 1) No siempre es cierto.
- 2) Puede ser lícito o ilícito.
- 3) No siempre es antijurídico.
- 4) No siempre requiere de un título jurídico de propiedad.
- 5) Es de carácter colectivo.
- 6) Cabe exclusivamente una reparación *in natura*.
- 7) No tiene valor en el mercado porque sus recursos naturales son inmateriales.
- 8) No es individualizado ni determinado. Difuso muchas veces.
- 9) Puede ser producto de varios actos.

Ilustración 4. Diferencias entre *daño tradicional* y *daño ambiental puro*



E. 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 protección²⁵³. 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 este cambio tenga connotación jurídica ha de cumplir con algunos requisitos que serán analizados luego, 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 estos desarrollan, pudiendo verse también afectados. En el caso del ambiente, cuando este 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 quién fue el autor de la acción u omisión de los deberes ligados con los principios de prevención y evitación que provocaron que se ocasione 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 en²⁵⁴:

«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.

²⁵³ YANGUAS MONTERO, 2006: 40.

²⁵⁴ Cf. CE (1978), artículo 45.

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 derecho de los ciudadanos,²⁵⁵ en un bien jurídico protegido dentro de su ordenamiento jurídico (*Cf.*, art. 45.1 CE), sobre todo, por la posibilidad que este tiene de sufrir algún daño. Si un daño surgiera, la consecuencia que trae consigo es que este deberá ser reparado, producto de una solidaridad de todos, colectiva (*Cf.*, art. 45.2 CE). Además de las sanciones de índole penal o administrativa que este pueda acarrear (*Cf.*, art. 45.3 CE)²⁵⁶.

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 vida»²⁵⁷. Ciertamente, será en el medio artificial donde la comunidad humana va a desarrollar la mayor parte de su vida. Por ende, la cobertura de la protección constitucional habrá de extenderse allá donde se encuentre el hombre. No obstante, Luquin Bergareche²⁵⁸ critica que este concepto de *daño ambiental*

²⁵⁵ SIMÓN YARZA, 2012: 158160. 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 (art. 53.3), no puede hablarse de un poder jurídico inmediatamente invocable.

²⁵⁶ *Vid.*, 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».

²⁵⁷ LORENTE AZNAR, César J., 1996: *Empresa, Derecho y Medio Ambiente. La responsabilidad legal empresarial por daños al medio ambiente*, Bosch S. A., Zaragoza, pp. 7-8.

²⁵⁸ LUQUIN BERGARECHE, 2005: 134.

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 Aznar²⁵⁹, alude a las dos concepciones fundamentales que han surgido sobre la delimitación conceptual del *ambiente* en tanto que bien jurídico protegido:

- 1) la concepción amplia.
- 2) la concepción restringida.

La concepción amplia. Liderada por quienes consideran que el ambiente no incluye solamente los elementos naturales: agua, aire, tierra, flora y fauna, sino también a los elementos artificiales: los contruidos por el hombre, como las ciudades, carreteras y cualquier tipo de modificación del medio natural por obra del hombre. Es la tendencia más ajustada a la norma constitucional española, pues esta 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. Existe una interrelación entre los elementos naturales y los creados por el hombre.

Partidaria de este enfoque es Luquin Bergareche²⁶⁰, 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 Bacigalupo²⁶¹ entiende que «el derecho ambiental viene definido en parte por su función, esto 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

²⁵⁹ LORENTE AZNAR, 1996: 17-20.

²⁶⁰ LUQUIN BERGARECHE, 2005: 134.

²⁶¹ ENRIQUE BACIGALUPO, citado por LORENTE AZNAR, 1996: 17.

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 debe abarcar solo 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 [...]» (Cf., principio I)²⁶².

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.

La concepción restringida. Es aquella defendida por quienes limitan el ambiente a ciertos elementos naturales. Es la posición que la DRM y la LRM han adoptado en sus instrumentos normativos.

García Amezcua²⁶³ defendería esta posición. 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 (Cf., 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, sobre todo, dinámico²⁶⁴ que este elemento envuelve.

Martín Mateo²⁶⁵, desde hace algún tiempo atrás, al perfilar el ámbito conceptual del ambiente, manifestaba que este 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 estos presentan características

²⁶² Cf., Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (Naciones Unidas, Nueva York, 1973).

²⁶³ GARCÍA AMEZCUA, 2002: 97.

²⁶⁴ *Ibid.*, 97. En igual sentido, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 108. *Vid.*, DOMPER FERRANDO, Javier, 1992: *El Medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. 1, Civitas, Madrid.

²⁶⁵ MARTÍN MATEO: *Derecho Ambiental*, pp. 78-79.

dinámicas. Asimismo, Ruda González²⁶⁶ postula que el *ambiente* abarca una abundancia insondable de interacciones mutuas, es, pues, un *perpetuum mobile* integrado de muchísimos factores que se influyen reciprocamente y constituyen un sistema con un cierto grado de equilibrio y homeostasis²⁶⁷. 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 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 esta 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 aquellos/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, 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-penal²⁶⁸. 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 humanos²⁶⁹.

²⁶⁶ RUDA GONZÁLEZ, 1977: 108-113.

²⁶⁷ Es decir, la capacidad de los ecosistemas para resistirse al cambio.

²⁶⁸ SILVA, JESÚS MARÍA y MONTANER, RAQUEL, 2012: *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, p. 29.

²⁶⁹ *Ibid.*, 31-32. Los autores explican que estos 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

En el campo del Derecho civil, la jurisprudencia ha reconocido el carácter amplio del ambiente y su relación con el ser humano y su bienestar²⁷⁰. Sin embargo, en cuanto al campo artístico o urbanístico, a pesar de que existen cuestiones que se relacionen, como bien manifiesta, exceden de lo ambiental²⁷¹. 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 Yanguas²⁷², 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»²⁷³, el Convenio de Estocolmo de 22 de mayo de 2001 ratificado por instrumento el 18 de mayo de 2004²⁷⁴, 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, de 27 de febrero²⁷⁵–, y la Constitución española, art. 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

daña el ambiente. 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 la especie, etc.

²⁷⁰ Vid., STS 2 de febrero de 2001, (RJ 2001, 1003).

²⁷¹ *Ibid.*, fundamento jurídico quinto.

²⁷² YANGUAS MONTERO, 2006: 61-69.

²⁷³ 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».

²⁷⁴ Art. 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».

²⁷⁵ Derogada por la entrada en vigor de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades (DOGC 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» (Cf., art. 1).

de lo ya explicado en líneas pasadas. Los criterios que la norma suprema postula (respecto del art. 45 CE), no aluden a un derecho subjetivo al ambiente propiamente dicho, pues cuando surja una lesión sobre este, 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 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 [...]»²⁷⁶.

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 este órgano, la palabra «medioambiente», 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 condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él está.

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 duda, 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 este 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.

²⁷⁶ GARCÍA AMEZ, 2002: 97-98, vendría a compartir esta opinión.

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 dé 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 aquel, 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 por lo 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 sustentarse únicamente en el ser humano y la defensa de su salud. Este se debe desenvolver y desarrollar en un ambiente natural sano, porque de este 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 este 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 países²⁷⁷ se refie-

²⁷⁷ En Ecuador, por ejemplo, este criterio también es concordante con la Resolución de la Corte Constitucional núm. 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

ran directa o indirectamente al ambiente como un elemento trascendental para el desarrollo del hombre²⁷⁸. 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 *derechos* a la Naturaleza²⁷⁹.

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 DRM. En ninguna de ellas, el concepto de *ambiente* no está expresamente intitulado o definido de manera específica en alguna disposición legal que estas contemplan. Esto no significa que el *ambiente* no está protegido. No se refieren de manera expresa a este, 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.

F. 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 grupos²⁸⁰:

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, 95.

²⁷⁸ LORENTE AZNAR, 1996: 18-19.

²⁷⁹ 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» (art. 71). También se le ha garantizado el derecho a la reparación (art. 72).

²⁸⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 69-71.

- 1) Los recursos naturales.
- 2) La Naturaleza.

La Naturaleza es 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, solamente de uso, lo 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, debido al título de apropiabilidad (ver ilustración 5)²⁸¹:

- 1) Los que se pueden apropiar, que pueden ser objeto de uso privativo.
- 2) 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 solo 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 cabe exclusivamente el uso común, pero es

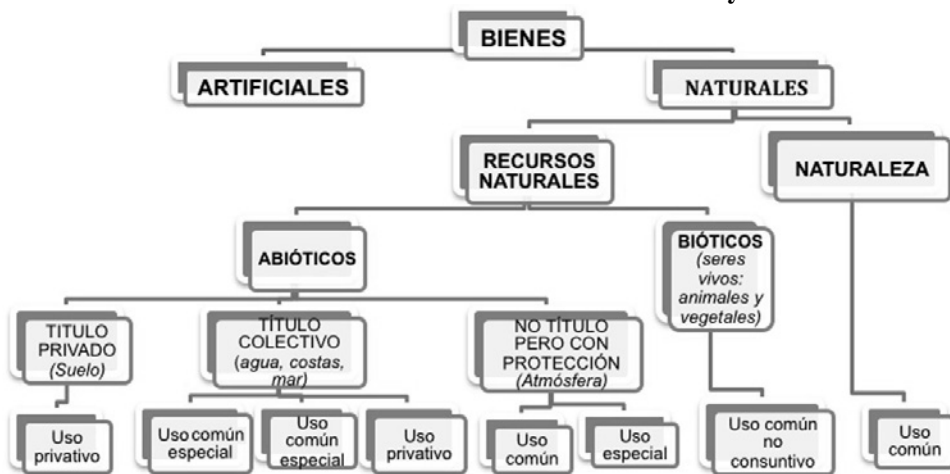
²⁸¹ *Ibid.*, 72.

especial y 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).

3) 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 en este último supuesto, son una especie de bienes apropiables, pero colectivamente. Podrían ser objeto de uso común compatible con su conservación como, por ejemplo, la observación, la investigación, entre otros ²⁸².

Ilustración 5. Clasificación convencional de los bienes y sus usos ²⁸³



²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Ilustración basada en la gráfica de BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 71.

G. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

El sistema legal de los EE. UU. 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 designio de *natural resource damage* (NRD), que, en realidad, traducido textualmente al castellano significa *daño al recurso natural*²⁸⁴. Los estatutos ambientales federales que se han convertido en sus mayores ejemplificadores, CERCLA, la CWA y la OPA, incluyen esta terminología²⁸⁵. En cualquier caso, esto significa que estamos hablando de un *daño colectivo*, pero que nace de 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 para *natural resources* (42 USC § 9601), y, además, otra para denotar lo que por *environment* se debería entender (§ 9601.8); que la DRM 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* a la lesión o pérdida de recursos naturales, salvo lo dispuesto en cualquier otra disposición legal (§ 9601.6²⁸⁶) sujeta a las *defenses*

²⁸⁴ Vid., KAREN BRADSHAW, 2016: «Settling for natural resource damages», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 40, pp. 217-222.

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ 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».

establecidas (§ 9607.a²⁸⁷). De igual 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.2²⁸⁸).

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 USC § 9601.16²⁸⁹ 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 DRM y la LRM–, en tanto estas 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) 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 DRM y la LRM).

²⁸⁷ 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».

²⁸⁸ 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».

²⁸⁹ Cf., 42 USC. § 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».

En tercer orden, la definición de *environment* que CERCLA ha instaurado se construye a (§ 9601.8)²⁹⁰:

- «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».

Aunque nos parezca extraño que la definición de *environment*, sobre todo en el último caso, se refiera simplemente 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 a estos recursos naturales se los incluyó ya dentro de la definición de *natural resources* (§ 9601). Esto se asemeja con lo que la DRM y la LRM han hecho, aunque, como hemos dicho, no hayan decidido contemplar una definición exclusiva para el *ambiente*.

H. EL AMBIENTE EN LA DRM 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 instaurado un cuerpo reglado que versa sobre esta materia. La DRM 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 DRM 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:

²⁹⁰ La traducción arriba expuesta pertenece a la autora. La disposición textual de CERCLA reza: «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».

- 1) «[...] las actividades profesionales que presenten un riesgo para la salud humana o el medio ambiente».
- 2) «[...] actividades o prácticas que entrañan un riesgo potencial o real para la salud humana o para el medio ambiente».
- 3) «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 [...]».
- 4) «La rehabilitación del medio ambiente debe realizarse de manera efectiva [...]».
- 5) «La liberación en el medio ambiente, derivada de actividades humanas [...]».
- 6) «[...] 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 iusfilosófico del término empleado, pero sí resaltar, nuevamente, como manifestamos al comenzar este capítulo, que se pudo haber optado únicamente por *ambiente*, por ser un fenómeno unitario, un todo.

La DRM y la LRM, han dispuesto que para que un *daño* sea considerado *ambiental* debe recaer sobre determinados recursos naturales (Cf., art. 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 exclusivamente 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 sí 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 (DRM²⁹¹), aunque de forma expresa y más rigurosa se lo plasma en el ámbito interno, en la LRM, que al trasponer la DRM, lo ha hecho bajo la técnica de incorporar una norma exclusiva intitulada como «daños a particulares» (Cf., art. 5) para luego excluirlos del todo.

Excavando ya en el contenido normativo de la DRM y la LRM, no encontramos –en ninguno de estos cuerpos legales– una noción jurídica de *ambiente*, dentro de las definiciones por ellas impartidas (Cf., arts. 2.1 y 2.2 de ambas). De hecho, no contienen una única definición de *daño ambiental* (sigue

²⁹¹ Cf., considerando 14 y artículo 3.3 que dispone: «no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales».

el sistema de definiciones y subdefiniciones que ya aparecía en la propuesta de esta). 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 y en un contexto general, solamente a los «daños». 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 (Cf., art. 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 más bien, 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. Indudablemente, ambas normas pueden generar un motivo de confusión por las siguientes razones:

1) Los elementos ambientales de propiedad privada han sido excluidos con excepción de un único recurso natural: el suelo.

2) Se ha protegido de manera limitada a los bienes del ambiente; no están protegidos todos ni en igual medida. Se ha incluido –meramente– los siguientes recursos naturales:

a) Las especies silvestres y los hábitats (Cf., art.2.1.a LRM) o a las especies y hábitat naturales protegidos (Cf., art.2.1.a DRM).

Esta expresión reemplaza aquella definición que se solía aplicar, la de «daño a la biodiversidad»²⁹². La DRM 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 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 (Cf., art. 2.3. LRM y DRM). 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 amplio²⁹³.

No obstante, el ámbito de aplicación de la DRM seguiría siendo limitado porque requerir en efecto, a que los Estados designen otros hábitat

²⁹² RUDA GONZÁLEZ, 2008: 124.

²⁹³ Cf., Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM 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 [2016/2251(INI)]. *Vid.*, principalmente, el texto aprobado respecto de los límites en cuanto a la eficacia de la DRM, núm. 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>.

o especies 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 (*Cf.* art.2.1.a). Estas corresponden sobre todo a las protegidas en el catálogo nacional de especies amenazadas o los catálogos autonómicos, aunque también las demás protegidas por la legislación (*Cf.*, 2.4 LRM)²⁹⁴.

b) Las aguas definidas 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, esta se remite a la legislación de aguas (*Cf.*, art. 2.1b), excluyendo como daños a las aguas, los previstos en el artículo 4.7 de la directiva anteriormente referida.

c) La ribera del mar y de las rías. La inclusión de estos recursos naturales, son producto de una ampliación del ámbito de protección de la LRM al transponer la DRN, ya que en esta última no fueron consagrados (*Cf.*, art. 2.12). Dicho de otro modo, la LRM en comparación con la DRM, 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.

d) El suelo (*Cf.*, art. 2.1.c DRM) y (*Cf.*, art. 2.1.d LRM). Es el único caso en el que no hay remisión a otra normativa para delimitar su alcance.

¿Qué pasó con el aire? No consta en ningún considerando/exposición de motivos ni artículo a lo largo del texto normativo de ambas normas (DRM y LRM²⁹⁵). Ambas excluyen los daños a la atmósfera²⁹⁶. En cuanto a la contaminación del aire, es verdad que las variadas interacciones y procesos sinérgicos van a dificultar la determinación del nexo causal. Únicamente vendría a ser importante el aire, si se provocaran daños por elementos transportados por él, pero que causaran daños a las aguas, al suelo o a las especies y hábitats protegidos²⁹⁷. Sin embargo, esto no excusa a la no inclusión en la DRM 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 buscaren contaminar el aire, crearán mecanismos

²⁹⁴ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 124-125.

²⁹⁵ 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 solo están aquellos que tienen cabida en el concepto de daño medioambiental» (*Cf.*, preámbulo I).

²⁹⁶ Sobre la exclusión de la atmósfera en la LRM, *vid.*, GARCÍA AMEZ, 2002: 113-115; PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 111-114.

²⁹⁷ Así lo podemos corroborar si recurrimos a la DRM, 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 LRM, 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».

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 DRM²⁹⁸, 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 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.

4) 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 DRM (*Cf.* art. 2.1) como en la LRM (*Cf.*, art. 2.1), en función de dos variables²⁹⁹: 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 DRM y la LRM, no son excluyentes, sino que también están cubiertos parcialmente. Ambas normas, hablan de:

- a) Daños a las «especies y hábitat naturales» (*Cf.*, arts. 2.1.a, 2.3 y 3.1.b de la DRM, y arts. 2.1.a, 2.4 y 2.5 de la LRM).
- b) Daños «a las aguas».
- c) Daños «a la ribera del mar y de las rías» (*Cf.*, art. 2.1.c de la LRM, norma exclusiva, producto de la ampliación de la transposición nacional española de la DRM, que no las incluyeron).
- d) Daños al «suelo», generando un poco de confusión porque, por ejemplo, los hábitats, también se componen de suelo y agua.

5) La delimitación del ámbito de aplicación de la DRM respecto al daño ambiental también es dispar en relación con el ambiente, al cual lo vuelve a fragmentar de un modo distinto (*Cf.*, art. 3):

- a) La DRM se aplicará cuando surjan daños ambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el anexo III y cualquier amenaza inminente de que estos se produzcan (*Cf.*, art. 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 (*Cf.*, art. 3.1.b).

²⁹⁸ *Cf.* Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM 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)). *Vid.*, 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>

²⁹⁹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 82.

b) 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 (*Cf.*, art. 3.1), pero también cubre los daños causados por las actividades no incluidas en dicho anexo, cuando medie dolo, culpa o negligencia, tratándose no exclusivamente de daños a las especies silvestres y hábitat, sino de los demás recursos naturales (*Cf.*, art. 3.2.a). En este caso, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación (*Cf.*, art. 3.2.a) y si no media ninguno de los elementos subjetivos, solamente se exigirán las dos primeras medidas (*Cf.*, art. 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 DRM al demarcar su ámbito de aplicación. Dentro de él se comprende, únicamente, a los daños a las especies y hábitat naturales, descartando 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 en la LRM³⁰⁰.

I. EL DAÑO AMBIENTAL. CONCEPTUALIZACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA DRM 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 directiva³⁰¹ como la LRM³⁰², aunque de forma genérica, han instaurado. La DRM, en avenencia con lo dispuesto en su considerando 5³⁰³, prosigue en su 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 [...]»³⁰⁴. Mientras tanto, la LRM sigue el mismo esquema (*Cf.*, art. 2.2), aunque con la salvedad de que, en su definición, a pesar de la similitud con la que los describe en comparación

³⁰⁰ En igual sentido, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 148-149.

³⁰¹ DRM, artículo 2 «Definiciones», apartado 1.

³⁰² LRM, artículo 2 «Definiciones», apartado 1.

³⁰³ DRM, 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».

³⁰⁴ 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» (*Cf.*, art. 1.2).

con la DRM, omite la exigencia de que el perjuicio deba ser también «significativo»³⁰⁵, requisito que lo incorpora solo 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 DRM, amplía su concepto e incluye «[...] aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por los elementos transportados por el aire» (la DRM lo contempla únicamente en su considerando 4)³⁰⁶. 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 cualquiera 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 afectados³⁰⁷. La DRM (Cf., art. 13) y la LRM (Cf., art. 18), definen a los servicios de los recursos naturales, 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:

- 1) Servicios de provisión (de agua dulce, recursos genéricos).
- 2) Servicios de regulación (del clima, de la erosión, de enfermedades, de riesgos naturales).
- 3) Servicios culturales (de recreación y turismo, valores estéticos).

Un gran sector de la doctrina ha considerado que el concepto aludido (Cf., art. 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. Betancor³⁰⁸ resalta la claridad de la legislación de responsabilidad ambiental, pero en cuanto a la identificación del «objeto dañado»³⁰⁹. 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

³⁰⁵ 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 [...]».

³⁰⁶ 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 (Cf., art. 36.1), aun cuando muy pocos casos serán los posibles para lograr recuperar su estado anterior (*vid.*, GARCÍA AMEZ, 2002: 113-115).

³⁰⁷ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 80.

³⁰⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 53.

³⁰⁹ En igual sentido, GARCÍA AMEZ, 2002: 97.

de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños por la contaminación por hidrocarburos, cuando habla de «impurificación» (Cf. art. 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 solo a ciertos recursos naturales. Por lo tanto, se muestran a favor de haber introducido una enumeración *apertus* que permitiese que el ambiente en su conjunto quepa³¹⁰. Además, en cuanto a la posibilidad de que el daño pueda ser realizado tanto directa como indirectamente, debe ser eliminada a juicio de Ruda González³¹¹, 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 Domingo³¹², 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, Betancor³¹³ 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.

³¹⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 80. En igual sentido, RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2009: «En tierra de nadie: Problemas de delimitación del nuevo daño ambiental», *Revista de Derecho Privado*, núm. 93, p. 33, ISSN: 0034-7922.

³¹¹ Cf., RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2006: «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*, núm. 71, p. 736, ISSN: 0212-6206.

³¹² ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 410.

³¹³ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1760-1761.

La *Wellington Convention*³¹⁴ 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 antárticos³¹⁵ (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 (*Cf.*, art. 1.15)³¹⁶. 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 DRM, negligente este factor, debido a su concepción fragmentada y por incluir recursos ya cubiertos por regímenes comunitarios anteriores. 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.

En correlación con esto, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017³¹⁷, sobre la aplicación de la DRM, vuelve a dejar constancia

³¹⁴ *Wellington Convention (Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities* o 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).

³¹⁵ *Vid.*, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 152.

³¹⁶ *Cf.* Artículo 1.15: «Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados», reza así que este «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».

³¹⁷ *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

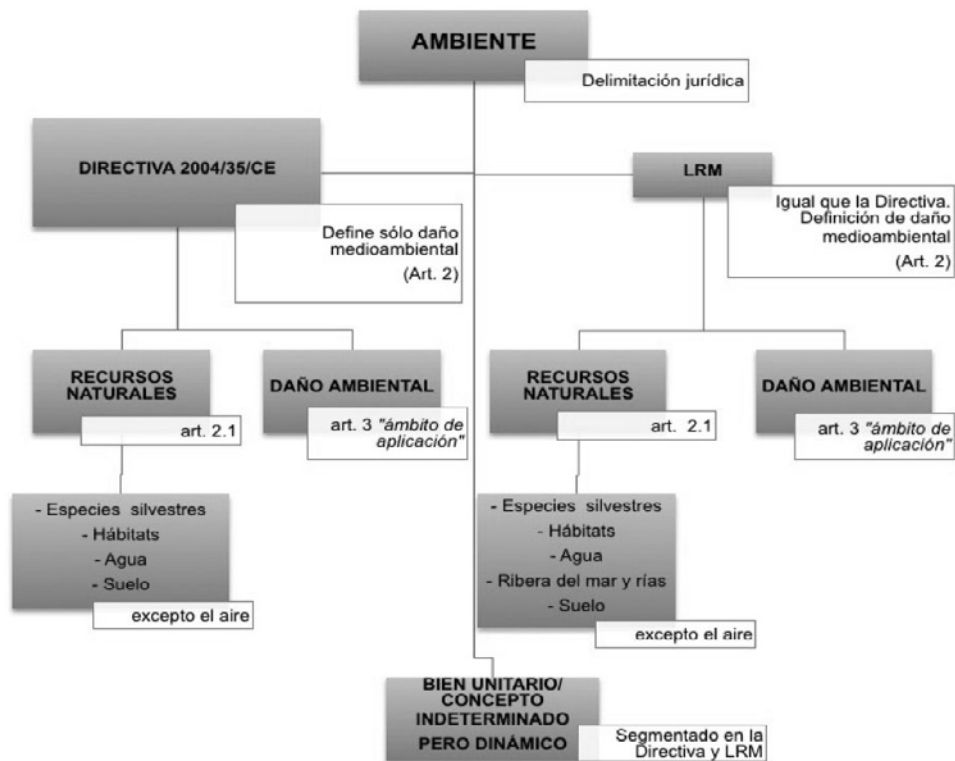
de que lamenta que, en esta norma, los incidentes se definan como «graves» solo si se producen víctimas mortales o heridos graves, sin que se haga una referencia a las consecuencias para el ambiente. No obstante, destaca, que, aunque no existan muertes ni se causen lesiones graves a las personas, un 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 sesenta, 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 solo 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 estos 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; 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 estos 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.

medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) [2016/2251(INI)]. *Vid.*, 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>.

Ilustración 6. El ambiente en la DRM y la LRM. Elementos



J. LA AMENAZA INMINENTE. CONCEPTUALIZACIÓN Y ROL FUNDAMENTAL

El concepto de *daño ambiental* responde a la dimensión reparadora³¹⁸ de la DRM y de la LRM, pero con una innovación importante. Se han cruzado los límites clásicos de la responsabilidad extracontractual. No busca

³¹⁸ ESTEVE PARDO, 2008: 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.

únicamente la 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»³¹⁹. Así es como la DRM y la LRM conciben a la *amenaza de un daño*. El sistema contemplado por dicha normativa no solo 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 ocurran³²⁰. Es por ello por lo que la amenaza de daño como tal es de gran relevo 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 plano³²¹. En efecto, es la amenaza inminente de daño la que hace que los deberes de prevención surjan. El sistema instaurado por la DRM 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 daño³²², lo cual da lugar a que el daño futuro adquiera un nivel de tal importancia que en el sistema civil originario no ocurre³²³.

Lamentablemente, la definición, nuevamente indeterminada³²⁴, conduce necesariamente a precisar dos variantes para su delimitación³²⁵: la suficiencia de la probabilidad³²⁶ y la proximidad 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 esta, 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

³¹⁹ Es la definición que consta en la DRM, art. 2 *Definiciones*, apartado 9 «amenaza inminente de daños» y en la LRM, art. 2 *Definiciones*, apartado 13 «amenaza inminente de daños». Ambas normas utilizan idéntica terminología para definirla.

³²⁰ ESTEVE PARDO, 2008: 36.

³²¹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 81; GOMIS CATALÁ, 1998: 79.

³²² *Ibid.*, 80.

³²³ LOZANO CUTANDA, Blanca, 2008: *Derecho Ambiental Administrativo*, 9.ª ed., Dykinson S. L., Madrid, p. 285.

³²⁴ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, 2010: *La responsabilidad medioambiental en España*, primera edición La Ley, Madrid, p. 53.

³²⁵ *Ibid.*, 53. En igual sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 81.

³²⁶ La propia LRM, al definir al riesgo convierte a la *probabilidad* como el eje primático.

verosímil, en la medida en que se trata de una probabilidad suficiente»³²⁷, tal como la caracteriza Esteve Pardo³²⁸.

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 esta 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 considerada³²⁹.

K. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DE LOS RECURSOS NATURALES DAÑADOS DE CONFORMIDAD CON LA DRM 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 efecto, considere la normativa comunitaria, así como en la legislación española. Ya sabemos que tanto la LRM como la DRM se refieren únicamente a determinados recursos y no a todos los que componen el ambiente. La clasificación *numerus clausus*, que brindan tanto la DRM 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

³²⁷ GUERRERO ZAPLANA, 2010: 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 (art. 2.17 y 18).

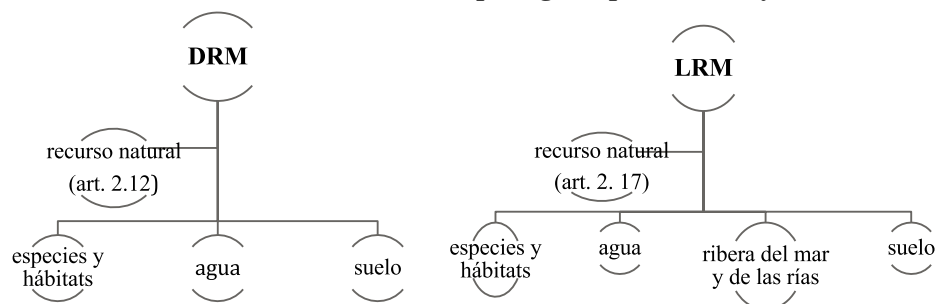
³²⁸ ESTEVE PARDO, 2008: 36.

³²⁹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 81-82.

atención a la enumeración taxativa que la normativa ha impuesto en sus «definiciones» de «daño ambiental» (*Cf.*, art. 2.2 DRM 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 (*Cf.*, arts. 3 LRM; art. 3 DRM). Siguiendo dicho orden, estos, como bien sabemos, son los siguientes:

- 1) Las especies silvestres y a los hábitats.
- 2) El agua.
- 3) La ribera del mar y de las rías (solo protegida por la LRM).
- 4) El suelo.

Ilustración 7. Recursos Naturales protegidos por la DRM 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 DRM y la LRM consagran, esta última, sobre todo, 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:

1) 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 receptores³³⁰. El eje de protección de la DRM 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 significatividad³³¹, 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 DRM 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 afectado³³².

En todas las definiciones de los daños ambientales que la DRM y la LRM brindan respecto de cada recurso natural, está presente la exigencia de que, al provocarse los daños, estos 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 que aquellos sean considerados como «daño ambiental» deberán producir efectos en «la posibilidad de alcanzar o mantener

³³⁰ Cf., DRM, art 2.1.a. La LRM (art 2.1) en cuanto a los daños a las especies silvestres y hábitats, 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 hábitats 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».

³³¹ «El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I» (*vid.*, art. 2.1 LRM).

³³² Sobre los daños a las especies silvestres y hábitats (daños a la biodiversidad), *vid.*, GARCÍA AMEZ, 2002: 115-123.

el estado favorable de conservación de este hábitat o especie», mas no «directamente en la especie silvestre o hábitat»³³³.

Además, la concreción de su concepto está sujeta no solo 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» (Cf., art. 2.6 LRM y 2.4 DRM).

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 solo a su distribución, sino a la abundancia de sus poblaciones en el área de distribución natural de esa especie en el territorio español (Cf., art. 2.6.b LRM y 2.4.b DRM).

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:

1) En el caso de un *hábitat*:

- a) Es necesario que su área de distribución natural y las zonas que abarque sean estables y estén en crecimiento.
- b) Concurrencia de las estructuras específicas a largo plazo con la probabilidad de que estas vayan a seguir concurriendo en un futuro previsible.
- c) 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 pueda 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).

2) En cuanto a las *especies*:

- a) Se debe cumplir con que su determinación de cara al futuro y según los datos de dinámica de la población sean estables.
- b) 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.
- c) Que existe un hábitat suficientemente amplio para mantener a sus poblaciones a largo plazo y sea probable que vayan a seguir existiendo.

³³³ Vid., PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 83-85.

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 DRM 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 produjera 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 oriental³³⁴. 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 por lo 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 obligatoriamente³³⁵, la prevista por la DRM y la LRM. Eventualmente, esa conducta incluso podría ser constitutiva de un delito³³⁶, 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 clasificaciones que brinda la LRM que transpone la DRM, para determinar lo que sobre estos dos recursos naturales ha instaurado.

Concepto de especies silvestres. La DRM, en un solo artículo (Cf., art. 2.3), incorpora las definiciones de «especies y hábitats naturales protegidos». Partiendo de la primera noción, son *especies* las siguientes:

³³⁴ 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.

³³⁵ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 86.

³³⁶ ESTEVE PARDO, 2008: 34-35.

1) Las mencionadas en el apartado 2 del artículo 4 o enumeradas en el anexo I de la Directiva 79/409/CEE, 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.

2) Las enumeradas en los anexos II y IV de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992³³⁷, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

En suma, la DRM, 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 Europa³³⁸.

Mientras tanto, a diferencia de la DRM, la LRM establece, en dos artículos por separado, la definición individualizada de «especies» (Cf., art. 2.4) y de «hábitat» (Cf., art. 2.5). Según esta norma, «especies silvestres» son:

1) Las especies de la flora y de la fauna descritas en el artículo 2.3 a) de la DRM. 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,

³³⁷ (DO. núm. L 206 de 22/07/1992).

³³⁸ Esta directiva (2009/147/CE) va a proteger no solo 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), solo 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 art. 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 las 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 estas se desarrollan, para lo cual deben proteger unas zonas de especial protección las llamadas ZEPAS-zones (Cf., art. 3.2); es la medida más importante que 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, 2002: 118-120; ESTEVE PARDO, 2008: 32; BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 874-879.

conformada por las Zonas Especiales de Conservación «ZEC»³³⁹ de acuerdo con la Directiva de Hábitats, y de las Zonas de Especial Protección para las Aves «ZEPA» antes referidas)³⁴⁰, para así ampliar el marco de protección a las especies migratorias, proteger a las especies autóctonas y a las migratorias; protección completada con la DRM³⁴¹.

2) 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 o estacional. Pedraza³⁴² critica que se trate aquí de especies de «flora y fauna... protegidas...»³⁴³. 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.

3) 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 estas sean autóctonas. Así lo delimita y prohíbe expresamente la LRM (Cf., art. 2.4). La DRM no hace referencia a esta exclusión. La incorporación de esta excepción, al parecer, proviene de la facultad concedida por la DRM a cada Estado miembro, para que, en caso de así creerlo conveniente, se incorpore cualesquiera «hábitats o especies» no enumerados en los anexos

³³⁹ 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» (*vid.*, art. 1.k).

³⁴⁰ Para profundizar 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>.

³⁴¹ *Vid.*, GARCÍA AMEZ, 2002: 120-123.

³⁴² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 86. Comparte el mismo comentario, ESTEVE PARDO, 2008: 31.

³⁴³ 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, 2014: 886-888.

(los no consagrados en la lista de aquellas dos directivas que remite la DRM, *cf.*, art. 2.3.c ³⁴⁴) 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 «especie» o «hábitat». Tampoco se considerarán 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 establecen 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 ³⁴⁵, 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 (*Cf.*, art. 2.1 LRM).

Concepto de *hábitat*. De conformidad con DRM (*Cf.*, art. 2.3.b), son «hábitats» los siguientes:

- 1) 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.
- 2) 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.
- 3) Cualquier otro determinado por un Estado miembro.

Nuevamente, nos enfrentamos a un claro ejemplo de remisión en el que incurre la DRM 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 (*Cf.*, art. 2.5), «hábitats» se considera a:

- 1) Las zonas terrestres o acuáticas, diferenciadas por sus características geográficas, abióticas y bióticas, mencionadas en el artículo 2.3.b de la DRM. Aquí, otra vez la LRM nos remite a la DRM y esta a su vez a la Directiva 79/409/CEE (hábitats de especies) y a la Directiva 92/43/CEE (hábitats naturales).
- 2) 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.

³⁴⁴ *Cf.*, art. 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».

³⁴⁵ Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (*BOE* núm. 299, de 14/12/2007).

Aquí se presenta un problema similar al de las especies silvestres, por la dualidad de perspectivas: solo 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 solo los daños que estos enclaves sufran generarán responsabilidad ambiental de conformidad con dicha ley ³⁴⁶.

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 solo 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 ³⁴⁷.

³⁴⁶ ESTEVE PARDO, 2008: 32.

³⁴⁷ Vid., 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 y la cigüeña negra, existiendo, según se dispone en la DIA, alternativas que, aun suponiendo un trayecto más largo de unos treinta 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

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 González³⁴⁸ 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 DRM 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 elabora una remisión a otras directivas como lo hace la LRM (Cf., art. 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 esta. En principio, la DRM es accesoria o dependiente con los avances del Derecho público. Arguye, que una correcta transposición de la DRM 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,

prescrita en la normativa, esto es, mediante una ley o mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano equivalente en la comunidad autónoma. 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 artículo 45, números 4, 5, 6, 7, 8 y 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».

³⁴⁸ Vid., RUDA GONZÁLEZ, 2008: 126-128.

pues es quien –en última instancia– deberá conocer y aplicar adecuadamente el contenido de todas ellas. Por esta razón, a juicio de Pedraza³⁴⁹, 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 Pardo³⁵⁰, 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 (Cf., art. 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.

II) DAÑOS A LAS AGUAS

Previo el análisis simultáneo que haremos de la DRM 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, químicamente, está formada como todos sabemos, por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno (H₂O). Desde el punto de vista jurídico, consideramos las dos definiciones que el ordenamiento jurídico nos propone:

1) A efectos de la DRM, *aguas* son «Todas las aguas consideradas en la Directiva 2000/60/CE» (Cf., art. 2.5).

2) 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 Aguas³⁵¹, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico» (Cf., art. 2.7).

³⁴⁹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 80.

³⁵⁰ ESTEVE PARDO, 2008: 28.

³⁵¹ 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».

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 solo la LRM –que transpone la DRM–, 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» (*Cf.*, art. 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 normativa de aguas, efectivamente estamos ante un «daño a las aguas».

En el año 2014, se promulgó la Ley 11/2014, de 3 de julio³⁵², 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 [...]» (*Cf.*, art. único, uno, b).1 Ley 11/2014).

³⁵² *Vid.*, 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 DRM (DOUE núm. 178, de 28 de junio de 2013). 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».

Para la aplicación debida de esta norma, esta ley y, asimismo la DRM y la LRM (en la propia definición de «daños a las aguas», *cf.*, art 2.1.b), nos remiten a la legislación de aguas («A tales efectos, se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas»), en particular a la Directiva 2000/60/CE³⁵³, que consolida un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas y cuyo objetivo primordial se centra en³⁵⁴:

- «1) La protección de todas las formas de agua (superficiales, subterráneas, continentales y de transición).
- 2) La regeneración de los ecosistemas de dentro de estas masas de agua y su alrededor.
- 3) La reducción de la contaminación en las masas de agua.
- 4) 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:

- 1) 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.
- 2) 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.
 - b) Consignación y explicación específica de los motivos de las modificaciones o alteraciones en el plan hidrológico de cuenca (exigido en cumplimiento con el art. 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.

³⁵³ 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.º L 327 de 22/12/2000.

³⁵⁴ *Ibid.*, artículo 2.1.b.

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 (*Cf.*, art. 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»³⁵⁵.

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»³⁵⁶, en la medida en que

³⁵⁵ El RD 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» (art. 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 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».

³⁵⁶ 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» (art. 9), entendiéndolo de la siguiente manera: «1. [...] aquel en el que este 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

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» (Cf., 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.

III) DAÑOS A LAS RIBERAS DEL MAR Y DE LAS RÍAS

Regulación única y exclusiva de la LRM (Cf., art. 2.8). Es consecuencia directa y producto de la facultad que brinda la DRM (Cf., considerando 29 y art. 16)³⁵⁷. La DRM 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 garantizar una mayor protección ambiental

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. 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».

³⁵⁷ 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».

(Cf., art. 3.2) ³⁵⁸. 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» ³⁵⁹, describiéndolos como: «cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquellos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquella».

Se trata no solo 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 ³⁶⁰, que busca regular la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y en especial de la ribera del mar (Cf., art. 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 art. 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 estas zonas las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan 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» (Cf., art. 3.1).

³⁵⁸ 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».

³⁵⁹ Vid., LRM, artículo 2.1.c.

³⁶⁰ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988).

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 (Cf., art. 6)³⁶¹.

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 DRM dispone. *A contrario sensu*, los daños a la fauna costera, por ejemplo, estarían excluidos del artículo 2.1. c) de la LRM, es decir, no se configurarían como «daños a la ribera del mar y de las rías»³⁶².

IV) 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 DRM. Esta vez, a diferencia de los otros recursos naturales previamente descritos y estudiados, no se basa en una remisión a otra normativa sectorial³⁶³. 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:

³⁶¹ Vid., 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 esta 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».

³⁶² ESTEVE PARDO, 2008: 35.

³⁶³ Tal como en el caso de las especies silvestres y hábitat, las aguas, la ribera del mar y de las rías.

«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» (Cf., art. 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 RD 1/2001 (Cf., art. 2)³⁶⁴, estarán protegidos por la LRM como «daños a las aguas»³⁶⁵.

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 DRM y la LRM brindan en sus arts. 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 solo por la LRM, ya que la DRM hace caso omiso a que también se pudiesen causar efectos adversos al «ambiente»)³⁶⁶, 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 DRM (Cf., art. 2.1.c) y la LRM (Cf., art. 2.1.d)³⁶⁷ disponen.

³⁶⁴ RDL 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). «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 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» (art. 2).

³⁶⁵ GUERRERO ZAPLANA, 2010: 60.

³⁶⁶ Cf., LRM, art. 2.2.d.

³⁶⁷ Los términos utilizados por la normativa de responsabilidad ambiental (DRM y LRM) para definir los daños son prácticamente los mismos.

En esta definición brindada por la DRM (*Cf.*, art. 2.1.c) y la LRM (*Cf.*, art. 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 daño³⁶⁸ de que se trate³⁶⁹. 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 (*Cf.*, anexo II.2 de la DRM 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 básico³⁷⁰.

En cuanto al carácter «significativo» que este tipo de daños debe cumplir, exigencia prevista tanto en la DRM como en la LRM, está en eufonía con el «riesgo» (que no lo define la DRM), 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» (*Cf.*, art. 2.3 LRM). Por una parte, este aspecto, como ya lo habíamos anotado en líneas previas, está ya subsanado por la LRM en comparación con la DRM, al establecer que no solo 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 RDSC³⁷¹, el cual establece los niveles genéricos de referencia y la concentración máxima de sustancias tóxicas permitidas en el suelo³⁷². Claro está que la normativa autonómica también puede fijar otros

³⁶⁸ Para PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 90, se refiere a cualquier clase de daño.

³⁶⁹ GUERRERO ZAPLANA, 2010: 60. En igual sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 90.

³⁷⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 91; RUDA GONZÁLEZ, 2009: 37.

³⁷¹ RD 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 martes 18 enero 2005).

³⁷² 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» (*Cf.*, art. 2.g). A continuación, el RDSC, con la finalidad de colaborar en la valoración del daño y la financiación del NGR, con la definición Riesgo (diferente a la contemplada por la LRM, art. 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

niveles de referencia que permitan la presencia de un cierto número de sustancias tóxicas en el suelo.

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 originario³⁷³.

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 ambiental³⁷⁴.

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 DRM, 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» (Cf., art. 2.1.d LRM). Sin embargo, a pesar de dicha acertada introducción, la (Cf., 2.1.c) ha sido criticada por la doctrina,

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 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» (Cf., art. 2.i).

³⁷³ ESTEVE PARDO, 2008: 29.

³⁷⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1764.

en el sentido de que únicamente le importa la repercusión de la alteración ambiental sobre las personas, hasta el punto de que cuando define los «daños al suelo», solo toma en consideración si estos producen un riesgo para la salud humana, olvidándose por completo del riesgo que estos 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» (Cf., art. 2.1.c DRM; art. 2.1.d LRM). Que altere la salud (única exigencia de la DRM). 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 imputara, 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 González³⁷⁵ 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 DRM 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 analógicamente 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 solo considera como tales, si estos producen un riesgo para la salud humana, (Cf., art. 2.1.c DRM), dejando de lado el riesgo que puede acarrear para otras especies o recursos naturales (Cf., art. 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.

³⁷⁵ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 103.

Pedraza³⁷⁶ considera que si los daños produjeran efectos adversos en la salud humana, no quedarían estos 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. En cambio, Ruda González³⁷⁷ 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 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 DRM 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» (Cf., art. 3.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

³⁷⁶ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 91-92.

³⁷⁷ RUDA GONZÁLEZ, 2006: 742-743.

virtud del sistema de responsabilidad instaurado por la normativa señalada (saneamiento). Betancor³⁷⁸ 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 aquel que ha sido dañado, pero no declarado oficialmente como contaminado»³⁷⁹.

El suelo como tal carece de carácter autónomo y, de conformidad con la DRM, 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 solo en caso de daños a este recurso natural. Esto parecería significar que la contaminación del suelo *per se* 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)³⁸⁰.

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 DRM y la LRM (*Cf.*, anexo II.1 y II.2 de ambas normas):

- 1) Para el caso de los hábitats, el anexo II.1 requiere la restitución «a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias [...]».

³⁷⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1765.

³⁷⁹ *Vid.*, GARCÍA AMEZ, 2002: 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 este 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 medidas de evitación necesarias para evitar nuevos daños o repararlos si estos ya han surgido.

³⁸⁰ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 150.

2) 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 microorganismos³⁸¹ nocivos de que se trate», lo que probablemente conllevará a que se empleen sistemas diferentes y, en consecuencia, no se sepa claramente cuáles deberán ser las medidas aplicables en dicho caso.

En relación con el segundo caso, Esteve Pardo³⁸² 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 (*Cf.*, art. 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 (*Cf.*, disposición adicional segunda de la LRM). En armonía con esta disposición, el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero³⁸³ 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 Perales³⁸⁴ 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 inaceptable», mientras que la LRM trata de un «riesgo significativo», aunque considera que esta diferencia debe considerarse

³⁸¹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 92; RUDA GONZÁLEZ, 2009: 38.

³⁸² ESTEVE PARDO, 2008: 29 y 36.

³⁸³ RD 9/2005, de 14 de enero (*BOE*, núm. 15 de 18 de enero de 2005).

³⁸⁴ DE MIGUEL PERALES, «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aun por resolver», p. 12.

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, Pedraza³⁸⁵ 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 Martín³⁸⁶ 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 LRM 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 Reglamento de Desarrollo Parcial de la LRM o RLRLM, esta última carencia se ve saldada (Cf., art. 5), estableciendo que la normativa a aplicarse será motivadamente decidida por la autoridad competente, buscando siempre la reparación más adecuada al daño producido³⁸⁷.

L. 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

³⁸⁵ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 93. En igual sentido, GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, María de los Ángeles, 2007: «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación», en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO (coord.), Dykinson S. L., Madrid, p. 314, acceso el 20 de marzo de 2017, <http://vlex.com/vid/contaminacion-suelos-problemas-relacion-41279117>.

³⁸⁶ VALENCIA MARTÍN, «La responsabilidad medioambiental», p. 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.

³⁸⁷ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 93.

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 este se producirá en un momento posterior de cuando verdaderamente se ocasionó³⁸⁸. A pesar de que todos estos tipos de manifestación de un daño ecológico puro, este, 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 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)³⁸⁹.

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.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 Betancor³⁹⁰, contaminar es «la acción de producir algo en los recursos naturales que tiene respecto de estos un

³⁸⁸ VALENCIA MARTÍN, 2010: 8-9. En igual sentido, DE MIGUEL PERALES, 2002: *Derecho Español del Medio Ambiente*, segunda edición, Civitas Ediciones, Madrid, p. 334; GARCÍA AMEZ, 2002: 100.

³⁸⁹ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 113.

³⁹⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1758.

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.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 este».

Para delimitar el alcance de un «daño ambiental por contaminación», nos hemos de focalizar en el concepto de «daños», definido únicamente, en la DRM 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 provoca el deterioro y perjudica, por ende, el disfrute u otras utilidades 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 solo 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»³⁹¹. 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 características³⁹².

³⁹¹ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 119.

³⁹² ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 417-418.

El sistema comunitario y español de responsabilidad ambiental aluden a la contaminación, exclusivamente, al definir los «daños al suelo». La DRM entiende que estos suponen «cualquier contaminación», por la introducción – directa o indirecta– de sustancias, preparados, organismos o microorganismos (sería la «emisión» (*Cf.*, art. 2.1.c). Lo mismo sucede cuando define de manera singularizada a la «emisión», resultando ser redundante entonces el (*Cf.*, art. 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 (*Cf.*, art. 2.1.d), a pesar de que también alude a las sustancias de la manera como lo hace la directiva y se repite en la definición que hace de la «emisión», es decir, el problema tautológico explicado no se ha resuelto completamente, vuelve a estar latente (*Cf.*, art. 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 DRM y por la LRM. En la clasificación de los recursos naturales, dentro del objeto de protección

«[...] no se incluye per se a la atmósfera [...]. La justificación de esta exclusión reside en que la contaminación atmosférica³⁹³ es un daño difuso, difícil de imputar a un solo 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»³⁹⁴.

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

³⁹³ 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.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».

³⁹⁴ LOZANO CUTANDA, 2008: 284. Correlativamente con lo expuesto, *cf.*, BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1761-1762. El profesor se pregunta: «¿Cómo reparar la atmósfera para que recupere su estado básico?». Con semejante 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».

sidocausadosporelementostransportadosporelaire»(Cf.,considerando4DRM; art. 2.2 LRM). El aire es un elemento relevante solo en cuanto transmisor de contaminación (el ejemplo prototipo, es el caso de la lluvia ácida)³⁹⁵.

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 (Cf., art. 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 solo 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 climático³⁹⁶.

En lo concerniente al daño por contaminación con carácter difuso, haremos notar algo especial. Está reconocido, de entrada, tanto por la DRM (Cf., considerando 13) como por la LRM (Cf., considerando II) y, en su contenido normativo, en la primera como una excepcionalidad (Cf., art. 4.5); mientras tanto, en la segunda, como parte de su ámbito de aplicación (Cf., art. 3.3 LRM), siempre que «sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos»³⁹⁷. 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 DRM, cf., 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 regulados por la normativa referida, debe cumplir con algunas exigencias para activar el sistema de responsabilidad ambiental, a saber:

³⁹⁵ LOZANO CUTANDA, 2008: 284.

³⁹⁶ GARCÍA AMEZ, 2002: 114.

³⁹⁷ DRM, 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 solo 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».

- 1) El daño debe ser concreto y cuantificable.
- 2) El daño debe haber sido causado por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el anexo III de ambos cuerpos normativos.
- 3) Se debe poder identificar a uno o más contaminantes.
- 4) 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 DRM, 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 (Cf., considerando 13).

1. Comparación con el sistema legal de los Estados Unidos

La DRM y la LRM utilizan el término contaminación, para referirse a lo que en el sistema angloamericano se llama *pollution* y a la emisión (Cf., art. 2.12 LRM y 2.8 DRM), 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 ³⁹⁸:

«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

³⁹⁸ Por la importancia de la norma los traducimos al castellano. 42 USC § 9601.33. *Pollutant or 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)».

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: «(2) Pollution liability. The term "pollution liability" means liability for injuries arising from the release of hazardous substances or pollutants or contaminants»³⁹⁹.

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 o la emisión viene a ser definida por 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) [...]».⁴⁰⁰

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 federal y otras emisiones permitidas a nivel federal (42 USC § 960 (22) (A)-(D))⁴⁰¹.

³⁹⁹ *Ibid.*, § 9601.2. En consideración a la trascendencia de la norma también la traducimos: «Responsabilidad por contaminación. El término "responsabilidad por contaminación" significa responsabilidad por lesiones derivadas de la liberación de sustancias peligrosas o contaminantes». La traducción pertenece a la autora de este trabajo.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, § 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) [...]».

⁴⁰¹ FERREY, 2010: 376.

Hazardous substances. Esta definición es muy amplia. CERCLA remite simplemente 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 como⁴⁰²:

«(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 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)» (42 USC § 9601.14).

No vamos a involucrarnos en un análisis meticuloso sobre todos los tipos de sustancias que la definición de *hazardous substances* 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 el sistema instituido por CERCLA. Nos parece que esta norma se interconecta con la DRM 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 (Cf., art. 2.1.d LRM y art. 2.1.c DRM), 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 con 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

⁴⁰² *Ibid.*, 376.

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 ⁴⁰³ es la que regula los *hazardous wastes* ⁴⁰⁴. Esta *Act* también incluye *defenses* como las demás y las respectivas sanciones penales ⁴⁰⁵ 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 este

⁴⁰³ 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: (i) *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 USC § 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; (ii) *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 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.*, 2016: 1210.

⁴⁰⁴ 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, intermedia 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.

⁴⁰⁵ La RCRA contiene dos disposiciones penales separadas: (i) una que impone responsabilidad a las personas que con intención violaron la RCRA (*knowingly violate*); (ii) otra que impone sanciones penales porque la persona conocía que se está poniendo en peligro (*“knowing endangerment”*). *Vid.*, *ibid.*, 1212-1213.

emanarían las *exceptions* que, para mejor comprensión del lector, las detallamos de la siguiente manera:

3) No se enmarcan en 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 petróleo⁴⁰⁶.

4) 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).

5) 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 PCB, 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.⁴⁰⁷

6) CERCLA está dirigida para cubrir situaciones específicas. De la propia definición del término *hazardous substance* se denota que la expansión de la contaminación resultante de actividades tales como la refinación de petróleo, derrames de gasolineras y fugas de tuberías de gas natural no están cubiertas por CERCLA⁴⁰⁸.

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 diésel). 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

⁴⁰⁶ Cf., 42 USC § 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)».

⁴⁰⁷ FERREY, 2010: 388.

⁴⁰⁸ KLASS, 2012: 683-686.

notificar a la EPA (CERCLA (42 USC § 9603) las *oil releases*, pero solo 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 esta 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 riesgo⁴⁰⁹.

Existen 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 descargas, la CWA⁴¹⁰ 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, solo 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 estos 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 CERCLA, 104 § 111 de. Por lo tanto, parece que según el § 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 responsables⁴¹¹ por su aplicación⁴¹².

⁴⁰⁹ FERREY, 2010: 387-389.

⁴¹⁰ Las *releases* de *pollutants* y *contaminants* de conformidad con un permiso del NPDES bajo la CWA están reconocidas como *federally permitted releases*. Vid., *ibid.*, 384 y 390 (ejemplo núm. 5 y explicación 5a).

⁴¹¹ *Ibid.*, 376-377.

⁴¹² 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

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 (Cf., 42 USC § 9601 (37) y 9614 (c)(1))⁴¹³. Sin embargo, sobre este tema se han cuestionado dos asuntos⁴¹⁴:

1) ¿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.

2) ¿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 vigor 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 que los Estados y las *tribes*, puedan recuperar los *costs of responding* ante la presencia de una *release of a hazardous substance*⁴¹⁵ (42 USC § 9607.A).

Facility [42 USC § 9601(9)]. Tal como CERCLA define, una *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.

pesticidas registrados. Sin embargo, el *Common Law* y los *state statutory remedies* están expresamente preservados (Cf., CERCLA section 107.i). En la medida en que existan los *state or common law remedies*, estos 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.*, *ibid.*, 377.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*, 384 y 389-390 (Ejemplo núm. 4 y explicación núm. 4).

⁴¹⁵ PENDERGRASS, 2007: 5-6.

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»⁴¹⁶.

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 esta 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*⁴¹⁷.

James Florio⁴¹⁸ 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 *hazardouss substances* llegan a ser localizadas⁴¹⁹. Por ejemplo, el término incluye las zanjas de la orilla del camino donde el petróleo contaminado se propagó⁴²⁰. 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 ambiente⁴²¹.

⁴¹⁶ 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 u obras de tratamiento de propiedad pública), pozo, 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».

⁴¹⁷ FERREY, 2010: 389.

⁴¹⁸ JAMES FLORIO, citado por FERREY, 2010: 375.

⁴¹⁹ *Vid.*, *United States v. Conservation Chemical Co.*, 619 F. Supp. 162, 185 (W.D. Mo. 1985).

⁴²⁰ *Vid.*, *United States v. Ward*, 618 F. Supp. 884, 895 (E.D.N.C. 1985).

⁴²¹ *Vid.*, *United States v. Bell Petroleum Services, Inc.*, 31 ERC 1365, 1366 (W.D. Tex. 1989).

2. 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 saber⁴²²:

1) 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 quién 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*.

2) 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 se*. 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*.

3) 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.

4) 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*⁴²³.

5) 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 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*.

⁴²² FERREY, 2010: 367-371.

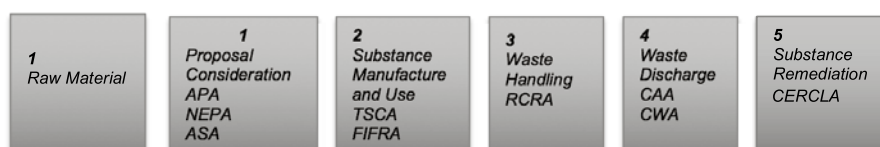
⁴²³ En 1999, CERCLA fue enmendada por el *Superfund Recycling Equity Act* (107.a.3.4) para exceptuar a ciertos «arrangers» (arreglistas u organizadores) y transportistas de material reciclable de la responsabilidad que CERCLA establece. *Recyclable Materials* incluyen *scrap paper, plastic, glass, textiles, 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, 2010: 370.

6) El RCRA contiene disposiciones aisladas (como su art. 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.

7) 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.

Ilustración 8. 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 sustancia⁴²⁴:



3. Distinciones entre CERCLA y otros Statutes

CERCLA se diferencia de otros *statutes* como: la CAA, la CWA y el RCRA debido a que estos últimos regulan personas, a los *facility operators* o

⁴²⁴ *Ibid.*, 369.

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 liberadas 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 ambientales⁴²⁵:

1) 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, independientemente del medio en el cual sea encontrada, en una instalación determinada.

2) 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.

3) 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).

4) 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).

⁴²⁵ *Ibid.*, 371-372.

M. FORMALIDADES DEL *DAÑO AMBIENTAL* INSTITUIDO EN LA DRM 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 este 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 DRM 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 estos presentan. Aun 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 DRM 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 servicios⁴²⁶ que este preste, 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 DRM y la LRM han incluido algunas exigencias, también con carácter *sine qua non*. Así, para que exista un *daño ambiental* susceptible de ser además reparado –según la DRM y la LRM– aquel deberá cumplir con las siguientes características:

⁴²⁶ Cf., DRM, artículo 2 «Definiciones», número 13 y LRM, artículo 2 «Definiciones», número 18.

Los requisitos que deben acompañar a ese «cambio» o «perjuicio»⁴²⁷ son imprescindibles, así lo exigen tanto la DRM 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 DRM y la LRM (especies silvestres y hábitats; agua; suelo y ribera del mar y las rías – caso exclusivo de la LRM–) contemplan (art. 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.

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 presencia⁴²⁸. Podría tratarse, sin duda, de un menoscabo, un perjuicio o un daño sin más, que incluso lo llevaría a enmarcarse en el 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 DRM 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:

- 1) En cuanto las especies silvestres y hábitats, deben producirse efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de estos (art. 2.1.a DRM y LRM).
- 2) En relación con las aguas, debe generarse un efecto adverso significativo sobre el llamado estado ecológico o el potencial ecológico (art. 2.1.b DRM 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,

⁴²⁷ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 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 compensatio lucri cum damno*, y se tenga presente no solo los aspectos desfavorables de la alteración ambiental, sino también los positivos».

⁴²⁸ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 70-71.

exigiendo que se produzcan 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 (art. 2.1.c LRM).

3) En cuanto al suelo, solo si proviene de una contaminación que suponga un riesgo significativo de efectos adversos para la salud humana (art. 2.1.c DRM). La LRM corrigió esta deficiencia e incorporó que dicha contaminación ha de suponer un riesgo también para el ambiente (art. 2.1.d).

Los supuestos de «daños a las aguas» o a las «especies silvestres y hábitats protegidos» (biodiversidad) reflejan la óptica 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, estos importan *per se*, nada se dice si este 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 (DRM y LRM), o del ambiente (tal como lo ha incorporado únicamente la LRM). Aun 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.

1) EL «CAMBIO DEBE SER ADVERSO»

La adversabilidad del cambio producido a los recursos naturales o del perjuicio provocado a los servicios o funciones que estos desempeñan en todas sus variantes (art. 2.12 Directiva y art. 2.17 LRM –excluyendo a la atmósfera–), tiene que ver con la estructura del elemento ambiental o con su funcionalidad. Explícitamente, la DRM 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, la 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 solo 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 (art. 2.1 DRM 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 considerado⁴²⁹. 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» (art. 2.1.a DRM 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 DRM y la LRM no determinan 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 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 (art. 2.12 DRM y art. 2.17 LRM). No se sabe si estos 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

⁴²⁹ CLOVIS SIAKA, 2014: 625-626.

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 DRM y de la LRM es, ciertamente, ecocéntrico.⁴³⁰

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 DRM como en la LRM no delimitan su alcance ni definen lo que debe entenderse por esta característica, siendo además obligatoria.

Ruda González⁴³¹ 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. 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 dañoso⁴³². 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 difícil⁴³³, en la que de adoptarse un consenso social o un enfoque antropocéntrico podría ser insuficiente, aunque el enfoque puramente ecocéntrico es una entelequia.

⁴³⁰ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 97.

⁴³¹ *Ibid.*, 99.

⁴³² 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».

⁴³³ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 97.

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–⁴³⁴, 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–⁴³⁵ ya lo consagró (art. 4. I) y, en la actualidad, constituye también el centro del visor tanto de la DRM (art. 2.13) como de la LRMA (art. 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.

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 DRM, se ha solicitado expresamente que se revise sin demora la DRM y se reexamine la definición de *daño medioambiental*, sobre todo «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»⁴³⁶.

II) 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» (arts. 2.2 y 2.13 DRM y arts. 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

⁴³⁴ 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 valora al ambiente en sí mismo de manera directa, sino por intermedio de las personas.

⁴³⁵ *Vid.*, Ley 43/2003 de 21 de noviembre, de Montes (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).

⁴³⁶ *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)]. *Vid.*, el texto aprobado 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>.

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 valorado⁴³⁷. 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 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 precisar⁴³⁸, sobre todo, cuando se trate, por ejemplo, de especies y hábitats únicos⁴³⁹. 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 DRM como de la LRM, al tener en cuenta solo el impacto sobre las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que el ambiente genera⁴⁴⁰. 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 art. 2.1.a.1 nos remite a ello).

III) EL CAMBIO DEBE SER «SIGNIFICATIVO»

La DRM 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 este produzca «efectos adversos

⁴³⁷ Tal como lo define la RAE.

⁴³⁸ Sobre la dificultad que conlleva la cuantificación del daño y los obstáculos que han de superarse, *vid.*, GARCÍA AMEZ, 2002: 110-113.

⁴³⁹ CLOVIS SIAKA, 2014: 626.

⁴⁴⁰ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 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.

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 diferencia exclusiva, respecto del recurso natural suelo⁴⁴¹. 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 DRM 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 DRM y la LRM introducen, en los supuestos que consagran (Cf., art. 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 (Cf., art. 2.1 DRM y LRM) y, dentro de ella, de manera más específica, al definir los *daños ambientales* a las «especies silvestres» y a los «hábitats» (literal), a las «aguas» (literal b), a la «ribera del mar y a las rías» (literal c). Sin embargo, en la definición general de «daños» (Cf., art. 2.2 *ibid.*) 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» (art. 2.1, inciso d), plasma su exigencia en la norma jurídica de distinta manera. La DRM 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

⁴⁴¹ Ver DRM, artículo 2. *Definiciones*, apartado 1.c. Ver LRM, artículo 2 *Definiciones*, apartado 1.c. Se exige que para que exista un daño ambiental como tal en el suelo, este deberá suponer «...un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana...».

figura jurídica. El «riesgo» aunque únicamente está definido lo que hemos de entender por este en la LRM.⁴⁴² 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,⁴⁴³ pues la norma [art. 2.2.d) DRM y LRM] solo alude a un posible «riesgo».

Un aspecto preponderante que se debe resaltar en atención a este supuesto jurídico es que mientras la DRM 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» [art. 2.1.d)]; mientras tanto, la LRM amplía su protección y prepondera que 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 [...]» [art. 2.1.d)], tal como lo dispone la DRM. 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 los doctrinarios, podría estar inmersa en una decisión puramente subjetiva o incluso arbitraria. En el ámbito civil, la mayoría de los códigos *civiles* –incluido el español–, solo 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 (*Cf.*, art. 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 arbitrariamente⁴⁴⁴.

Clovis⁴⁴⁵ manifiesta que, en la exigencia del carácter *significativo* del cambio, subyace el criterio de valoración del daño, lo cual implica que solo

⁴⁴² LRM, art. 2.3 *riesgo*: «Función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que puede provocar».

⁴⁴³ CLOVIS SIAKA, «La singularidad de los daños medioambientales», 628.

⁴⁴⁴ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 100. En idéntico sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 75.

⁴⁴⁵ CLOVIS SIAKA, 2014: 628-629.

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 DRM–, 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 por lo que, a juicio del autor, no solo 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:

1) El que asiste a la determinación del carácter significativo. La enumeración de los criterios de apreciación del carácter significativo del anexo I 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 casuísticamente⁴⁴⁶.

2) 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 González⁴⁴⁷ 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 este presta, pues este 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 Pedraza⁴⁴⁸, esta necesidad tal vez se

⁴⁴⁶ 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 SIKA, 2014: 628.

⁴⁴⁷ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 100-102; PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 75.

⁴⁴⁸ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 75.

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 este 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 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 tolerabilidad⁴⁴⁹.

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.⁴⁵⁰ 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 DRM y de la LRM, las cuales están más pensadas para la protección del interés difuso ambiental⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 101.

⁴⁵⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 71-72.

⁴⁵¹ CLOVIS SIAKA, 2014: 628-629. En igual sentido, RUDA GONZÁLEZ, 2008: 6.

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 DRM y de la LRM, cuando el daño sea de suficiente envergadura. Sin embargo, la determinación de si se cumple o no con este requisito 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 III⁴⁵² y que la víctima podría desconocer, a pesar de que sean socialmente deseables⁴⁵³. 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. Aun 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 DRM 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.

N. DELIMITACIÓN DE LA SIGNIFICATIVIDAD DEL DAÑO AMBIENTAL Y DE LAS MEDIDAS DE MENSURABILIDAD EN LA DRM Y EN LA LRM

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 ambiental⁴⁵⁴. Los EE. UU. fueron los primeros en establecer un

⁴⁵² Véase DRM, 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».

⁴⁵³ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 100-104.

⁴⁵⁴ 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 miembros de la Unión Europea, a través de una directiva de responsabilidad ambiental; la DRM. Cf., LOZANO CUTANDA, 2008: 285; ARMONÍA BORREGO y PERE RIERA, 2009:

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 *Natural Resource Damage Assessment* o NRDA (evaluación del daño a los recursos naturales), pero ¿qué es en verdad 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 solo 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:

- 1) *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.
- 2) 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*.
- 3) El *reasonable cost of damage assessment* (costo razonable de la evaluación de los daños).

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 solo 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 periodo 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 solo 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 esta 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), mas no su valor de mercado, fue el criterio principal que primó en la promulgación de la OPA, para evaluar los NRD⁴⁵⁵. 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»⁴⁵⁶ (§ 1006.d).

⁴⁵⁵ *Oil pollution deskbook*, The environmental Law Reporter (Washington D.C.: Environmental Law Institue, 1991), 9.

⁴⁵⁶ 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».

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 ente⁴⁵⁷. Las responsabilidades de los *trustees* de los recursos naturales las administra el DOI [(United States Department of the Interior) o 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 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*⁴⁵⁸.

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)⁴⁵⁹. 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)⁴⁶⁰, que, si es seguida por el *trustee* al realizar las evaluaciones de los daños, creará una presunción *iuris tantum* a favor de dichas evaluaciones⁴⁶¹.

Nuevamente enfocándonos en la OPA, esta establece como obligaciones de los *trustees* (§ 1006) la evaluación de los daños, la elaboración e implementación de planes para la restauración, rehabilitación, reemplazo o

⁴⁵⁷ FERREY, 2010: 448-449.

⁴⁵⁸ *Oil pollution deskbook*, p. 9.

⁴⁵⁹ La OPA, exige, además, la designación y la notificación por parte del gobierno federal de los *trustees* que han sido autorizados para los Estados, las tribus indias y los gobiernos extranjeros.

⁴⁶⁰ Las *citizen suits* están reconocidas por la mayoría de los 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.

⁴⁶¹ *Oil pollution deskbook*, p. 9-10.

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 PRP 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 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 equivalentes⁴⁶² debe ser elegida solo cuando a juicio del *trustee*, la otra alternativa resultase extremadamente desproporcionada con respecto al valor de los recursos involucrados⁴⁶³.

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*)⁴⁶⁴. 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 naturales⁴⁶⁵.

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 efectos *cross-media* ambientales no es realmente factible en la práctica, adoptando una

⁴⁶² 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.

⁴⁶³ *Vid., ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.*, 9.

⁴⁶⁵ ADAIRE JONES *et al.*, 2015: 11035.

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 ven⁴⁶⁶, 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 armonía con los regímenes internacionales.

No obstante, la DRM (Cf., anexo I) y la LRM (Cf., 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 (Cf., art. 2.1.a de ambos cuerpos legales), a los cuales nos remitiremos y los analizaremos a continuación.

1. Criterios para determinar la mensurabilidad del «daño ambiental» en la DRM 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 DRM 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 siguiente⁴⁶⁷:

- 1) El número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia.
- 2) El papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de estos (a nivel local, regional y comunitario), así como su grado de amenaza.
- 3) La capacidad de propagación de la especie, su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat.
- 4) La capacidad de la especie o del hábitat, después de los daños, de recuperarse en breve plazo.

⁴⁶⁶ KYRIAKI, 2011: 103-104.

⁴⁶⁷ Ver anexo I tanto de la DRM como de la LRM «Criterios a que se refiere la letra a) del punto 1 del artículo 2».

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 este presta. Ahora bien, esta va aparejada también al cuestionamiento sobre el carácter imperativo u obligatorio en cuanto a su cumplimiento, debido a que la DRM 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 Siaka⁴⁶⁸ 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 solo 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 incurrirá, 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 reunidos todos los criterios de definición del daño en general, y del daño medioambiental en especial».

Todos los datos/medidas expuestas vienen a configurarse también como posibles incertidumbres en abono a una causa –la determinación de la *significatividad del daño*–. El anexo I de la DRM⁴⁶⁹ y de la LRM⁴⁷⁰ interviene aquí como un baremo para diferenciar entre los *daños significativos* y los *no significativos*. En él se han 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»⁴⁷¹ del bien dañado en relación con el «estado básico» –aquel en el que se hallaría el recurso natural y los servicios si no se hubiera producido el daño durante el momento en que

⁴⁶⁸ CLOVIS SIAKA, «La singularidad de los daños medioambientales», pp. 626-627.

⁴⁶⁹ Vid., DRM, anexo I «Criterios a que se refiere la letra A) del punto 1 del artículo 2».

⁴⁷⁰ Vid., LRM, anexo I «Criterios a los que se refiere el artículo 2.1.a)».

⁴⁷¹ Vid., DM; artículo 2, apartado 4 «Estado de Conservación» y LRM, artículo 2, apartado 6 «Estado de Conservación».

el daño se produjo— [Cf., art. 2.1.a) de ambas normas]⁴⁷², 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 solo así, se podrá valorar el cambio «adverso», «mensurable» y «significativo» que provoca el daño ambiental⁴⁷³.

A partir de aquí, la *significatividad* del daño se evaluará según los criterios que el anexo I de la DRM 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.⁴⁷⁴ Si bien este criterio está instaurado para determinar el carácter *significativo* del daño, la variación existente entre los dos estados brindará el dato que deberá ser mensurado⁴⁷⁵.

No obstante, el anexo I al que hacemos alusión, si bien facilita algunos baremos (los cuatro antes enumerados) 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 ellos⁴⁷⁶.

Si nos remitimos, además, a la definición del *estado básico*, que consta tanto de la DRM (art. 2.14) como en la LRM (art. 2.19)⁴⁷⁷, sabemos que lo podemos considerar como el estado de referencia —aquel en el que, de no haberse producido

⁴⁷² «Estado básico», a partir de la mejor información posible. El problema radica en verificar si hay o no información suficiente en la actualidad.

⁴⁷³ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 72-73.

⁴⁷⁴ LOZANO CUTANDA, 2008: 285.

⁴⁷⁵ TEODORO ABBAD y GERMÁN GUTIÉRREZ, 2015: «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*, núm. 48, p. 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 transpone 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».

⁴⁷⁶ CLOVIS SIAKA, 2014: 628.

⁴⁷⁷ DRM, artículo 2.14 «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; LRM, artículo 2.19. «estado básico»: Aquel en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los

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 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 este debe ser considerado a partir de la «mejor información disponible» (Cf., art. 2.14 DRM y art. 2.19 LRM), sea de carácter local, regional, nacional o comunitario de la *especie* o del *hábitat* afectado (art. 2.16 LRM). El punto clave es determinar si, hoy por hoy, existe o no información⁴⁷⁸.

Por fortuna, el Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre Responsabilidad Medioambiental –RLRM–⁴⁷⁹, 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 por lo 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 Pedraza⁴⁸⁰, esta 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 González⁴⁸¹ opina que este criterio no es muy idóneo a la hora de valorar si el daño es significativo, porque se debe verificar si el *hábitat* puede regenerarse

servicios de recursos naturales en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible.

⁴⁷⁸ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 102.

⁴⁷⁹ *Vid.*, 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).

⁴⁸⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 72.

⁴⁸¹ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 102-103.

naturalmente y si la especie o el hábitat pueden recuperarse en breve plazo y ciertamente, no se sabe cómo va a 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. Esta comienza refiriéndose a «los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España» (Cf., considerando II), para luego describir cuáles deberían ser consideradas específicamente como tales (Cf., art. 2.4), remitiéndonos a su vez a las que estén mencionadas en la DRM (Cf., art. 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 por lo que a De Miguel Perales⁴⁸² 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 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

⁴⁸² DE MIGUEL PERALES, *La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver*, p. 7.

alcanza ese nivel –*significativo*– de manera inmediata si se comprueba que el daño ambiental ha causado lesiones no solo 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 DRM 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 DRM 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 este 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 estos, 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 solo acudiendo a criterios mensurables que resultan aplicables solo a las especies y hábitats. 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 RLRM⁴⁸³ también interviene en el campo de la *significatividad* y opera estableciendo un método para llevar a cabo la evaluación del carácter *significativo* del *daño* (art. 1)⁴⁸⁴. En realidad, lo que pretende es determinar la cuantificación del daño. Sin embargo, no está diseñado para determinar si hay

⁴⁸³ RD 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).

⁴⁸⁴ 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».

o no daño, más bien está concebido para la fase no solo 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 ese artículo) para determinar la magnitud del daño, pero no solo 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 art. 17.4 LRM).

Para cumplir con su objetivo primordial, el RLRM ordena al *operador* a realizar determinadas actuaciones (que están reguladas en el art. 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:

- 1) Identificar
- 2) Cuantificar
- 3) Evaluar

1) Identificar al agente causante del daño y de los recursos naturales y servicios afectados. Deberá determinar si corresponde a alguno de los siguientes tipos:

- a) Químico, asociado a la liberación de una sustancia en una concentración superior al umbral de toxicidad de dicha sustancia.
- b) 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.
- c) Biológico, como, por ejemplo, los organismos modificados genéticamente, las especies exóticas invasoras y los microorganismos patógenos (Cf., art. 8).

2) 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 este produce sobre aquéllos. Los operadores para cuantificar el daño deberán identificar, describir y evaluar la extensión, la intensidad y la escala temporal del daño (Cf., art. 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, esta 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 (*Cf.*, art. 13 RLRM).

3) 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 hábitat⁴⁸⁵, aguas⁴⁸⁶, suelo⁴⁸⁷ y las riberas del mar y de las rías⁴⁸⁸) y en el artículo 17 (significatividad del daño por referencia al tipo de agente, por ejemplo si es de tipo químico⁴⁸⁹ o por un organismo modificado genéticamente⁴⁹⁰).

Esta evaluación requerirá, además, del análisis de la variación que haya experimentado, entre otros:

- a) El «estado de conservación» del recurso afectado.
- b) El estado ecológico, químico y cuantitativo del recurso afectado.

⁴⁸⁵ 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 (*Cf.*, art. 16).

⁴⁸⁶ En este caso, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado mediante el RD 907/2007, de 6 de julio, y demás legislación aplicable.

⁴⁸⁷ La evaluación de la significatividad de los daños al suelo se hará de acuerdo con el RD 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.

⁴⁸⁸ 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 hábitats (*Cf.*, art. 16).

⁴⁸⁹ 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 uno 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.*, art. 17).

⁴⁹⁰ En este tipo de daño, la «significatividad» se determinará mediante un análisis, caso por caso, acreditado por un organismo oficialmente reconocido (art. 17).

- c) La integridad física del recurso afectado.
- d) El nivel de calidad del recurso afectado.
- e) 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 (art. 15).

No obstante, la utilidad de la ejecución de las tres operaciones planteadas ha sido criticada en razón de que puede presentar algunas limitaciones. Pedraza⁴⁹¹ cree que esta se ve limitada por las siguientes razones:

- 1) Los daños considerados son parciales y no garantizan una evaluación precisa o aproximada del estado original del recurso dañado.
- 2) 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.
- 3) 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 taxonómico⁴⁹² y, además, son los que reivindican la configuración de un *daño ambiental*, determinando que este ha provocado cambios adversos, 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 DRM como la LRM han precisado también el anexo I (de ambas) esclarece que existen daños que no gozarán del carácter de significativo. En efecto, *—de manera similar, tanto en la Directiva como en la LRM—*, en este 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:

- 1) Las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate⁴⁹³.

⁴⁹¹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 74-75.

⁴⁹² 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».

⁴⁹³ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 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».

2) 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 2000⁴⁹⁴

3) 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 solo con la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

De Miguel Perales⁴⁹⁵ considera que estos supuestos realmente son de importancia mínima, lo que redundaría en una mayor amplitud del concepto del *daño significativo*.

Ñ. EL SUPUESTO IDEOLÓGICO DEL DAÑO ECOLÓGICO PURO. LO ECOCÉNTRICO Y LA PURIDAD DEL DAÑO: ¿ES EL DAÑO AMBIENTAL EN ESENCIA UN DAÑO ECOLÓGICO PURO?

Para socavar en el análisis de la *pureza* del *daño ecológico puro*, nos in crustamos 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, este se ha de enfrentar tanto a la concepción naturalística del daño⁴⁹⁶ 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

⁴⁹⁴ 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: (i) 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. (ii) 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.

⁴⁹⁵ DE MIGUEL PERALES, *La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver*, pp. 10-11.

⁴⁹⁶ 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.

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 dos millones de hectáreas de la Amazonía que se vieron afectadas), pero también en su perspectiva micro, lesionando algunos de sus recursos naturales –flora, fauna, agua y suelo, reconocidos por la DRM 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 estos prestan, requisitos que la normativa comunitaria y la LRM así lo exigen.

Los menoscabos que el daño en la Amazonía ha 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»⁴⁹⁷, 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, quienes, además, han asumido una identidad étnica con base en su cultura, sus instituciones y la propia historia los define como

⁴⁹⁷ Respetamos la literalidad de la Constitución española, al referirse a «medio ambiente».

pueblos autóctonos del país, con una connotación especial en su modo de ver la vida como también en su modo de vivir (los indígenas)⁴⁹⁸.

En principio, de todo lo que hemos estudiado, 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, 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 DRM 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 (Cf., considerando 14 y art. 3.3 DRM y art. 5.1 LRM).

Cada daño que trajo consigo la extracción del petróleo en tierras ecuatorianas (sobre todo en la zona Lago Agrio-Sucumbíos) simboliza de una cara de la moneda, el desarrollo de una actividad comercial e industrializada basada en la extracción de petróleo, que ha traído mucha prosperidad a muchos países a nivel mundial, destacándose el propio Ecuador (con su *boom petrolero* comprendido en

⁴⁹⁸ 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 (Cf., art. 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.

dos periodos, el de 1972-1979 y el de 2007-2014), pero, la otra cara de la moneda, expone los efectos colaterales que esa misma actividad 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 (DRM) 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 *Pachamama* o madre tierra⁴⁹⁹, 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*.

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, sobre todo, 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 DRM 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. Es a nuestros ojos un daño de naturaleza bifronte, tal como Bustamante, entre los pocos por no decir ningún doctrinario dentro de la rama ambiental, también lo defiende⁵⁰⁰:

«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».

⁴⁹⁹ Reconocida así por la Constitución del Ecuador (2008).

⁵⁰⁰ BUSTAMANTE ALSINA, 2004: *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*, Abeledo-Perrot, Argentina.

En cuanto a los daños a particulares, no importaría demasiado la exclusión que la DRM y la LRM han incorporado. Sin duda, la mayoría de los 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 estos últimos pueden perfectamente enmarcarse en el 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 solo esto, es decir, no solo presenta el deterioro grave sufrido por el ambiente en su visión macro y micro, sino las lesiones causadas a bienes jurídicos protegidos como la vida, afección 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 equiparamos Ambiente a Naturaleza, ante la producción de un daño ambiental, este trasciende, inmediatamente, sobre ellos. No se daña de manera indirecta a las 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 *Pachamama* (madre tierra). El omnipotente 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 «mama» 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 *Pachamama*. 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 art. 45 de la Constitución española). En efecto, la *Pachamama* 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, huaoraní, 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 *puridad* 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 por lo 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 DRM 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 solo 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 DRM 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 solo 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, representa 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 permanezcan 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 *Pachamama*, por darle gracias y por retribuirle lo que esta le brinda: Vida Pura, Vida Misma. El estado puro de vida los hace actuar como *dueños*, a pesar de 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).

O. LOS DAÑOS TRADICIONALES EN EL MARCO DE LA DRM 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 que, 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 DRM y la LRM.

La DRM ha dado un giro copernicano al dejar de lado los daños tradicionales al igual que la LRM. Lo que propugnó la DRM 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 transponerla⁵⁰¹, también haya determinado que estará 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 provenido 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 DRM (Cf., considerando 14) como la LRM

⁵⁰¹ LRM, 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 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».

(Cf., preámbulo II y art. 5.1), se denota que ambas han restringido aún más el concepto de daño ambiental, al concebirlo como a aquel 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»⁵⁰². 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 daños⁵⁰³. Sin embargo, del artículo de la DRM 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 regulación autónoma, ya que el fin para el cual fue creada la norma es garantizar la reparación de intereses no de naturaleza privada sino pública⁵⁰⁴.

Con esta disposición legal (Cf., art. 5), a nuestro parecer se crea un efecto *boomerang*.

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. Estos pueden concebirse tanto como bienes de dominio público⁵⁰⁵ y, a la vez, pueden ser considerados como bienes

⁵⁰² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 66.

⁵⁰³ LANSAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA; Agustín & LAZCANO BROTONS, Iñigo, 2007: *Derecho Ambiental (Parte General)*, segunda edición, editorial Lete, Bilbao, pp. 420-421.

⁵⁰⁴ Vid., 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 por lo 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 hiperobjetivización 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».

⁵⁰⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca, 2005: «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*, núm. 12-13, p. 1. La autora hace referencia a los denominados «daños públicos ambientales» o «daños ambientales autónomos», justamente para enfocarse que estos «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

de propiedad o de titularidad privada⁵⁰⁶. 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 dicho⁵⁰⁷. Pero el 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)

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 trabajo, aunque hay que reconocer que la LRM ha dado respuesta, con mayor o menor acierto a todas estas situaciones.

⁵⁰⁶ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín & LAZCANO BROTONS, Iñigo, 2007: *Derecho Ambiental (Parte General)*, segunda edición, editorial Lete, Bilbao, pp. 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».

⁵⁰⁷ ESTEVE PARDO, José, 2014: *Derecho del Medio Ambiente*, tercera edición, editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, pp. 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 un 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 solo con un destacado valor ecológico (*no solo un valor en sí mismo, autónomamente considerado*), sino también un valor por su destacado protagonismo en los procesos ecológicos esenciales y su significación para otros bienes como la pureza del aire, la pureza de las aguas, el refugio de fauna silvestre, etc.

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»⁵⁰⁸. 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 Administración⁵⁰⁹. 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. 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 solo 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.

⁵⁰⁸ LOZANO CUTANDA y ALLI TURRILLAS, 2008: 80-84.

⁵⁰⁹ LOZANO CUTANDA, 2005: 1.

En todo caso, uno y otro supuesto nos entromete 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 este es antijurídico.

P. 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 DRM y la LRM de los daños tradicionales (Cf., considerando 14 y art. 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 cobrarse 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» (Cf., art. 16.2 DRM) o «doble reparación» (Cf., art. 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 algunos⁵¹⁰ 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 estos 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 (Cf., art. 5.2). Esta prohibición está contemplada dentro de la normativa comunitaria, enmarcándola como «doble recuperación de costes» (Cf., considerando 29 DRM), en virtud de la cual se ha dispuesto que puede ser totalmente prohibida por el

⁵¹⁰ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA y LAZCANO BROTONS, 2007: 421.

legislador interno (Cf., art. 16.2 DRM) y es natural que así lo haya hecho el legislador español (Cf., art. 5.2 LRM). Mientras tanto, otros⁵¹¹ 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 entrometa 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 costos (Cf., CERCLA 112.f)⁵¹². 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 económicas⁵¹³.

Q. CONCLUSIONES

En suma, una vez se ha plasmado cómo los diversos sistemas legales dentro de la Comunidad Europea, en particular, el ordenamiento jurídico español, y, en el Derecho comparado, en especial, los EE. UU. han abordado las nociones del daño tradicional y ambiental desde una perspectiva no solo jurídica y conceptual, sino deontológica y axiológica, para luego comprender cómo han erigido la estructura jurídica del instituto de la responsabilidad, que también ha sido materia de análisis, poniendo *en confrontis* ambos campos jurídicos, el civil y el ambiental, para dirimir cuál es el mecanismo más idóneo para lograr la reparación *in natura* de un *daño ecológico puro*, varias son las lecciones aprendidas. En primer lugar, en el ámbito jurídico, el instituto de responsabilidad civil se erige a partir de una de las máximas de Ulpiano: *alterum non laedere* (no hacer daño a nadie). Este principio (recogido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales) es la base

⁵¹¹ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 146.

⁵¹² 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 111(c)(1) or (2), no other claim may be paid out of the Fund for the same costs».

⁵¹³ FERREY, 2010: 449.

para entender la estructura del mecanismo de responsabilidad civil y su cumplimiento es fundamental, porque colabora a garantizar dentro de una sociedad, la confianza en las interacciones humanas y el respeto mutuo, para que todos los seres humanos convivan en armonía. Ante su quebrantamiento, cualquier daño que aquellos sufran en tanto que víctimas, supondrá responsabilidad, cuya consecuencia directa deviene en la obligación de resarcimiento; por lo general, se trata de una indemnización pecuniaria.

En segundo lugar, el daño es el eje de toda estructura de responsabilidad legal. Ante la gran variedad de daños que en la cotidianeidad pudiesen surgir, de manera universal, el término *damnum* evoca la idea de un detrimento, perjuicio, menoscabo. Desde su concepción prístina, el daño supone, entonces, un agente que lo provoca, con su acción u omisión, y alguien que lo padece (la víctima). La lesión ha de recaer sobre un objeto determinado, bienes o derechos.

En el caso Chevron-Textaco, la Corte ecuatoriana tuvo notable influencia de las nociones expuestas para construir su propio concepto de *daño ambiental*, definiéndolo en su fallo como: «Toda pérdida disminución, por detrimento, menoscabo, perjuicio, causado o inferido al medio ambiente o a cualquiera de sus componentes naturales o culturales».

En tercer lugar, dentro del campo doctrinario, se han configurado diferentes categorías de daño. Se habla del (i) *daño material o patrimonial* (recae directa o indirectamente sobre un objeto susceptible de comercio), y (ii) del *daño no patrimonial o daño moral* (alude a los derechos de la personalidad y se caracteriza por su extrapatrimonialidad).

Sin embargo, el daño ambiental presenta un gran desafío en términos de clasificación y reparación, ya que no encaja fácilmente en ninguna de estas categorías. Por esta razón, la doctrina ha instaurado una clasificación jurídica que permite diferenciar entre (i) *daños individuales* y (ii) *daños colectivos*. Los primeros se refieren a aquellas lesiones que han afectado intereses individuales o derechos subjetivos, incluido el patrimonio en algunos casos (*daños tradicionales*), mientras que los segundos afectan al interés del público en general.

Esta clasificación ha impulsado dentro del orden dogmático ambiental, el surgimiento de otros dos tipos de daños: (i) el *daño ambiental personal o personal ambiental* y (ii) el *daño ecológico puro*, efecto reflejo del *daño colectivo*, lo que, en los EE. UU. correspondería a los *personal civil torts* y *environmental damages*. De manera más detallada:

- 1) *Daños ambientales personales o personales ambientales*. Son aquellos que afectan tanto al ambiente como a la esfera de derechos de uno o varios individuos, en términos patrimoniales o personales. Aquí, el ambiente actúa como un medio conductor del daño, pero no es el objeto directo del daño. Estos daños, pueden incluir

problemas de salud, malestar, cambios en la calidad de vida y otros sufrimientos morales o disturbios psíquicos. No obstante, aunque el ambiente es un factor importante cuando se producen estos daños, las personas y sus derechos constituyen su mayor preocupación. El mecanismo jurídico de la tutela del derecho y el de su reparación es la responsabilidad civil, este es su cauce para alcanzar la *restitutio integrum*.

2) *Daños ecológicos puros*. Son aquellos que afectan directamente al ambiente y a los recursos naturales, sin un impacto directo en los derechos personales de los individuos. En otras palabras, el daño ambiental afecta al interés del público, en general, de la colectividad para la utilización y conservación de los fundamentos naturales de la vida. No se proyectan ni se ven reflejados en la esfera individual de las personas. Aquí, el ambiente en sí mismo es el objeto protegido. Por lo tanto, el Derecho privado no es aplicable a este tipo de daños, ya que se trata de un bien común de la colectividad que requiere una regulación especial en el ámbito del derecho público para abordar su reparación.

En cuarto lugar, 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 1908.2 y 4 del CC español (humos excesivos, emanaciones de cloacas, nocivos para las personas o sus propiedades, entre otros). Lo que en verdad protege el sistema civil –y de forma inmediata– es a la persona y/o a sus bienes y solo por efecto reflejo, a los elementos ambientales, siendo la responsabilidad civil el mecanismo efectivo para reparar estos daños, aunque la obligación de asumir la responsabilidad frente a estos daños sigue gozando de un carácter indemnizatorio.

En quinto lugar, el daño ambiental es antitético al daño civil. Es imposible uniformar las características del daño civil y del daño ambiental, son disímiles. El daño civil para configurarse como tal, según lo ha ponderado la mayoría de la doctrina iuscivilista (entre ellos, Díez-Picazo, De Cupis, Larenz), debe cumplir con ciertos requisitos de carácter *sine qua non*: ha de ser cierto, concreto, personal, directo o inmediato, ilícito o antijurídico y/o intolerable, siendo el requisito más notable: la *certeza* (sin incertidumbres).

Mientras tanto, el *daño ambiental* goza de autonomía en su estructura por las características propias que le son atribuibles; y, que lo diferencian del daño civil, siendo la incertidumbre su característica más notable. De hecho, el *daño ambiental*, frente a la *certeza* o la *previsibilidad*, se resiste a menudo al examen científico. Afecta a todos los seres humanos, exista o no certeza. Verdaderamente, lo que prevalece es su carácter difuso. De hecho, puede ocurrir que al momento de presenciarse un *daño ambiental*, este no resulte ser consecuencia de una única acción. Puede ser producto de la concurrencia de varios actos y en distintos espacios de tiempo.

Dentro de la causa del caso Chevron-Texaco, las pruebas irrefutables de la presencia de elementos químicos lesivos para la salud y la vida de los habitantes de la Amazonía (como el cromo hexavalente, el bario, el cadmio, el plomo, etc.) no solo han permitido revelar las infracciones incurridas por parte de la demandada con respecto a las normas vigentes en la época de la concesión, sino que han permitido demostrar la *certeza* de que se ha producido un *daño jurídico*.

En términos de la DRM, el daño ambiental, al igual que el daño civil, también debería ser *concreto*. 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. Por regla general, el daño ambiental es un daño *colectivo*, es decir, se manifiesta más allá de la propia vecindad donde acontece, sin que ello signifique que no puedan verse afectados ciertos sujetos de forma individual, como sucede con el daño civil, cuya característica es que el daño es concreto y que las víctimas pueden ser individualizadas.

Con respecto a la *intolerabilidad* del daño, más que un requisito, es una exigencia que ha predominado dentro del campo doctrinario, introducido como frontera de legalidad de las inmisiones, para contar con una noción límite 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*). En cambio, en materia ambiental, para demostrar la *intolerabilidad* que la doctrina exige para que pueda ser considerado antijurídico, el Derecho público 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). Quien delimitará el perímetro del daño ambiental querido o tolerado será el legislador.

En el caso del titular de los recursos, el *daño ambiental* será antijurídico cuando aquel no tenga ni el deber ni la obligación de soportarlo. La ley puede imponer este deber cuando los daños sean tolerables (aquí 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 que es importante recalcar es que si hay daño debe haber reparación íntegra por parte del responsable. Es jurídicamente inadmisibile 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.

Finalmente, en relación con la *legalidad o ilegalidad* y la *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. Sencillamente, los demandados serán responsables si han violado su *duty of care*, es decir, deben haber estado ligados a un deber de cuidado, esto significa que solo serán responsables si han infringido un deber de conducirse diligentemente. Aquí reluce la noción de *culpabilidad* que, en el Derecho español a efectos de atribuir responsabilidad, esta se presume si se ha ejecutado cualquier actividad de las contempladas en el anexo III de la LRM, dando lugar a una *responsabilidad objetiva* y no subjetiva, como sucede cuando se ocasiona un daño tradicional.

En sexto lugar, el sistema estadounidense cuenta con una diversidad de clases de demandas ambientales a las que los individuos o las personas jurídicas pueden recurrir, para exigir responsabilidad por daños relacionados con la contaminación ambiental y sus efectos en la propiedad y/o la salud humana. Estas demandas pueden hallar fundamento en los estatutos federales (*State statutory claims related to contaminated property*) o en el *Common Law* (*State Common Law Claims*), cada una con sus propias características y desafíos legales, a saber:

1) A nivel federal, CWA, CERCLA o *Superfund* y OPA son las *Acts* más importantes que tratan los daños ambientales. El propósito principal de la CWA y CERCLA (complementada con SARA, que introdujo sanciones penales, el NCP y NPL) es remediar los sitios contaminados por sustancias peligrosas y proteger a los recursos naturales de los daños que pudieran surgir como consecuencia de la contaminación en el ambiente, pretendiendo que los responsables paguen los costos de limpieza, mientras tanto, la OPA busca compensar en forma más amplia los daños ambientales por contaminación petrolera de carácter público o daños privados con carácter ambiental.

2) Las demandas bajo el *Common Law*, que se usan en casos de contaminación ambiental, son aquellas relacionadas con *trespass*, *nuisance*, *negligence* y *strict liability*, que permiten reclamar la indemnización y reparación por daños. Estas son particularmente relevantes cuando el tipo de contaminación producida no está cubierta por CERCLA o cualquier otro estatuto.

3) Las demandas de *toxic torts* son aquellas que involucran lesiones personales causadas por la exposición a sustancias peligrosas. Se trata de casos complejos debido a la naturaleza retardada de los daños y la dificultad para establecer la causalidad entre la exposición y las enfermedades resultantes. A pesar de que se centran en lesiones personales, han ganado importancia en el ámbito ambiental, sobre todo en los EE. UU. De hecho, algunos consideran que los *toxic tort suits* son *environmental suits*. Sin embargo, el objetivo principal del *Tort Law*, o Derecho de daños, es la resolución de los conflictos que pudiesen surgir entre sujetos. Este es el punto de interconexión con el Derecho civil, siendo las personas su mayor preocupación, más que lo ambiental.

En séptimo lugar, el ambiente y el daño ambiental están restringidos en el ámbito de aplicación de la DRM y la LRM. Son conceptos distantes de lo que la legislación estadounidense contempla a pesar de su notable influencia. Varios casos en Europa han demostrado que el ambiente es un sistema interconectado y holístico, que no se limita a un solo medio natural, sino que pueden afectar múltiples recursos naturales y cómo los efectos perjudiciales de la contaminación y los daños ambientales pueden propagarse entre países por su carácter transfronterizo. Estos hechos han motivado a la legislación europea y, en particular, a la española, a abordar los daños ambientales de manera específica y adoptar un enfoque integrado de protección ambiental, lo cual lo han logrado a través de la promulgación de la DRM y la LRM, respectivamente, cuyo eje principal es el ambiente. Ambos cuerpos legales están sustentados en el principio «Quien contamina paga». Esto significa que los *operadores* responsables de un daño ambiental deberán asumir los costos de la prevención y reparación cuando este ocurra.

En octavo lugar, para establecer responsabilidad en caso de suscitarse un daño ambiental, es de imperiosa necesidad tener claro qué debemos entender por *ambiente*, aunque esto resulte bastante complejo, por el carácter impreciso, indeterminado, indefinido y dinámico que lo reviste. Se ha discutido una diversidad de enfoques en relación con su definición, pero la mayoría doctrinaria, reconoce que priman dos líneas de pensamiento: (i) la concepción amplia, que abarca tanto elementos naturales como artificiales, y (ii) la concepción restringida, que limita el ambiente a ciertos elementos naturales.

Dentro del marco normativo europeo-español, tanto la DRM como la LRM no cuentan con una definición única y clara de ambiente. Esto no significa que el *ambiente* no está protegido, pero lo han fragmentado en diferentes recursos naturales (especies silvestres y hábitats naturales, agua y suelo, con inclusión de la ribera del mar y de las rías por parte de la LRM, excluyendo al aire) para identificar de manera particular los daños que cubren, y en una norma aislada, de manera general brindan una definición de *daños* (Cf., arts. 2.1 y 2.2 de ambos

cuerpos legales). En definitiva, con la clasificación *numerus clausus* introducida, todos los recursos naturales no están protegidos en igual medida y la noción de ambiente como un todo se ve desvanecida. El legislador ha optado por la concepción restrictiva del ambiente, cuando su verdadera misión debió centrarse en que este permanezca en la medida de lo posible incólume. Segmentarlo, tal y como lo ha hecho, va en contra de su propia esencia y deja la filosofía ecocéntrica al margen, cuyo efecto conlleva cierta confusión e implica limitaciones para la protección integral del ambiente.

Por el contrario, dentro del sistema jurídico estadounidense, CERCLA, la CWA y la OPA definen lo que ha de entenderse por ambiente, pero se centran en el daño a los recursos naturales (*natural resource damage*), sin exclusión del aire. Lo que llama la atención es que CERCLA, siendo la normativa regulatoria primaria de responsabilidad ambiental y, por ende, su máximo exponente, no defina expresamente al *daño ambiental*.

En noveno lugar, los recursos naturales no son objeto de uso sino de dependencia. de ellos depende la vida. la clasificación de los bienes y la interrelación de estos y su uso denotan las dificultades existentes para cumplir con el principio general de 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 esta es de dependencia. No cabe ningún tipo de apropiación, solo 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 (i) bióticos (seres vivos: animales y vegetales), y (ii) abióticos (la atmósfera, el agua y el suelo). Lo problemático radica en constituir un estatuto jurídico para los recursos bióticos, ya que ciertos recursos son apropiables y se podría constituir un título de propiedad, como, por ejemplo, un bosque de titularidad privada, suelo, etc.; en cambio, sobre otros no cabría esta posibilidad, porque están regulados de manera específica para preservar su conservación, como las especies y vegetales protegidos, que son bienes apropiables, pero colectivamente. Cabría un uso común compatible con su conservación como la observación, la investigación, etc. En resumen, cabría la posibilidad de la sujeción a un régimen jurídico equivalente al demanial –aunque no deben confundirse–, que los excluye de cualquier tráfico.

Mientras tanto, los *recursos abióticos*, en razón del título de apropiabilidad pueden ser clasificados en tres grupos:

- 1) Los que se pueden apropiar; que pueden ser objeto de uso privativo.
- 2) 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). Solo 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 solo 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 (el caso Chevron-Exaco).
- 3) 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).

En décimo lugar, al igual que en el campo civil, en el ámbito ambiental *sin daño no hay responsabilidad*. He aquí la necesidad de definir y comprender el concepto del daño ambiental y las formalidades que este debe cumplir. Una visión exhaustiva y detallada de cómo se ha conceptualizado el daño ambiental en la Unión Europea y en el sistema jurídico español nos permite afirmar que hay un consenso general en considerar al daño ambiental como cualquier cambio o efecto adverso y significativo que afecta a los recursos naturales y/o a los servicios que estos brindan, el cual puede traer consecuencias negativas no solo en el ambiente, sino en la salud humana o los bienes patrimoniales. Por lo consiguiente, las formalidades que la DRM y la LRM exigen para que un daño ambiental se configure como tal es que este sea: (i) *adverso* (la normativa ambiental no delimita el alcance de esta característica, además, obligatoria); (ii) *mensurable* (pueda afectar a la calidad o cantidad del recurso), y (iii) *significativo* (en consideración a la repercusión *magna*). No obstante, la calificación o determinación de su cumplimiento, según lo defienden la mayoría doctrinaria, podría estar inmersa en una decisión puramente subjetiva o incluso arbitraria. Si bien es cierto, que, por fortuna, el RPLRM ha establecido un método basado en ciertos parámetros para realizar la evaluación y cuantificación del daño (más allá de los criterios contemplados en el anexo I de la DRM y LRM, como el número de individuo, la rareza de estos a nivel local, regional y comunitario, así como su grado de amenaza, la capacidad de propagación de la especie, la capacidad de regeneración natural del hábitat, etc.).

En este sentido, los daños ocasionados en la Amazonía ecuatoriana han desplegado efectos concomitantes que cumplirían con los requisitos ineludibles en los términos que señala la normativa referida. Ciertamente, se ha producido un «cambio adverso mensurable y significativo» a los recursos naturales y se ha afectado también a los servicios que estos prestan. Sintetizando, los daños producidos podemos agruparlos en dos grupos: 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 es un auténtico *daño ecológico puro*.

En el Derecho comparado, dentro del ordenamiento jurídico estadounidense (CERCLA) y el europeo continental (DRM y LRM), se ha introducido la fórmula de *daño + recurso natural*. La idea de daño ambiental no es tratada como una categoría jurídica independiente, sino que se refiere a la lesión o pérdida de recursos naturales específicos. Dicho de otra manera, los daños ambientales cubiertos por estas normativas son aquellos que recaen sobre recursos naturales específicos, entre ellos, las especies y hábitats naturales protegidos, las aguas, la ribera del mar y las rías y el suelo, con la salvedad de que no es necesario demostrar ninguna lesión sobre bienes o derechos subjetivos, salvo con el suelo (DRM y LRM). En cuanto a CERCLA, es curioso que, a pesar de ser su máximo exponente, no aluda expresamente a la noción de *daño ambiental ecológico puro*. En su texto normativo se ha preferido contemplar una definición para «damage» (§ 9601.6), otra para «natural resources» (§ 9601) y otra para «environment» (§ 9601.8), que en el caso de la DRM y la LRM no existe.

En undécimo lugar, la amenaza inminente de un daño ambiental puede ser más grave que este y el Derecho civil tradicional es ineficaz ante ella. El concepto de *daño ambiental* responde a la dimensión reparadora de la DRM 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. En este sentido, la «probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo», como la DRM y la LRM conciben a la amenaza inminente de un daño ambiental, es la que hace que los deberes de prevención surjan. El sistema contemplado por dicha normativa no se activa solo ante la producción de los daños, supuesto común de todos los otros modelos de responsabilidad, sino

cuando se presentan *amenazas inminentes* de que estos 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 *supra concepto de riesgo*, para llegar a ser considerada, incluso, como uno de los estados de riesgo más agudos, pero un riesgo verosímil, en la medida en que se trata de una probabilidad suficiente.

En duodécimo lugar, no se puede perder de vista que, en materia ambiental, en España, en aras del precepto constitucional 45, que consagra el derecho a «disfrutar de un medio ambiente adecuado», se exige una obligación importante, traducida en el «deber de conservarlo» (Cf., art. 45.1 CE), por lo que, en oposición a una visión antropocéntrica, el fin último que debe mover al legislador, no puede ser solo el ser humano y la defensa de su salud. El ser humano se debe desenvolver y desarrollar en un ambiente natural sano, porque de su desarrollo y su vida como tal dependen en gran medida de la Naturaleza. Esta es la razón principal que justifica el por qué debe ser objeto de protección jurídica.

Por lo tanto, si los daños que se ocasionan al ambiente son consecuencia de un incumplimiento de orden constitucional, del deber jurídico-constitucional de conservar o de utilizar racionalmente los recursos naturales, todos deben ser objeto de reparación. En miras a cumplir con el mandato constitucional antes citado, la LRM tiene como fin regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños ambientales, de acuerdo con los principios de prevención y de «Quien contamina paga» (Cf., art. 1 LRM). Para garantizar su cumplimiento y hacer efectivo el sistema de protección y restauración del ambiente cuando exista algún daño, la Administración pública está investida de varias potestades, entre ellas, la imposición de sanciones de carácter administrativo, penal o imponer la obligación de repararlo, según corresponda (Cf., art. 45.2 y 3 CE).

En décimo tercer lugar, 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 necesidad de excluir los daños tradicionales, la DRM y la LRM excluyen de su regulación los *daños tradicionales*. Sin

embargo, no se puede pasar a un segundo plano o aislar los perjuicios individuales irrogados a causa de un daño ambiental, a pesar de que se esté velando por la protección y responsabilidad de los daños que ha sufrido el medio natural en sus propios elementos. Para determinar jurídicamente que estamos ante un *daño ambiental*, concebido -en nuestro criterio- como aquel que afecta al ambiente entendido como un todo y como un bien colectivo, pero que, a la vez, afecta de manera simultánea tanto a derechos subjetivos como la salud o derechos patrimoniales, a causa de determinadas agresiones ambientales. Cualquier alteración -dañina- en el ambiente, repercutirá, en última instancia, sobre el hombre. Así lo ejemplifica el caso Chevron-Texaco. Todos los daños causados en la Amazonía ecuatoriana fueron producto de las acciones y omisiones llevadas a cabo durante la ejecución u operación de una actividad humana -para extraer hidrocarburos-, las cuales provocaron una alteración desfavorable en el *ambiente* y no solo en algunos de sus componentes, así como en la función de los servicios que estos brindan, es decir, en su visión macro y micro, pero lesionando de manera sincronizada bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, así como a bienes comunes, compartidos por una generalidad de individuos, lo cual ha generado incluso, daños a elementos culturales, cuyos efectos secundarios se traducen en el desplazamiento o desaparición de tribus aborígenes, por la alteración su salud. En suma, se ha destruido vida.

Hablamos de un único daño, un daño tan humano como ambiental, que no requiere que se establezca una relación directa ni indirecta con los derechos subjetivos que fueron vulnerados para que el Derecho opere, porque su *pureza* no depende solo de que los bienes naturales se hayan visto afectados independientemente de las lesiones sufridas por los indígenas habitantes de la Amazonía o que podrían seguir sufriendo a consecuencia de ese mismo hecho dañoso (que si nos ceñiríamos a los términos del art. 5 de la LRM desembocarían en responsabilidad civil). El daño ambiental dentro de la causa Chevron-Texaco 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 majestuoso bien. Estas características nos permiten demostrar lo que verdaderamente representa un *daño ecológico puro* en esencia. Ambos elementos 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 ella viven y de ella depende su *sumak kausay*. 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.

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. El caso Chevron-Texaco, es una muestra ejemplificadora de 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. Esta conexión es *directa*, pero sin título alguno que juridifique el daño. Una vez más, todos los humanos somos víctimas de este daño. Aquí radica su verdadera *humanización*. En esencia, es el mejor ejemplo de lo que por *pureza* de un *daño ecológico* deberíamos comprender.

Claramente, queda demostrado que todas las dudas y respuestas formuladas a lo largo de este capítulo, ponen de manifiesto que los propios problemas que pudiesen surgir del *daño civil* son disminuidos en comparación con los que podría presentar el *daño ambiental*. Indudablemente, este último es uno de los *daños* más polémicos y vertiginosos con el que un juez se puede topar. Dentro de este contexto, toma gran impacto el caso Chevron-Texaco, pues la relevancia del daño, su potencialidad, así como los daños considerados en sí mismos, más allá de ser elementos que denotan su gran complejidad, son la prueba clara de lo que simboliza la naturaleza bifronte de un daño ambiental.

Lamentablemente, por este carácter dual que reviste al caso en estudio, tampoco se podría hallar fácil solución con la estructura jurídica-ambiental como la diseñada por la DRM y LRM o por CERCLA, a pesar de que su propósito fundamental sea garantizar la prevención de un daño ambiental y la asunción de la responsabilidad cuando alguien provoque un acto lesivo que dañe el ambiente.

No obstante, no se puede desatender que 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 solo un individuo, sino todos, ya que se trata de la Naturaleza como una 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.

En décimo cuarto lugar, el daño por contaminación en la Amazonia ecuatoriana enlaza la conducta omisiva de la petrolera Chevron-Texaco y los daños causados. El *daño ecológico puro*, según lo explicado, 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, provenientes de uno o varios autores. Puede ser, además, presenciado en uno o varios puntos en el tiempo, es decir, en épocas diversas. Estas características servirían para definir e instaurar los diversos tipos de daños que la doctrina ha recogido y, que si nos incorporamos dentro del caso Chevron-Texaco, diremos que este corresponde a un *daño continuado*, por haber sido producto de todo un proceso dilatado en el tiempo (producido en varias ocasiones). A la vez, se trata de un *daño permanente*, puesto que los efectos del daño continúan en el tiempo y, sin lugar a duda, un *daño progresivo*, ya que el daño ha sido producto de una serie de actos sucesivos, provenientes de un mismo operador (*Texpet, Texaco Inc.*, luego absorbida por *Chevron*), cuyo conjunto produce un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente ocasionados. Tal como la doctrina advierte, se trata de un verdadero proceso de saturación.

En décimo quinto lugar, el caso Chevron-Texaco, por representar un daño que se ha provocado a consecuencia de una conducta contaminante del ambiente, diríamos, incluso, de una contaminación generalizada. Una contaminación por sinergia hace que se lo catalogue e identifique como la doctrina lo reconoce, un *daño por contaminación*, aunque, con más precisión, diremos que es un daño por contaminación con carácter difuso. Este tipo de daño, 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 la emisión cabe la contaminación/polución residual, producto de la eliminación de los residuos de las actividades humanas (como, por ejemplo, vertidos de líquidos en un río o residuos sólidos abandonados). Del mismo modo, en los EE. UU. la «responsabilidad por contaminación», según CERCLA se define como la responsabilidad por lesiones derivadas de la liberación de sustancias peligrosas o contaminantes o contaminantes (§ 9601.2), aunque se excluye expresamente la contaminación por petróleo. Esta exclusión obedece a que la OPA es la que regula estos hechos daños.

Si nos centramos en lo que sucedió en la Amazonía ecuatoriana, podemos colegir que lo que se produjo fue una contaminación no meramente accidental, sino de tipo normal, la cual se produjo a través de la introducción directa de sustancias peligrosas (como rezan los hechos descritos del caso y el análisis de

las pruebas aportadas durante el juicio) que afectaron a la atmósfera, el agua, las especies o hábitats naturales protegidos, la flora y fauna silvestres (especies endémicas), el 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, entre ellos, daños de tipo cultural, 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.

Con base en estos antecedentes, la acción que tratamos en el caso Chevron-Texaco y/o cuando se ocasione, en general, un *daño por contaminación* 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, Cf., art. 3). Aquí se encadenan 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 DRM y en la LRM, dentro del concepto de daños, no se refieren a la *contaminación*, lo hacen, únicamente, cuando definen los *daños al suelo*. Sin embargo, para delimitar el alcance de un *daño ambiental por contaminación*, en el ámbito europeo-español, habrá que focalizarse en el concepto de *daños* que ha instaurado por la normativa de responsabilidad ambiental nombrada, 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.

CAPÍTULO III

A. LOS PRESUPUESTOS COMPLEMENTARIOS DE LA RESPONSABILIDAD

1. Identificación del sujeto responsable

«¡Quien contamina paga!» es el principio rector del Derecho ambiental y el que gobierna la mayoría de los ordenamientos jurídicos en un contexto global. La DRM y la LRM son un ejemplo manifiesto de ello, las cuales 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 (los que han consagrado) o perjudique su funcionalidad. En definitiva, este axioma es la garantía de que el autor de un daño ambiental o quien haya supuesto una amenaza de que este se produzca deberá repararlo. No obstante, la obligación reparadora no prosperará –de conformidad con el modelo de responsabilidad creado– sin la previa identificación del posible sujeto responsable⁵¹⁴, es decir, no operará la responsabilidad si no se puede determinar quién lo causó.

Análogamente, este presupuesto es la consecuencia directa del precepto legal que exige la determinación de la causalidad, el cual se haya incluido dentro de la misma norma que delimita el ámbito de aplicación,

⁵¹⁴ *Vid.*, 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), en la cual se ha dejado claro que de la DRM «[...] 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, el concepto de “operador” con los requisitos de la responsabilidad ambiental, precisando 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[...].»

tanto de la DRM como de la LRM (*Cf.*, art. 3 de ambas normas). Ambos supuestos están demarcados en concordancia con los daños producidos por una actividad económica o profesional⁵¹⁵, realizada por una persona a quien el legislador europeo-español ha decidido denominar *operador*. En otras palabras, la ejecución de alguna de estas actividades debe ser la que haya dado origen al daño ambiental o la que haya supuesto un riesgo inminente para que este se produzca, es decir, constituye la causa de la amenaza y del daño propiamente dicho, cuyo efecto consiguiente es la responsabilidad/repación.

Para aquellos hechos ambientales dañosos que provengan de una contaminación *difusa*, la LRM ha establecido expresamente (*Cf.*, art. 3.3) que la determinación del responsable resultará procedente cuando fuera viable identificar el nexo causal entre la conducta del «operador», relacionada con la actividad causante del daño, y el resultado dañoso en estricto sentido. Si bien, en el caso de las actividades que prevé el anexo III de la ley –para las que existe un régimen de presunción de causalidad por su peligrosidad–, se podría interpretar que no es necesario probar la existencia del vínculo causal; ello quedaría condicionado a que la actividad en cuestión fuera propicia, es decir, que sea la apropiada para generar el daño o riesgo ambiental.

A simple vista, no parece inverosímil que no se pueda identificar al posible *operador* responsable en materia ambiental; siendo más específicos, en la producción de daños ambientales. Sin embargo, cada caso que se presenta en la cotidianeidad hace que esa determinación se vuelva bastante espinosa, por no decir imposible. Principalmente, se destacan los casos de los daños *difusos*⁵¹⁶, que son aquellos que se derivan de una contaminación difusa; es decir, de una contaminación extendida, dimanante de multitud de fuentes, sin un origen cierto en los que no siempre se puede señalar con exactitud a un sujeto o a varios (cuando han participado distintos sujetos) de los que han

⁵¹⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 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. Afirmar 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 solo 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 solo cuando sea posible establecer el vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. En igual sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 32.

⁵¹⁶ Un ejemplo clarificador de este tipo de daños fue el episodio de contaminación sufrido por el Mar Menor (Murcia), en el verano de 2016.

causado el daño ambiental, desencadenándose la problemática de poder singularizar la responsabilidad o de exigir responsabilidad solidaria⁵¹⁷. Podrían haber intervenido empresas participadas por distintas sociedades o haberse producido la desaparición o extinción de la persona física o jurídica responsable e incluso, podrían haber acontecido otros hechos de índole penal.

Si a todo esto se le suma la manifestación tardía que ciertos daños ambientales podrían presentar (por ejemplo, los daños históricos), la determinación del sujeto causante podría tornarse más compleja aún. Por ello, para poder llevar a cabo la concreción de responsabilidades, dentro del campo doctrinario, se han propuesto dos sistemas⁵¹⁸:

1) El sistema de *canalización estricta*, que, por regla general, se centra en una persona y, desde un primer momento, permite identificar claramente al responsable, ya que será quien tenga el control absoluto sobre la actividad de riesgo, y esta la que represente su beneficio principal.

2) El sistema de *canalización múltiple*, el cual sitúa en un mismo plano a una serie de personas potencialmente responsables, de tal manera, que la víctima o el poder público pueden dirigirse indistintamente frente a cualquiera de ellas. Mediante este modelo se garantiza la existencia plena de algún responsable a quien reclamar.

Todo lo revelado hasta aquí, parece confirmar que el instituto de responsabilidad ambiental adquiere cada vez mayor relevancia ante la necesidad imperiosa, interrelacionada con la determinación o identificación del responsable, para garantizar que los recursos naturales o los servicios que estos prestan y que han sido afectados puedan recuperar su estado básico anterior, así no queden del todo incólumes. Lamentablemente, puede que no se logre identificar al responsable, bien porque la relación de causalidad entre la actividad industrial y los daños producidos haya fracasado, o bien porque a pesar de que se hubiese identificado al causante, 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 o estatal contempla⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Vid., 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), en la cual se dictamina que la DRM «[...] debe interpretarse en el sentido en que no se opone a una normativa nacional [...], que, cuando es imposible identificar al responsable de la contaminación [...] 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 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».

⁵¹⁸ GOMIS CATALÁ, Lucía, 1998: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 147-160.

⁵¹⁹ ESTEVE PARDO, 2008a: 103.

Ante la ausencia de la declaración de un responsable, es decir, que no se haya declarado a nadie como responsable del daño ambiental ocasionado, se desata un nuevo detonante: ¿Quién debería 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. Su respuesta se arraiga a una figura jurídica similar a la prevista dentro del ordenamiento jurídico de los EE. UU. (el *Superfund* de CERCLA), la cual tiene que ver con la instauración de un fondo estatal de reparación de daños ambientales (Cf., art. 34 LRM).

2. El operador jurídico. Los elementos jurídicos

La definición impartida por la LRM (Cf., art. 2.10) respecto del futuro responsable jurídico, el «operador», es bastante parecida a la sembrada por la DRM (Cf., art. 2.6). Por consiguiente, por la semejanza que las envuelve, en términos generales, diremos que son tres las exigencias o elementos específicos las que confieren a una persona física o jurídica la calidad de *operador*, y las que sirven para demarcar su concepto, a efectos de instaurar el régimen de responsabilidad ambiental⁵²⁰:

- 1) Ser una persona física o jurídica, privada o pública.
- 2) Desempeñar o controlar una actividad profesional, u ostentar por delegación un «[...] poder económico determinante [...]» sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para ello. En términos afines, para ser considerado como presunto responsable, la condición legal es estar vinculado con la ejecución de una actividad⁵²¹, «económica o profesional» (Cf., art. 2.10 LRM) o solo «profesional»⁵²² (Cf., art. 2.6 DRM).

En cuanto al *control*, diremos que el *operador* debe gozar de plenas atribuciones para dirigir y tomar decisiones respecto del funcionamiento y del lugar en el cual se llevarán a cabo las actividades (el *modus operandi* *modus operandi*), de la dirección del personal que la ejecutará, así como de los horarios, tiempos o frecuencias, etc.

⁵²⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 32-33.

⁵²¹ Cualquiera de las actividades profesionales incluidas en el anexo III; y las excluidas también (Cf., art. 3.1.a y b DRM y LRM).

⁵²² Aunque en la práctica, actividad económica y actividad profesional signifiquen lo mismo. Esto lo podemos comprobar si recurrimos al anexo III de la LRM, en el cual estas están enumeradas. *Vid.*, GARCÍA AMEZ, 2015: 171.

Mientras tanto, respecto al «[...] poder económico determinante [...]», se podría inferir que está permitido incluir a todas las personas que realicen cualquier tipo de actividad contratada y subcontratada.

1) Ejercer un *control operativo y ejecutivo* determinante sobre la actividad *económica o profesional*, pero quien registre o notifique tal actividad deberá someterse a la «[...] legislación sectorial, estatal o autonómica dictada para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración»; exigencia prevista en la LRM (Cf., art. 2.10).

Profundizando en el análisis de estos elementos, hay que destacar que la normativa citada a lo largo de estas líneas únicamente alude a las personas físicas o jurídicas, pero ¿Qué sucede con los particulares? Afortunadamente, no sucede nada. Lo que verdaderamente le importa a la normativa, a nivel comunitario y estatal, es la potencialidad de riesgo que las actividades económicas o profesionales puedan traer consigo; aquellas que las desempeña solo el empresario, agente potencialmente creador y controlador de esos riesgos (de los que lucra)⁵²³. Es así como los daños que los particulares pudiesen generar están excluidos –expresamente– de su ámbito de aplicación (Cf., art. 3 DRM y LRM).

El objetivo de la DRM y la LRM, al exigir el cumplimiento de los requisitos antes señalados, ha sido no limitar las actividades a aquellas que, según el ordenamiento español, correspondan al ejercicio de actividades profesionales libres, ya que sería utópico pensar que quienes las practican puedan cumplir con las obligaciones que la ley exhorta. El perfil de las personas que ejecutan este tipo de actividades queda fuera del marco de acción legal que la normativa ambiental ha instado para atribuir responsabilidad ambiental al sujeto material, autor del daño ambiental (el *operador*), cuando su actuar se ajuste a alguno de los supuestos que el ámbito de aplicación de la DRM y de la LRM han configurado para imputar responsabilidad –objetiva o subjetiva– (Cf., art. 3). Por lo tanto, estas actividades (las no profesionales) quedan relegadas a la responsabilidad que deriva en atención a los criterios tradicionales de reparación e indemnización de daños.

Este análisis es lógico y el mayormente aceptado por el sector doctrinario, en la medida en que las acciones individuales de particulares (actividades privadas), especialmente aquellas relacionadas con el ocio (por ejemplo, la navegación de recreo, la pesca o el vertido de residuos a título particular) o la

⁵²³ ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 411.

práctica de deportes cinegéticos (como la caza), si bien podrían llegar a causar daños ambientales, son actividades que quedarán sometidas a la regulación que cada techo legislativo, según la materia, haya previsto para determinar cómo han de llevarse a cabo. Dicho de otra manera, los daños ecológicos que se ocasionen debido a la práctica de estas actividades no quedarán indemnes, sino que serán objeto de una multa y, en algunos casos, quedarán sujetos a la obligación de reparar el daño⁵²⁴.

En lo que sí hemos de poner un peculiar énfasis es en la definición de «actividad económica o profesional» proporcionada por la DRM y la LRM (Cf., art. 2.7 DRM; art. 2.11 LRM), que en términos similares, ha sido entendida como aquella «desarrollada con ocasión de una actividad económica o de índole económica, un negocio o una empresa», en cuyo caso se necesitaría de un auxilio normativo para formalizar qué debe entenderse por *empresa o negocio*, siendo imprescindible en este punto acudir a la legislación mercantil reguladora de las sociedades⁵²⁵.

Para García Amezcua⁵²⁶, el requisito de la *profesionalidad* de la actividad es una incongruencia, pues la intención con la que se castigan estos hechos es prevenir y reparar el daño ambiental, no a quien los provoca. Ciertamente, la exigencia de que el *operador* ejerza una «actividad profesional» invita a considerar que su intervención ha de tener fines de lucro, pero que tal actividad sea de «*índole económica*» cuestionará la responsabilidad de los daños producidos por organizaciones no gubernamentales. Admitir este requisito sería como admitir un derecho penal de autor, entonces ¿Por qué consentir esa disparidad dentro del instituto de responsabilidad ambiental?

Cuando hablamos de que una persona jurídica puede ser la posible causante de un daño ambiental o de la amenaza de que este se pueda producir, nacen además otros cuestionamientos de no tan fácil solución 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, sus empleados o todos simultáneamente?

A ojos de la DRM y la LRM, lo único que se requiere es que se desarrolle la actividad profesional y económica, pero les es irrelevante si la persona física

⁵²⁴ GARCÍA AMEZ, 2015: 171-172. PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 32-33.

⁵²⁵ «[...] 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». *Ibid.*

⁵²⁶ *Vid., Ibid.*

o jurídica despliega el carácter de público o privado⁵²⁷ (Cf., DRM, art. 2.7; LRM art. 2.11); es decir, si a través de ella se pretende o no obtener ganancias (fines lucrativos).

Al tener claro que la naturaleza jurídica de la «actividad económica o profesional» que el *operador* desarrolle es indiferente, el concepto de *operador* está articulado con quienes 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 de saneamiento y depuración de aguas)⁵²⁸. En consecuencia, los *operadores* que realizaren una conducta dañosa en contra del ambiente y que quedarán sometidos al instituto de responsabilidad ambiental previsto por la DRM y la LRM, vendrían a ser:

- 1) Los entes privados; es decir, las personas jurídicas.
- 2) El propio Estado y sus instituciones, comprendiendo tanto la administración centralizada como la descentralizada.

Siguiendo esta misma lógica, para efectos de la normativa en referencia, el *operador* que realiza la «actividad», para que pueda ser considerado como tal, tampoco requerirá de ningún título habilitante que le capacite para ello.

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; y, en ambos casos, le es indiferente a la institución de responsabilidad ambiental, la presencia o no del ánimo de lucro. 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 probarse el nexo causal que lo vincule con el daño ambiental producido.

Lo que llama la atención es que, a lo largo de los textos articulados de ambas normas, no se haya precisado el alcance de «controlar [...]» o tener «[...] un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico [...]» (el de la actividad) para una correcta aplicación de la norma. Aparentemente, esta situación podría generar alguna confusión, ya que sería posible llegar a interpretarse de forma extensiva que un *operador* puede ser cualquier persona que no desarrolle directamente la «actividad económica o profesional». En realidad, más parecería ser la materialización de la facultad que la propia DRM (Cf., art. 2.6) ha concedido al legislador interno, para incluir como posibles

⁵²⁷ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1745.

⁵²⁸ GARCÍA AMEZ, 2015: 166-167.

responsables a quienes contribuyan en tal «actividad», únicamente desde un punto de vista económico (han de conocer el destino de la inversión), así como regular el desvío de la responsabilidad a entidades infra capitalizadas.

Dicho de otro modo, la intención de la LRM es que los cargos directivos decisorios de la realización de la actividad contaminante no queden impunes, y que la responsabilidad derivada de una acción ilícita recaiga sobre su verdadero actor (que, por lo general, será la persona que ejerce el control de tal actividad), pese a que, en múltiples ocasiones, al no ser directamente realizada la actividad por quien lleva su control, tal intervención pueda complicarse ⁵²⁹.

Para cumplir con esta finalidad, la LRM se ha decantado por instituir un sistema de control administrativo –no mercantil–, con base en «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». Esto quiere decir que no es necesario estudiar la organización empresarial, sino las licencias, las autorizaciones concedidas, las comunicaciones u otros elementos o registros administrativos, considerando que las personas que podrían verse involucradas en el cometimiento de un daño ambiental son los directores de una empresa, los gestores o los administradores ⁵³⁰ (los responsables).

En el caso de estos últimos, para poder atribuir su responsabilidad, es necesario no solo que exista una relación de causalidad entre su conducta y la persona jurídica, sino que su actuación sea determinante (que tenga un *poder económico determinante*), aunque tampoco ha quedado muy claro lo que se debería entender por esta cualidad. Tanto la DRM como la LRM han omitido su explicación, por lo que al tratarse de un concepto muy amplio que podría chocar con el de otros *sujetos responsables* contemplados por la misma normativa (como las sociedades matrices), hemos recurrido al desarrollo interpretativo que la doctrina ha postulado en cuanto a este requerimiento:

⁵²⁹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 37-38.

⁵³⁰ La determinación del responsable en el caso de sociedades ha sido tratada por el TS en la sentencia de 22 de marzo de 2004 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), en la cual se 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 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 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)».

Hava García⁵³¹ valora que el acento que tanto la DRM como la LRM han puesto sobre el carácter empresarial del *operador* debe ser aplaudido, ya que evita las dificultades encontradas en el ámbito penal, cuando gran parte de los delitos ecológicos son realizados por personas físicas ocultas bajo una configuración empresarial.

Por el contrario, Mullerat⁵³² arguye que esta imposición ocasionará que las personas que tengan encomendada la gestión ambiental de la empresa contaminante queden indemnes de cualquier responsabilidad; y, como ejemplo, expone a quienes han realizado exclusivamente el registro de productos en una empresa farmacéutica.

Yanguas Montero⁵³³ tampoco se siente conforme con la redacción que perfila la DRM. Argumenta que no se puede establecer recurriendo a la ley, en qué circunstancias las entidades bancarias financiadoras de una actividad, susceptible de causar un daño ambiental, podrían considerarse como operadoras, por lo que aclama por una definición más concisa de *operador*. Además, le parece difícil no cavilar dentro de una «actividad profesional o cualquier otra actividad efectuada con ocasión de una actividad económica» (como la bancaria), un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público (que tenga o no fines lucrativos), sobre todo por la consideración de profesional; un concepto muy amplio, agrega.

En sentido contrario, Pedraza⁵³⁴ entiende que la modificación efectuada por la redacción nacional no puede ser entendida con la intención de limitar el concepto, pues el titular del permiso sobre la «actividad profesional» es una ejemplificación de que aquel tiene un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Considera que la LRM, que transpone la DRM, pretende que sea responsable, quien decida sobre las actuaciones a seguir, mas no que personas jurídicas tan externas al negocio, como una entidad bancaria o crediticia puedan incurrir en alguna responsabilidad, simplemente por el hecho de surtir de recursos económicos al verdadero *operador*. Esta extrema ampliación de la responsabilidad implicaría a su juicio, la reducción de las

⁵³¹ HAVA GARCÍA, citado por PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 31.

⁵³² MULLERAT, Bernat, 2005: «Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 7, pp. 242-243,. En igual sentido, De MIGUEL PERALES: «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», p. 13-19.

⁵³³ YANGUAS MONTERO, Guillermina, 2006b: «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*, númº67 (enero-abril), p. 8.

⁵³⁴ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 34-35.

facilidades financieras; cuestión totalmente necesaria para el funcionamiento empresarial en España⁵³⁵.

Si bien todas estas posiciones no concuerdan del todo entre sí, para lograr una correcta delimitación de si se trata o no de una «actividad profesional», habrá de estarse a la legislación nacional, pero también a «[...] lo que la legislación sectorial⁵³⁶, [...] o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración» (Cf., DRM, art. 2.6; LRM art. 2.10). En caso de que esta no lo haga –como hasta la actualidad–, se ha de buscar una adecuada precisión atendiendo al principio de «quien contamina, paga», siempre que la persona realice una actividad de control o tenga un poder económico determinante, que deberá ser concretada por los Tribunales. Quizá, la solución se alcanzará cuando se acepte de forma unánime que *operador* es quien siendo promotor o titular⁵³⁷ de una actividad, está facultado para dar instrucciones técnicas al ejecutor, lo cual conlleva a que ostente un *ius variandi* o derecho de modificar las condiciones de ejecución⁵³⁸.

Corolario de lo expuesto, para identificar al *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 forzoso acudir a la normativa administrativa que regula aquella acción propulsora del daño, porque solo por medio de ella se podrá identificar quién es el sujeto responsable; y, por ende, quién deberá asumir los costes de la reparación ambiental y de la prevención de nuevos daños⁵³⁹.

⁵³⁵ En igual sentido, GUERRERO ZAPLANA, 2010: 62.

⁵³⁶ GARCÍA AMEZ, 2015: 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».

⁵³⁷ DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, 2010: «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas», *Revista estudios jurídicos UNESP*, Franca, A., núm. 20, vol. 14, pp. 116. La profesora agrega, que para la determinación del concepto de «titular» se deberá tener presente los criterios fijados en la legislación sectorial.

⁵³⁸ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 31.

⁵³⁹ De MIGUEL PERALES, Carlos, 2009: *Derecho Español del Medio Ambiente*, 3.ª ed., Aranzadi S.A., Navarra, p. 420. En igual sentido, DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, 2010: «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas», *Revista estudios jurídicos UNESP* 20, vol. 14, p. 116. La profesora sugiere que, en materia de contratación administrativa, para la determinación del concepto de «titular», si hubiera gestión indirecta, se considerará «operador» al contratista.

B. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La responsabilidad de personas jurídicas que la LRM –al transponer la DRM– ha aplicado es un claro efecto del artículo 38 del Código Civil⁵⁴⁰, que faculta a estas a contraer obligaciones, y de su estrecha relación con la nueva responsabilidad de tipo penal impuesta por la Directiva 2008/99/CE⁵⁴¹, sobre protección penal del ambiente, con la cual se completaría todo el sistema jurídico regulador de la «responsabilidad por daños ambientales».

Hay que tener sumo cuidado cuando se habla de la responsabilidad de este tipo de *personas*, ya que en una sociedad (anónima o limitada) no interviene solo una persona, sino que para poder 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; hecho que podría obstaculizar el camino para identificar quién o quiénes han causado realmente el daño ambiental. Indudablemente, el daño va a ser consecuencia del desarrollo normal del objeto social de la persona jurídica, pero se verán involucrados como presuntos responsables, uno o más de sus empleados. Frente a esto, es posible que «la teoría de la representación orgánica» no sea aplicable para resolver este tipo de casos (por daños ambientales), siendo necesario acudir a otro tipo de criterios, como los relativos a la *responsabilidad por hecho ajeno* o la *responsabilidad vicarial*⁵⁴².

Aun así, para que estas teorías prosperen, existen ciertos casos que hay que vigilar, previo a que una persona jurídica pueda ser imputada como responsable. Uno de ellos, se constriñe al hecho dañoso proveniente de una decisión tomada por las personas que integran los órganos directivos, debido a que son estos 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 el sistema instituido por la LRM, por la posición que justamente ocupan aquellas personas en la actividad (las instancias directivas y de control de la actividad). Sin duda, lo que busca la ley es que exista algún tipo de control por parte de la sociedad en la actividad del agente, pues al estar este vinculado a las órdenes e instrucciones de aquella, se entiende que ha actuado esta y no su empleado, quien no habría

⁵⁴⁰ CC 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».

⁵⁴¹ 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).

⁵⁴² GARCÍA AMEZ, 2015: 167-168.

podido desvincularse de tales órdenes. Asimismo, 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 imputación es el beneficio, ya que la persona jurídica va a beneficiarse de la actuación de su empleado; por ende, no es que solo participa de las ganancias que obtiene, sino también de los daños que haya causado su agente para obtener tales beneficios⁵⁴³.

Otro obstáculo que hay que superar es el nexo de índole laboral que debe existir entre los agentes de la empresa y la empresa en sí misma. Es sustancial que el actuar del agente esté íntimamente vinculado a la relación laboral que le une con la persona jurídica, siendo el vínculo contractual el que precisamente permitirá demostrar esa relación laboral, antes de probar el nexo de causalidad entre el autor del daño ambiental (la persona jurídica) y el daño como tal, que permitirá atribuir *—a posteriori—* la responsabilidad ambiental. Aquí, cobra vigor la presunción legal, en virtud de la cual la persona jurídica será la responsable si el agente ejerce un control sobre la actividad, teniendo la última palabra sobre su actuación, siempre y cuando el hecho dañoso se haya desarrollado durante el desempeño de la actividad encargada o a consecuencia de ello. Empero, 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 dolo⁵⁴⁴.

1. La Administración pública como operadora. Responsabilidad directa e indirecta

Uno de los elementos que configura el concepto de *operador* (tanto en la DRM como en la LRM) denota que cualquier persona —física o jurídica— que ostente el carácter público o privado, ante la producción de un daño ambiental, puede ser susceptible de imputación de responsabilidad ambiental. En efecto, da igual que se trate o no de la 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 o descentralizada) haya sido reconocida y sometida al mismo régimen de

⁵⁴³ *Ibid.*, 169 y 174; CASADO ANDRÉS, Blanca, 2016: «El concepto del daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, p. 236.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

responsabilidad que le sería aplicable –en idénticas circunstancias– a cualquier particular, por más que su actuar goce de privilegios que los particulares no tienen, y que le son otorgados por la legislación sectorial (aunque en el ámbito ambiental esto ya ha ido desapareciendo en gran medida)⁵⁴⁵.

Evidentemente, la intención de la LRM ha sido evitar que esta sujeción de los poderes públicos a la ley se viera desvirtuada a consecuencia de una limitación de las actividades que estos pudiesen llevar a cabo, cuando estas actividades estuviesen afectadas por este régimen, lo cual 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», sin que importe tampoco la forma en cómo la lleva a cabo (si es pública o privada). Gracias a esta previsión legal, se ha logrado poner punto final a uno de los problemas latentes antes que la DRM y la LRM entren en vigor: el fraccionamiento de la responsabilidad por daños en dos bloques⁵⁴⁶:

- 1) El relativo al CC español, con una responsabilidad basada en la culpa.
- 2) El régimen de la responsabilidad por daños causados por la Administración pública, bajo el sistema que arbitra la LPC, la cual funda una responsabilidad objetiva, pero con alguna modulación hacia los sistemas culpabilísticos, mediante la exclusión de responsabilidad por los riesgos del desarrollo.

Esta dualidad de sistemas todavía permanece vigente dentro el ordenamiento jurídico español. No obstante, es bastante limitada en cuanto al daño ambiental, así como en relación con la fijación de las posibles responsabilidades que se derivarían de la causación de un mismo hecho dañoso que da origen a responsabilidad ambiental, pero que ha lesionado a particulares o a la Administración, pero que la LRM las excluye (*Cf.*, art. 5.1), debiendo remitirse a la legislación específica: CC, LPC y LRJSP.

Esta referencia recobra importancia, ya que ante la presencia de actividades que pudiesen ser nocivas para el ambiente, nos podemos topar con recursos o bienes naturales de titularidad pública o no. Si fuesen bienes públicos los afectados, la Administración responderá como cualquier otro sujeto responsable, debiendo quedar sometida su actuación a un control similar, pero quedando exenta, eso sí, de la contratación de las garantías financieras obligatorias (*Cf.*, disposición adicional séptima LRM), por ser considerada la garante general de la solvencia. A este beneficio, se suma otro:

⁵⁴⁵ *Ibid.*, 170 y 172.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

la Administración goza de competencias directas sobre los bienes públicos (como las aguas o las costas), sin que esto signifique que sea la propietaria del ambiente, ya que este es el *medio* de todos. Aquí, lo importante es resaltar los dos efectos que la actividad de la Administración puede provocar en el dominio público⁵⁴⁷:

- 1) De *forma directa*. Si la Administración es la que realiza las funciones de gestión, será considerada como «operadora» si hubiese algún tipo de siniestro.
- 2) De *manera indirecta*. En este caso, la Administración adoptará la posición de parte contractual por permitir que sea un sujeto privado el que se encargue de la realización de obras públicas o gestión de los recursos naturales.

La responsabilidad *directa* de la Administración: La determinación de la responsabilidad de la Administración es producto de las modificaciones que introdujo la Ley 11/2014⁵⁴⁸, por la que se modifica la LRM. En concreto, la antigua disposición adicional décima de la LRM impedía la exigibilidad del cumplimiento de las medidas de prevención o evitación o reparación, cuando la Administración hubiese seguido el procedimiento instaurado para la evaluación de su impacto de acuerdo con la información existente, acatando las prescripciones señaladas en la declaración de impacto ambiental. Sin embargo, esta disposición no iba muy acorde con lo que la DRM disponía, pues esta excepción por cumplimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental no está contemplada en ella. Esta nueva circunstancia, ha permitido que se reconozca a la propia Administración General del Estado nuevas competencias en referencia con la instrucción del procedimiento de responsabilidad ambiental, con la pretensión de las medidas de prevención o evitación cuando se trate de obras de interés general de su competencia, para evitar que finalmente las comunidades autónomas controlen por este cauce las obras públicas estatales⁵⁴⁹.

La estructura de esta responsabilidad en materia ambiental puede ser aplicada también por las comunidades autónomas, cuya titularidad y competencia les corresponderá cuando se trate de obras de especial relevancia e interés. Estas, están autorizadas, además, a incluir otras actividades u otros sujetos dentro del régimen de responsabilidad de la LRM (*Cf.*, disposición adicional segunda, apartado cuarto). Por lo tanto, las comunidades autónomas

⁵⁴⁷ *Cf.* PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 43-47.

⁵⁴⁸ 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, de 4 de julio de 2014).

⁵⁴⁹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 44.

tienen la opción de ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la LRM, siempre respetando los mínimos dispuestos en ella⁵⁵⁰.

La responsabilidad *indirecta* de la Administración: Este tipo de responsabilidad tiene que ver con los daños ambientales causados a partir del 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 marco de la legislación de contratación pública– (Cf., art. 14.1. b LRM). Dentro de este contexto, la identificación del responsable podría ser una problemática, por lo que la LRM, para dar una solución a este posible conflicto, ha excluido radicalmente a los órganos de contratación.

De manera general, a partir de lo que prescribe la norma, se puede colegir que a quienes se les atribuirá la condición de «operador» y la supeditada responsabilidad, serán a aquellos que cumplan con una orden o instrucción emanada de una autoridad pública, como, por ejemplo, los contratistas que ejecutan lo estipulado con la Administración. En consecuencia, los órganos de contratación no serán responsables de adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación, sino que esta obligación recaerá sobre el contratista que la ejecute, salvo que pruebe el «cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente».

Por el contrario, si la Administración pública hubiese adjudicado un contrato o hubiese extendido la autorización para que un *operador* lleve a cabo una actividad, provocando ello daños ambientales o la amenaza de que estos se produjeran, no quedará eximida de colaborar con la autoridad competente, pero sin que se derive responsabilidad ambiental por las actuaciones de dicho *operador* (Cf., art. 9.4 de la LRM), salvo en el supuesto previsto en el artículo 14.1.b de la LRM.

En el caso de las concesiones sobre el dominio público, se aplica una figura de fuerza mayor frente a terceros y potenciales usuarios, ya que en estos casos será exclusivamente el concesionario quien pueda tomar decisiones sobre su gestión, por lo que se reconoce la condición de *operador*. Ahora bien, si acredita que su actuación se realizó dentro de los límites permitidos por la Administración, de acuerdo con lo establecido en la LRM, podría plantearse la exención de pago de los costes de prevención o reparación.

Frente a esta afirmación, Esteve Pardo⁵⁵¹ no considera que el contratista tenga la condición de *operador*, debido a que la concesión no tiene naturaleza

⁵⁵⁰ *Ibid.*, 45.

⁵⁵¹ ESTEVE PARDO, 2008b: 44.

contractual, sobre 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. En este sentido, defiende que la Administración titular de los bienes demaniales no tiene la condición de *operadora*, más aún si para los usos que quedan cubiertos por la LRM (como la autorización de vertidos), 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, Pedraza Laynez⁵⁵² opina que el contenido de este artículo no pretende negar la condición de *operadora* a la Administración pública, en razón de lo que su propio texto dispone (será operador «cualquier persona física o jurídica, pública o privada [...]», *cf.*, art. 2.10 LRM), sino que el contenido en esta norma busca eliminar la condición de *operadora* solamente en aquellos casos en los que la actividad material de la obra o de la prestación del servicio sea realizada por una empresa privada, la cual adoptará dicha condición.

Ciertamente, la propia 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» (*Cf.*, art. 35 LRM).

C. SISTEMAS JURÍDICOS PARA IDENTIFICAR AL RESPONSABLE DEL DAÑO AMBIENTAL

Son dos los sistemas que han adoptado la mayoría de los ordenamientos jurídicos en el mundo occidental para poder identificar al posible sujeto responsable ante la ocasión de un *daño ambiental*, los cuales presentan características diferenciadoras entre sí⁵⁵³:

1) Sistema de *cláusula general*: Aquel que consiste en establecer una cláusula general, enumerando una lista de requisitos necesarios a ser cumplidos por una persona. Si la persona encargada no los cumple, deberá hacer frente a los costes que suponen la reparación.

2) Sistema legal *de lista cerrada*: Es aquel que tiende a incorporar listas de *sujetos* que podrían ser considerados responsables, pero sin condicionarlos al cumplimiento de requisitos en forma general, lo cual parecería más eficiente al no requerirse probar el nexo causal. Lo que se pretende con este sistema, es asegurar la protección al damnificado, y que pueda recuperar la situación en la que se encontraba con anterioridad al daño.

⁵⁵² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 47.

⁵⁵³ DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 119-120.

En España, el legislador al transponer la DRM a su ordenamiento jurídico mediante la LRM, adoptó e incorporó un modelo diferente que no está basado únicamente en el cumplimiento de requisitos mínimos obligatorios, pero tampoco está totalmente sometido a una lista cerrada de posibles responsables. La delimitación incorporada por la LRM respecto de las actividades que un *operador* puede desempeñar o no (las incluidas o no dentro de su anexo III), evidencia la presencia del sistema de cláusula general, ya que se exige el cumplimiento de algunos requisitos para que el mecanismo de responsabilidad ambiental –objetiva o subjetiva– se pueda activar (*Cf.*, art. 3)⁵⁵⁴.

Paralelamente a lo exhibido, la LRM para instaurar estos sistemas, se ha apoyado también en una teoría: la de la «mejor posición» en la que se encontraba el sujeto para evitar el daño, tal como sucede en los EE. UU. con CERCLA. Esta teoría tiene como objetivo identificar a la persona que se encuentra en una mejor posición económica para que pueda costear la reparación, como si se tratase de un *deep pocket* (bolsillo profundo). No obstante, existe un inconveniente, ya que personas que podrían no haber tenido nada que ver con el hecho dañoso (una contaminación) tendrán que responder por el daño, con la salvedad –por fortuna–, de poder repetir lo pagado ante la persona que realmente lo causó, y si el daño ha sido causado por varias personas, se podría reclamar a las demás, los costes que excedieron de los necesarios para sufragar la parte proporcional de la reparación del daño causado (responsabilidad solidaria)⁵⁵⁵.

Tanto el Parlamento Europeo y el Consejo, así como el legislador español, han implantado como norma que el autor material de un daño ambiental (el *operador*) deberá responder hasta pecuniariamente. Quiere ello decir que a pesar de que el objetivo primordial de este *nuevo modelo* radique en la identificación del sujeto responsable, con una connotación sumamente

⁵⁵⁴ *Vid.*, GARCÍA AMEZ, 2015: 172-174. El autor enfatiza también en el tema de la actualización del anexo III de la LRM que el Gobierno está habilitado a realizarla mediante una norma reglamentaria (*Cf.*, disposición final tercera de la LRA, segundo punto), lo que agiliza y facilita una adaptación más eficaz de la LRM 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, *cf.*, art. 3). Sin embargo, 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 normativa. No se podría modificar –aumentar– las actividades contempladas en la LRM 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.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, 162-164.

importante y diferenciadora de la institución de la responsabilidad civil clásica, que conlleva la adopción de medidas e implementación de prácticas que busquen y tiendan a minimizar los riesgos que ocasionan daños ambientales; dicho objetivo, se desarrolla a la par un efecto secundario, que obliga a futuro los autores del daño a responder también financieramente⁵⁵⁶; consecuencia directa del principio «quien contamina paga».

Para que este propósito se vea materializado, y los *operadores* no puedan eludir las responsabilidades consagradas en la DRM y la LRM, incluso en el caso de insolvencia, estos dispositivos legales han incluido mecanismos financieros, entre ellos, la constitución de una garantía financiera (Cf., art. 14 DRM y art. 24 LRM). Su no constitución, está tipificada dentro del ordenamiento jurídico español como infracción muy grave (Cf., art. 37.2.fLRM), y en el caso de que la persona considerada responsable con arreglo a la ley muera o se extinga (el caso de las personas jurídicas); sus deberes, y sobre todo sus obligaciones pecuniarias/tributarias, se transmitirán y se reclamarán a sus sucesores, con sujeción a lo que la legislación tributaria haya regulado al respecto (Cf., art. 12 LRM).

Este mandato legal nos obliga a acudir obligatoriamente a la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT⁵⁵⁷), ya que esta regula la sucesión de personas físicas, jurídicas y de entidades sin personalidad jurídica (Cf., arts. 39 y 40⁵⁵⁸). En cuanto a las personas físicas, los herederos serán quienes, salvo aceptación a

⁵⁵⁶ ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 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, 2005: 17.

⁵⁵⁷ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003).

⁵⁵⁸ 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 contra todos ellos simultánea o sucesivamente, para requerirles el pago de la deuda tributaria y costas pendientes».

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 (*Cf.*, art. 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, será transmitida a los sucesores, debiendo notificarse el resultado a todos los interesados (*Cf.*, art. 39.2).

Ahora bien, existen dos salvedades frente a la imposición de estas cargas⁵⁵⁹:

En primer lugar, ni las sanciones ni las obligaciones podrán ser transmitidas en ningún caso, salvo notificación de un acuerdo de derivación de responsabilidades con anterioridad al fallecimiento (*Cf.*, art. 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 (*Cf.*, art. 39.3).

En segundo lugar, las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas y de las entidades sin personalidad o 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 estos, quedando obligados solidariamente a su cumplimiento hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda (*Cf.*, art. 40.1). De modo 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 (*Cf.*, art. 40.2).

Todas las obligaciones tributarias pendientes, cuando se produzca la extinción o disolución sin liquidación de las sociedades mercantiles, se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de dicha operación. Asimismo, se aplicará a cualquier caso de cesión global del activo y pasivo entre sociedades mercantiles (*Cf.*, art. 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» (*Cf.*, art. 40.4).

⁵⁵⁹ *Vid.*, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 42-43.

Por lo que respecta a las sanciones derivadas de las infracciones cometidas por las sociedades o entidades referidas en la LGT podrán ser igualmente exigidas a sus sucesores, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores y «hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda» (Cf., art. 40.5).

D. EXCLUSIONES DEL CONCEPTO DE OPERADOR

La Administración pública (el *operador público*) vuelve a toma gran partida dentro de la regulación de las excepciones que sobre responsabilidad ambiental la LRM ha instado (Cf., art. 2.6), sin que la DRM haya dicho nada al respecto. De forma expresa, la LRM al delimitar el concepto del tan referido *operador*, directamente ha excluido a los órganos de contratación de la Administración pública (Cf., art. 2.10.2). Sin embargo, esta excepción tiene una condición implícita: serán excluidos dichos órganos de esta categoría, siempre y cuando 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 cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta ley» (Cf., *ibid*), en cuyo caso el sujeto responsable será el contratista⁵⁶⁰.

Esta exoneración que la LRM ha incluido ha provocado que varios doctrinarios se pronuncien, más en sentido desfavorable que favorable. MIGUEL DE PERALES⁵⁶¹, califica de negativo a este privilegio concedido en favor de la Administración, rechazando la excusa del ex artículo 198 de la Ley 30/2007⁵⁶², 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 contrato⁵⁶³. Refuta la previsión, recalcando que porque otra ley diga algo parecido no

⁵⁶⁰ De MIGUEL PERALES, 2002: 420.

⁵⁶¹ *Ibid*.

⁵⁶² 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 9 de noviembre de 2017).

⁵⁶³ 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».

significa que sea lo correcto, sino que la protección del ambiente es una cuestión de todos, empezando por los poderes públicos, pero la norma va en dirección contraria. En definitiva, cree que la norma de la LRM no exime de responsabilidad patrimonial a la Administración si los presupuestos exigibles se dan.

Acorde con esta posición, Urrutia⁵⁶⁴ ratifica 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, ejecutar y sufragar los costes de las medidas de prevención, evitación y reparación de los daños ambientales, debiendo cumplir también, con los requisitos y condiciones que las leyes y reglamentos establezcan o que estén previstos en las autorizaciones ambientales integradas, sin que estos los exoneren de responsabilidad ambiental.

E. LOS SUJETOS RESPONSABLES EN CERCLA

1) *Owner or operator* (dueño u operador): Al estar la DRM y la LRM notablemente influenciadas por CERCLA, la terminología empleada por el estatuto federal se torna clave, ya que ha definido detalladamente a los posibles responsables ante un daño ambiental, delimitando, además, los casos en los cuales estos podrían verse inmiscuidos. A estas personas, CERCLA las ha identificado –en términos generales– como *owner or operator* (dueño u operador), y dependiendo de cada supuesto, alcanzarán dicha categoría las siguientes (Cf., §9601.20, 101 y 104):

«(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. 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»⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ URRUTIA GARRO, Carmelo, 2008: «La normativa ambiental dictada por el estado en el año 2007», *IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea / Ambiente y derecho*, núm. 6, 102-103.

⁵⁶⁵ «(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 bancarrota, ejecución hipotecaria, morosidad, abandono o medios similares a una

Ahondando en estas definiciones, colegimos que la noción de *person* incluiría a corporaciones, fideicomisos, socios, y municipalidades (salvo que consigan la propiedad en virtud de una adquisición involuntaria, en cuyo caso quedarían fuera de este grupo⁵⁶⁶). Mientras tanto, un *owner or operator*⁵⁶⁷ no podría ser una unidad estatal o local que adquirió la propiedad o el control involuntario por quiebra, morosidad o infracciones tributarias, abandono u otras circunstancias que permiten al gobierno adquirir dicho título en virtud de su función como poder soberano⁵⁶⁸.

Afortunadamente, esta exclusión no aplica a ningún estado o gobierno local que haya causado o contribuido a la *release* de una *hazardous substance* desde una *facility* o a la amenaza de que esta se produzca⁵⁶⁹. El D. C. Circuit es el único que ha sostenido que el gobierno federal ha renunciado a la inmunidad soberana como *defense* a la responsabilidad de CERCLA⁵⁷⁰, si está actuando como propietario o bajo alguna regulación⁵⁷¹.

En consonancia con lo antes mencionado, para poder imputar responsabilidad, las Cortes de los EE. UU. han sostenido que no es necesario probar la *proximate cause*, sin que previamente se identifique a los actuales o anteriores *owners or operators* de los *disposal sites*⁵⁷².

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 pertenece a la autora de esta obra.

⁵⁶⁶ FERREY, 2010: 392.

⁵⁶⁷ En conformidad con CERCLA, un fideicomisario y beneficiario exclusivo de un fideicomiso de bienes raíces que posea un sitio será considerado *owner* (este será responsable después de que el contrato haya sido celebrado, pero antes de que se ejecute la venta en sí misma). La EPA, concibe que los *lessees* (arrendatarios) también deberían ser considerados *owners* con el fin de cumplir con los propósitos de responsabilidad de CERCLA. *Vid.*, FERREY, 2010, 396-398.

⁵⁶⁸ 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 (*Cf.*, 42 USC 9601.21).

⁵⁶⁹ FERREY, 2010: 381-382.

⁵⁷⁰ Si el Estado ha sido culpable de una conducta negligente en la selección, investigación y diseño de un remedio para un sitio, en situaciones limitadas se lo ha responsabilizado

⁵⁷¹ *Vid.*, *East Bay Municipal Utility District v. Department of Commerce*, 142 F.3d 479 (D.C. Cir. 1998).

⁵⁷² Los *circuitos federales* se muestran significativamente divididos en sus posturas respecto de si la migración pasiva de contaminación en el suelo constituye una *disposal site*, lo cual implicaría responsabilidad para los propietarios anteriores. El *Segundo Circuito* ha indicado que esta no desencadena la responsabilidad que CERCLA consagra; el *Tercer Circuito* ha sostenido que la migración no constituye una *disposal* si esta se originó por la colocación directa de los contaminantes en 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; y, el *Noveno Circuito* ha sostenido que el ex propietario de una propiedad podría ser responsable por la migración pasiva, solo si los contaminantes se originaron en un *container* o un *vessel* (hecho que no deja de resultar particularmente curioso). Lo que hay que resaltar, es el *continuum* que los casos crean a través de los *Circuitos*. La venta de un sitio, que luego llegase a representar una amenaza, deja como responsable al anterior dueño de ese sitio, durante el período de la *disposal* de las *hazardous substances*; y, a los compradores actuales, si tuviesen un

2) *Officer liability or Corporate officer* (responsabilidad del funcionario o funcionario corporativo: El velo corporativo también podría ser perforado por la responsabilidad del *operator*, siempre y cuando exista una *proximate cause*, y un *nexus* razonable. De esta manera, si los *corporate officers* de una empresa han organizado o dispuesto personalmente una *disposal waste* o eliminación de residuos o la han supervisado o ejercen el control actual sobre esta actividad, directa o indirectamente, serán responsables⁵⁷³ (Cf., §106 y 107 CERCLA)⁵⁷⁴.

Asimismo, los funcionarios o accionistas pueden ser considerados responsables cuando asuman un rol activo de administración, si la corporación está *closely held* (sostenida estrechamente), pese a que el alcance de la responsabilidad requiere de un nivel de *proximate cause* que no se exige en el caso de responsabilidad objetiva del *generator, owner or operator* (Cf., *ibid*, §107.a). En armonía con estas disposiciones, 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 *criminal offenses* (delitos penales). La Corte encontró que la mera autoridad para ejercer control sobre la actividad de una corporación que cause una descarga ilegal es suficiente para imponer responsabilidad penal, así no haya existido autoridad ejercida de hecho, y la corporación no haya conferido expresamente un deber a ese empleado de ejercer control sobre una actividad⁵⁷⁵.

3) *Transporters*: CERCLA y la jurisprudencia han vinculado también, a los *transporters* o transportadores (incluyendo a los antiguos) de las *hazardous substances* con los *clean costs*, siempre que hayan sido quienes seleccionaron el *disposal site*⁵⁷⁶, aunque para poder imponer la responsabilidad⁵⁷⁷ se debe probar la *proximate cause*.

No obstante, la *Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act* o ley de revitalización de áreas industriales abandonadas y alivio de responsabilidad de pequeñas empresas, recoge ciertas excepciones específicas, tanto para los *generators* de *micromis*⁵⁷⁸ y *transporters* de *wastes* o

conocimiento real de los probables contaminantes, ya sea que ocurra o no la *disposal*. Vid., FERREY, 2010: 396-398.

⁵⁷³ Este principio fue articulado por primera vez en el precedente *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).

⁵⁷⁴ No obstante, la participación activa en los asuntos cotidianos de la empresa, a falta de una prueba directa de que el acusado realmente participó en la conducta creadora de responsabilidad no es suficiente para imponer responsabilidad.

⁵⁷⁵ Vid., FERREY, 2010: 400-401.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, 401.

⁵⁷⁷ Esta responsabilidad es menos extensa que la prevista por la RCRA (Cf., §7003)

⁵⁷⁸ En general, un *de minimis settlement* es un acuerdo entre la EPA y los responsables de una contribución mínima en cantidad y toxicidad de *hazardous substances* en un sitio *superfund*, o con los compradores del sitio, que no tenían conocimiento o no causaron ni contribuyeron a la contaminación.

residuos, así como para los municipios y pequeños negocios que hayan evacuado residuos sólidos. Para que estas prosperen se deben cumplir con ciertos requisitos⁵⁷⁹:

- a) Las *hazardous substances* (de *micromis*) no deben haber contribuido significativamente al *cost of response or restoration actions* (costo de respuesta o acciones de restauración) de los recursos naturales;
- b) Los *generators or transporters* no deben haber incumplido con la citación administrativa o solicitud de información;
- c) Tampoco deben haber impedido la *response or restoration action* de la EPA; y, menos aún;
- d) Deben haber sido condenados por algún delito penal con respecto a sus actividades particulares en conformidad con CERCLA.

F. *THE MULTIPLE TORTFEASORS* (LA PLURALIDAD DE OPERADORES)

Cualquier sistema de responsabilidad de por sí implica demostrar quién es el sujeto responsable. Sin embargo, tal como hemos venido destacando a lo largo de esta obra, muchas externalidades ambientales no se originan de un único agente contaminador, sino que más bien son el resultado de alguna contaminación proveniente de muchas fuentes. Por lo tanto, para los demandantes puede ser difícil el poder identificar al *polluter cause-in-fact* (contaminador de la causa del hecho) de sus lesiones. Este problema dentro del marco jurídico estadounidense es conocido como el problema del *indeterminate defendant* (demandado indeterminado)⁵⁸⁰.

En palabras más sencillas, este hecho supone que podría existir una serie de personas que han contribuido al daño final resultante⁵⁸¹. Como resultado, han surgido tres doctrinas para el reparto de las responsabilidades, las cuales versan sobre la responsabilidad solidaria con el fin de aliviar la carga del demandante en demostrar la *cause-in-fact* ante estas situaciones⁵⁸²:

Mientras tanto, los *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 *superfund*. Vid., EPA: «Superfund Cleanup Subject Listing De Minimis/De Micromis Policies and Models», EPA, acceso el 15 diciembre de 2017.

⁵⁷⁹ Vid., FERREY, 2010: 394.

⁵⁸⁰ ABELKOP, 2013: 405-406.

⁵⁸¹ En distintas ocasiones, este tipo de daños han sido designados como «daños colectivos», aunque preferimos evitar esta designación para no confundir al lector con los daños que afectan a una pluralidad de personas o a al público en general como ocurre con el daño ambiental.

⁵⁸² Para profundizar sobre estas teorías, vid., MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHISON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto, 1999: *Daño ambiental*, tomo I., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 114-115.

1) La teoría de la causalidad alternativa o teoría holandesa, en la cual es totalmente imposible para la víctima probar quién es la persona que ha provocado el daño; por ende, se opta por la responsabilidad solidaria de todos los sujetos participantes.

2) La teoría de la participación en el mercado, propia de los daños provocados por los responsables de productos elaborados o lesivos para el ambiente, en virtud de la cual se pretende que cada uno de ellos responda en la medida de la participación de su establecimiento, producción, etc.

3) La teoría de la proporcionalidad, según la cual, la reparación debe ser proporcionada a la probabilidad de causación del daño.

En el ordenamiento norteamericano, las normas de responsabilidad solidaria cambian funcionalmente la carga de asignar la culpa, la cual, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, se fija o se distribuye proporcionalmente en relación con los acusados por las lesiones causadas a consecuencia de su contaminación ambiental. Para que ello ocurra, generalmente se requiere que el acusado demuestre que los otros contaminadores han sido sustancialmente más responsables por la lesión del demandante que el mismo. El demandado que haya sido considerado responsable y que hubiese pagado más de la parte justa que ordena la sentencia podría cobrar a los otros contaminadores bajo la «teoría de la contribución e indemnización parcial equitativa», que les obliga a estos últimos a reembolsar la parte justa o bajo la «teoría de la indemnización», que les impone reembolsar el importe total fijado en la sentencia. En cualquier caso, los elementos precisos para que la contribución e indemnización prosperen difieren entre las diversas jurisdicciones de los EE. UU.⁵⁸³.

Aparentemente, al emplear alguna de estas teorías, para un demandante puede ser más fácil ganar un juicio de responsabilidad por productos defectuosos que una demanda por *toxic torts*⁵⁸⁴. Identificar la gama de fabricantes de un producto es una labor relativamente simple mientras que la identificación de los responsables de externalidades ambientales de origen difuso es una tarea más ardua. Los ejemplos de contaminación ambiental de origen difuso van desde la contaminación de las aguas subterráneas y los sitios

⁵⁸³ ABELKOP, 2013: 406.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, 406-407. El modelo de *Tort Law* explica el por qué los defensores del ambiente hasta ahora han sido infructuosos en convencer a un tribunal, sosteniendo 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. Las emisiones de dióxido de carbono son el efecto difuso o una externalidad de origen difuso. Incluso si un demandante establece una relación de causalidad general al demostrar que sufrió un daño directo por emisiones de CO₂, sería prácticamente imposible establecer una relación de causalidad específica demostrando que fueron esas emisiones (del acusado) las que causaron el daño.

Superfund (efectos concentrados) hasta las fuentes móviles de contaminación atmosférica proveniente de los vehículos (efectos difusos).

Aunque las normas de responsabilidad han surgido para ayudar a los demandantes ante múltiples responsables de una lesión que han sido demandados, el *Tort Law* no puede ser la mejor herramienta disponible para abordar estas externalidades de origen y efecto difuso. El congreso eligió emplear la responsabilidad para resolver un problema ambiental de origen difuso mayor mediante la promulgación de CERCLA ⁵⁸⁵.

En el marco jurídico europeo, la DRM, lejos de imponer unas reglas para la imputación de costes, se ha limitado a disponer 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» (*Cf.*, art. 9).

En consecuencia, ante varios responsables, será el criterio predominante que cada Estado quiera establecer el que oriente la imputación de los costes. Esta libertad junto con las peculiaridades del daño ambiental han motivado a que la mayoría de los Estados opten por la adopción de un sistema mancomunado o solidario. La razón radica, tal como destacan Gómez Pomar y Gili Saldaña ⁵⁸⁶, que cuando estamos ante un daño ambiental, no nos encontramos ante un daño común, lo que impide su división y, menos aún, cargar a la sociedad con la insolvencia de alguno de los responsables. La LRM es un claro ejemplo de lo expuesto:

«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» (*Cf.*, art. 11).

Evidentemente, una de las particularidades de la LRM ha sido la adopción de una responsabilidad mancomunada, en la cual cada responsable tiene la obligación de resarcir únicamente los daños que por sí mismo haya causado. Esta elección, en opinión De Miguel Perales ⁵⁸⁷, ha sido la correcta, pues el hecho de que cada *operador* involucrado pague por la contaminación que ha

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ GÓMEZ POMAR Y GILI SALDAÑA, 2007: 313; PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 39.

⁵⁸⁷ *Vid.*, De MIGUEL PERALES, 2008: «Aspectos básicos de la nueva regulación sobre responsabilidad medioambiental», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, p. 6, ISSN: 1133-6900.

causado reforzará el carácter disuasorio, ya que una responsabilidad solidaria provocará que no se pueda llevar a cabo un adecuado análisis de costes y beneficios. En esta misma línea, Cabanillas Sánchez⁵⁸⁸, ha reflexionado que, si una de las finalidades principales es la efectiva aplicación de un sistema de aseguramiento obligatorio, se debería evitar instituir un régimen objetivo y solidario, porque obstaculiza el análisis de riesgos que cada aseguradora necesita elaborar para la cobertura adecuada de los riesgos de su cliente.

Sin embargo, dentro de la doctrina persisten discrepancias en cuanto a esta elección. Álvarez Lata⁵⁸⁹ ha hecho presente su preferencia por un sistema de responsabilidad solidaria, debido a que existe una multitud de problemas causales, agravados por un sistema de garantías financieras no obligatorio para todas las actividades. Pedraza⁵⁹⁰ ha reafirmado esta postura manifestando que el *operador* asumirá el riesgo de otros responsables que no puede ni vigilar, ni controla, aunque ha destacado que el principal problema de la elección de este régimen mancomunado será la probable insolvencia de los demás responsables, que si se hubiese optado por la responsabilidad solidaria esto se hubiese podido solucionar, lo cual, a su vez, colaboraría a reafirmar el principio general de «quien contamina, paga». Gomis Catalá, ha destacado las dos dificultades que la elección de este tipo de responsabilidad supone⁵⁹¹:

1) Hasta que las responsabilidades no queden establecidas, 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 ni podría ser aplicada, pues el CC español dispone (*Cf.*, arts. 1137 y 1138) que solo cabría cuando la ley expresamente así lo establezca. Esporádicamente, la jurisprudencia ha permitido salvar esta norma general en materia de pluralidad de responsables en daños extracontractuales, tratándose de una «solidaridad impropia».

2) 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 mínima⁵⁹².

⁵⁸⁸ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1996: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi S. A. (Navarra:), p. 285.

⁵⁸⁹ ÁLVAREZ LATA, Natalia, 2004: «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*, núm. 5, pp. 11 y ss., ISSN-e 1696-9634.

⁵⁹⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 39-41.

⁵⁹¹ GOMIS CATALÁ, 1998: 193.

⁵⁹² Para profundizar sobre los estados que han optado por este tipo de responsabilidad, *vid.*, RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2006: «Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la Directiva 2004/35/CE y la responsabilidad civil», en PIGRAU SOLÉ, Antonio (coord.), *Nuevas perspectivas*

Ante estos hechos, debemos permanecer conscientes de que el objetivo de la LRM nunca ha sido el resarcir a las víctimas. Por esta razón, 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 ejecución de medidas» (Cf., art. 23.1.b LRM), como última opción, la ley 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, cuando realmente no sea posible la identificación del posible sujeto responsable por la diversidad de *operadores* existentes, y no se pueda esperar por comportar un riesgo grave de producción de daños ambientales⁵⁹³. Lo anterior no significa que el responsable queda libre de sus obligaciones. La autoridad podrá recuperar del *operador* o del tercero responsable los costes en los que haya incurrido (Cf., art. 23.3.1 LRM).

Esta obligación no es más que la consecuencia directa del designio constitucional, en virtud del cual se ha atribuido el deber de protección y restauración a los poderes públicos de los recursos naturales, cuya utilización no sea la adecuada, aunque puede que no prospere «cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable» (Cf., art. 23.3.2 LRM).

G. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: *EL VÍNCULO O NEXO CAUSAL*

La complejidad que pudo haber representado tratar de delimitar el alcance del *operador* se estrecha ante lo complicado que resulta probar la causalidad, es decir, la relación que debe existir entre la conducta del sujeto causante del daño (la acción de la causa), y el hecho dañoso como tal, ya que muchas veces la interrelación entre ambos hechos no es factible demostrar, y para poder imputar responsabilidad, es necesario que estos estén concatenados entre sí, caso contrario es posible que surja el riesgo de provocar una gran inseguridad jurídica.

1. La causa en el ámbito civil

Ningún fenómeno surge de por sí; es decir, de la nada. Siempre habrá un origen, una *causa* que lo anteceda, cuya consecuencia será el efecto, el cual en el ámbito jurídico lo representa el *daño*, indistintamente del campo del Derecho

de la responsabilidad por daños al medio ambiente, 1.ªed., Ministerio del Ambiente, Madrid, pp. 100 a 101.

⁵⁹³ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 41.

que lo regule (civil, administrativo, ambiental, penal, laboral, etc.). En otras palabras, todo daño es el efecto de una acción u omisión, que a la vez constituye la *causa*. Esta relación que se produce entre la *causa* y el *efecto*, doctrinariamente se conoce como «relación de causalidad» o «nexo causal».

En materia civil, la relación causa-efecto⁵⁹⁴, es decir, la relación entre la acción u omisión del agente (la *causa*), y el daño inferido a la víctima (el *efecto*), es otro de los requisitos *sine qua non*, que en caso de no existir o de no poder probarse, el régimen de responsabilidad civil extracontractual no se podrá instituir. Dentro del ordenamiento jurídico español, la norma en virtud de la cual se evidencia esta obligatoriedad es precisamente el artículo 1902 del CC: «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»⁵⁹⁵.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha decidido que deberíamos entender 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 sucedido⁵⁹⁶. A partir de aquí, se ha pronunciado en el sentido de que para proceder a la valoración del *nexo de causalidad*, se debe comprender 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 particular, en virtud de lo cual se podrá eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al *nexo causal*, so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima⁵⁹⁷.

Cuando la *causa* del daño es una sola, demostrar el *nexo causal* no genera enormes tropiezos. El panorama cambia notablemente cuando aparecen supuestos en los cuales es imposible constatar la *causa* que ha originado el daño⁵⁹⁸ o existen varias *causas* (*concausas*) concurrentes en la producción del

⁵⁹⁴ Vid., ROSENKRANTZ, Carlos F., 2005: *La responsabilidad extracontractual*, Gedisa S. A., Barcelona, pp. 147-151.

⁵⁹⁵ Por lo tanto, queda pendiente la necesaria determinación de la relación existente entre la acción u omisión y el daño producido.

⁵⁹⁶ Vid., TS, Sala de lo Civil, n.º 1010/2006, de 20/10/2006, Rec. 4880/1999, sobre la indemnización por lesiones causadas a un menor de edad, por estallar un cohete que lo estaba manipulando este, y uno de los codemandados que le prendió fuego con un mechero. Es un caso de concurrencia de culpas.

⁵⁹⁷ Vid., TS, Sala de lo Civil, n.º 83/2010, de 22/02/2010, Rec. 356/2007, la cual versa sobre un accidente de circulación, ante la aparición violenta de un peatón en la calzada, quien resultó ser atropellado un poco antes de las doce de la noche, sin luz artificial para efectuar sus necesidades fisiológicas en la mediana. Es un caso que demuestra la culpa exclusiva de la víctima.

⁵⁹⁸ Vid., sentencia n.º 186/2000 de TS, Sala 1.ª, 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 traspie infortunado. Esta relación

daño final (cuestión latente y frecuente en los daños ambientales). Indiscutiblemente, la delimitación de este presupuesto ofrece un problema de cierta complejidad ante los diversos antecedentes que pudiese tener la causa (acción u omisión), lo cual induce a cuestionarnos: ¿Cuál de ellos es el determinante? En términos más prácticos, por medio del establecimiento de la relación de causalidad, lo que se pretende es demostrar quién es el auténtico responsable que ha de costear los gastos de reparación del daño⁵⁹⁹.

1.1. TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD

Lamentablemente, al CC español le falta contenido para dilucidar esta problemática. Es por ello por lo que la doctrina ha intervenido proponiendo varias posibles soluciones. Entre las más difundidas, están las siguientes⁶⁰⁰:

1) Teoría de la «Equivalencia de Condiciones» o *conditio sine qua non*, según la cual, no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diversos antecedentes. Acorde con esta teoría, es *causa* toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que este no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (*sine qua non*). En suma, todas son equivalentes y cualquiera puede ser la causa.

2) Grupo de teorías, que, de los diversos antecedentes, destacan como posibles causantes uno o varios de ellos:

a) Teoría de la «causa adecuada» (para apreciar la culpa del agente), que entiende como *causa* del daño solo aquel antecedente con base en criterios de probabilidad, posibilidad o de razonable regularidad. La producción del resultado dañoso ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad. Por consecuencia natural se entenderá a aquel antecedente que propició 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.

fáctica, excluye absolutamente el nexo causal entre el daño causado a la parte recurrente y la acción de la parte recurrida. El Tribunal ha dejado en claro que la teoría del riesgo tampoco puede aplicarse, salvo con sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos), solo a aquellas actividades que impliquen un riesgo considerable anormal en relación con 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 consecuencia, la casación no tuvo lugar.

⁵⁹⁹ LASARTE, 2014: 374.

⁶⁰⁰ Por todos, ACEDO PENCO, Ángel, 2011: *Derecho de contratos. Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, Dickinson S. L., Madrid, p. 367.

«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»⁶⁰¹.

b) Teoría de la «causa próxima», por la cual se estima que el hecho más próximo al daño debe ser su causa.

c) Teoría de la «causa eficiente» o «causa preponderante», que sostiene que el hecho más eficiente es el decisivo.

Todas estas teorías han sido consideradas meramente *teóricas*⁶⁰², ya que han resultado ser insatisfactorias para resolver la multiplicidad de supuestos prácticos que se han venido presentando en el diario vivir. Por lo tanto, debido a la latente diversidad doctrinal, ha nacido la imperiosa necesidad de un criterio que permita imputar responsabilidad extracontractual, por lo que el Tribunal Supremo ha decidido adoptar una posición, formulando una declaración de carácter general que ha venido aparejándose más a la teoría de la «causalidad adecuada» para probar ese enlace preciso y directo entre la acción u omisión (*causa*), y el daño o perjuicio resultante (*efecto*), es decir, el *nexo causal*, sin que esta postura le haya deslindado totalmente —o *convenientemente*— de la teoría de la «causa eficiente»⁶⁰³.

Ante la sobrevenida de concausas, ha prevalecido —en el sistema español— un criterio jurisprudencial que obliga a reconocer que no solo la causa última e inmediata ha de ser tenida en cuenta en la atribución de la responsabilidad extracontractual⁶⁰⁴.

«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, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última»⁶⁰⁵.

Llegados a este punto, conviene subrayar que el establecimiento de la relación de causalidad y la atribución de la imputación objetiva podrían cruzarse

⁶⁰¹ Cf., sentencia de TS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de octubre de 1990, núm. 613. *Ibid.*, sentencia de TS, de 29 de mayo de 1995, núm. 504.

⁶⁰² LASARTE, 2014: 374-375.

⁶⁰³ ACEDO PENCO, 2011: 368.

⁶⁰⁴ LASARTE, 2014: 375.

⁶⁰⁵ ACEDO PENCO, 2011: 367-368.

en una sola operación. Ante estos supuestos, el TS (Sala de lo Civil) ha resuelto en reiteradas ocasiones lo siguiente⁶⁰⁶:

«[...] 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), [...]».

Dentro del caso que venimos analizando, para demostrar el riesgo que representaba la práctica extractiva de petróleo en la Amazonía ecuatoriana, la Corte, acudió a la teoría de la «creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso», en virtud de la cual la presencia del *nexo causal* se acredita cuando el resultado causal o la creación culposa de un estado precede a la configuración del riesgo o este incluye verdaderamente un riesgo injustificado, lo que precisamente haría que en una misma operación, la relación de causalidad y la atribución de la imputación objetiva se conecten.

Por lo que resta afinar con respecto a la relación de causalidad, el doctrinario Cabanillas Sánchez⁶⁰⁷ considera que el *nexo causal* deberá contentarse con la probabilidad de su existencia. Compartiendo igual criterio, Moreno Trujillo⁶⁰⁸ destaca los principales beneficios que esta situación traería consigo:

- 1) El refuerzo de la postura de la víctima, que siempre está en desventaja por ser la persona agredida.
- 2) Un abaratamiento de los costes procesales, probablemente debido a la reducción del tiempo que provocaría en cada caso.

El último hecho circunstancial que se podría presentar a la hora de fijar la relación de causalidad es aquel con el que el juez se enfrentaría cuando no la pueda demostrar.

⁶⁰⁶ Cf., TS, Sala de lo Civil, n.º 423/2007, de 17/04/2007, Rec. 1007/2000. La sentencia trata del ingreso de un paciente derivado de urgencias con isquemia aguda en el miembro inferior derecho, quien fallece. Se indicó arteriografía, la cual no podía llevarse a cabo en el Centro, a pesar de la disposición del profesional encargado, porque el servicio no estaba previsto como ininterrumpido; era fin de semana y no se encontraba 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 al enfermo a otro Centro preparado. Existe un daño consistente en frustración de la expectativa de supervivencia. Se logró demostrar la relación de causalidad y tuvo cabida la imputación objetiva del daño.

⁶⁰⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1996: 178-179.

⁶⁰⁸ MORENO TRUJILLO, Eulalia, 1992: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, pp. 256-257.

2. La causalidad en materia ambiental

Si marcamos como punto de partida al daño ambiental, para que este llegue a configurarse como tal, debe cumplir con ciertos requisitos (pormenorizados desde el inicio de esta obra, *Cf.*, capítulo II), pero para que pueda ser objeto de restauración bajo el marco de responsabilidad creado por la DRM y la LRM, requiere no solo que el sujeto o sujetos contaminantes sean identificados, sino que prospere el cumplimiento de una condición extra de carácter *sine qua non* (aplicable en verdad a todo tipo de responsabilidad): la justificación de la relación de causalidad; es decir, del vínculo o *nexo causal* entre el sujeto responsable (que en el campo del Derecho ambiental estaría representado por el *operador*) y el o los daños ocurridos.

Empero, no se podría alcanzar este resultado imperioso, es decir, lograr una imputación razonable entre el acto u omisión del demandado y el daño que fundamenta el demandante, sin antes saber cuál ha sido la *causa* detonante de dicho *efecto*⁶⁰⁹. Aquí, subyace el carácter *sine qua non* de este elemento. Si prescindimos de él, sería bastante difícil –por evitar decir imposible– identificar al sujeto contaminante, lo cual generaría como efecto directo, que la institución de responsabilidad ambiental se quede totalmente paralizada o fracasada (aunque esto no obsta, a que sea la Administración pública, la que en último de los casos decida actuar por su cuenta, y reparar el daño).

Desde la parte expositiva de la DRM, se ha venido reconociendo no solo que los daños deben ser concretos y cuantificables, sino que es necesario identificar a uno o varios de los agentes contaminantes, y establecer un *vínculo causal* entre los daños y los contaminantes identificados para que la responsabilidad pueda ser aplicable (*Cf.*, considerando 13). De ahí que, el *nexo causal* represente una exigencia *sine qua non*, tanto para los *daños directos* como para los *daños difusos*⁶¹⁰.

Si nos ajustamos en estricto sentido a la *parte* normativa de la DRM y la LRM, en ella se ha regulado expresamente que el mecanismo de responsabilidad ambiental se instaurará o será aplicable solamente: «[...] a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible

⁶⁰⁹ Así lo ratifica también la STJCE, de 9 de marzo de 2010, apartado 52, asunto C-378/08, en la cual se ha dejado en claro que «[...] es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados [...]».

⁶¹⁰ *Vid.*, STJCE, de 9 de marzo de 2010 (Asunto C-378/08. RAJ 2010. RJ.a 70). La sentencia también reduce la importancia del nexo causal en los casos de daños difusos, destacando que un régimen como la normativa de responsabilidad ambiental (sobre todo se refiere a la DRM, art. 4.5) no constituye un instrumento adecuado cuando no se puede determinar el nexo causal.

establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos». (Cf., art. 4.5 DRM y art. 3.3 ⁶¹¹ LRM).

Esta disposición legal, nos obliga a delimitar el alcance de lo que deberíamos entender por *contaminación de carácter difuso*. Para ello, nos hemos remitido al apartado de definiciones que la DRM y LRM han incorporado en su normativa (Cf., art. 2 de ambas), y al constatar que no existe ninguna noción que refiera a ella, hemos decidido gravitar en el lenguaje común. Se podría entender que esta clase de contaminación es aquella provocada por las actividades nocivas desarrolladas por varios operadores, las cuales han contribuido a la producción del daño total. Sin embargo, en la medida en que estas actuaciones no pueden ser identificadas tan fácilmente, puesto que en algunas ocasiones como sucede con la contaminación atmosférica, prácticamente es imposible demostrar quién ha sido el *causante objetivo* ⁶¹². Para lograr atribuir la comisión del daño a alguno de los *operadores*, hay que intentar resolver uno de los problemas más complejos que circundan dentro del ámbito ambiental: ¿Cómo probar si tal acto causó o no dicho daño?

La solución dependerá de saber cuál ha sido el daño producido y qué tipo de *operador* ha contribuido en mayor parte al resultado dañoso, a pesar de tratarse de un caso de contaminación *difusa*. Para poder llegar a esta meta, dentro del ordenamiento jurídico español, en vista de que la DRM no dice nada al respecto, será de aplicación exhaustiva lo dispuesto por la LRM en su «*ámbito de aplicación*» (Cf., art. 3), ya que en él se identifica qué actividades quedarán sometidas al régimen de responsabilidad ambiental, y cuáles no; delimita la naturaleza de la responsabilidad: objetiva, en virtud de la presunción legal de causalidad que construye, o subjetiva, según la intencionalidad (*dolo o culpa*) en su ejecución; y, denota las consecuencias que surgirán según dicha intencionalidad, sobre todo respecto de las medidas de *prevención, evitación y reparación*.

Ahora bien, no se podrá alcanzar una aplicación efectiva de la norma sin que antes se haya concretado correctamente la relación de causalidad entre el daño ambiental y el *operador* que presuntamente lo causó. Por lo mismo, el ente juzgador se ha visto impulsado por las teorías más desarrolladas y usualmente aplicadas en el orden jurisprudencial civil, siendo las más recurridas dentro del área jurídico-ambiental las dos siguientes ⁶¹³:

⁶¹¹ En armonía con este precepto legal, *vid.*, el art. 41.2.e LRM, que trata sobre los requisitos para iniciar el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental.

⁶¹² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 140.

⁶¹³ *Vid.*, *Ibid.*

- 1) La teoría de la *equivalencia de condiciones*
- 2) La teoría de la *causalidad adecuada*

De estas teorías, la de la *equivalencia de condiciones* es la que más asidero ha tenido en el campo ambiental. Pedraza⁶¹⁴ asevera que habrá que recurrir a esta teoría, aun cuando por lo general «el cómo y el por qué se produjo el accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso». El único inconveniente que a su parecer podría surgir con la aplicación de esta teoría es que los *agentes* que hubiesen participado en la contaminación responderán por el mero hecho de haber cooperado en la generación del daño; aunque no sería lógico, que un *operador* pueda liberarse de esta obligación acudiendo a un solo argumento de que otros también participaron en su producción.

En contraste con este discernimiento, en la opinión de otros doctrinarios⁶¹⁵, de presentarse esta situación, habrá que atenerse al resultado, y en relación con este observar si con su exclusión la producción del daño se hubiese producido igualmente; 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 producir el daño. De este modo, los *operadores* que hayan ejecutado una actividad que no sea considerada necesaria o precisa en la producción del daño deberían ser excluidos. Por igual, los responsables de las actividades accesorias no quedarían inmiscuidos en la relación de causalidad⁶¹⁶.

Si comparamos a esta teoría con la de la «causalidad adecuada», esta última no ha sido apoyada doctrinariamente por unanimidad. Bautista Romero⁶¹⁷ defiende que esta teoría no sería el sistema idóneo para establecer la relación de causalidad en los daños ambientales, pues lo que acredita son hechos fácticos y no jurídicos. Estima el autor que, aplicando esta teoría, se corre el riesgo de someter su precisión 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, siendo habitualmente la *causa* que con más probabilidad puede causar el daño

⁶¹⁴ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 142.

⁶¹⁵ VERCHER NOGUERA, Antonio; CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel & Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, 2003: *Responsabilidad civil ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, pp. 140 a 143.

⁶¹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1995: 38.

⁶¹⁷ BAUTISTA ROMERO, citado por PEDRAZA LÁYNEZ, 2016: 127.

la que efectivamente lo haya causado⁶¹⁸. En este mismo orden de ideas, Moreno Trujillo⁶¹⁹ arguye que lo que verdaderamente importa en el contexto ambiental es la producción de los hechos que surgieron en el medio natural, siempre que generen efectos jurídicos, pasando a ser la relación de causalidad entre la actividad y la producción del daño una cuestión más de hecho, y no un aspecto jurídico (salvo en el terreno de la responsabilidad objetiva), tal como ocurre con las acciones de responsabilidad civil.

En otro orden de ideas, Betancor⁶²⁰ no concuerda plenamente con estas afirmaciones. A juicio suyo, la acción productora del daño ambiental es la *causa física*, cuya consecuencia jurídica es la responsabilidad. Por consiguiente, la acción vendría a configurarse al mismo tiempo como la *causa jurídica* del instituto de responsabilidad; siendo el responsable de la acción, también el responsable del daño. Con ello, demuestra una vez más que el *nexo causal* es un elemento indispensable que une la actividad que desempeña el agente o el sujeto causante del daño (el *operador*) con el resultado dañoso, independientemente de que el acto que provocó el daño haya sido cometido o no con intervención de dolo, culpa o negligencia (es decir, que el acto sea o no culposo, sea o no diligente); y lo sea en mayor o en menor grado; cualidad que le ha permitido concretar al dogmático, que el *operador* puede ser el causante del daño no solo desde un *frontis*, sino por conducto de dos posibilidades:

- 1) El *operador*, voluntariamente, ha querido llevar a cabo la acción, incluidas todas sus consecuencias.
- 2) 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.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí, admitiendo que la relación de causalidad entraña que cada momento, desde la actuación inicial hasta la producción del resultado deben estar perfectamente enlazados entre sí, de tal manera que el acto anterior condicione al posterior hasta que el resultado final se produzca, ya que esta relación no solo debe existir, sino debe ser probada⁶²¹, porque será la que forjará a que el procedimiento de responsabilidad se instaure, y su mecanismo reparador se ejecute.

⁶¹⁸ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 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 a atender a «las circunstancias del caso y el buen sentido».

⁶¹⁹ *Ibid.*, 123.

⁶²⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1752.

⁶²¹ MORENO TRUJILLO, 1992: 245-258. En igual sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 126-127.

En nuestro criterio, cuando hablamos de responsabilidad ambiental, por lo general hablamos de una *responsabilidad objetiva*, ya que una vez se haya identificado la *causa física*, esta se podrá instituir inmediatamente; más aún, si la actividad que ha originado el daño es de aquellas a las que la DRM y la LRM han calificado de «peligrosas», y las han regulado bajo una presunción *iuris tantum*, en virtud de la cual su ejecución trae como consecuencia directa la reparación del daño ambiental por parte del agente que lo ha creado. En definitiva, se presume que existe una relación causal de hecho y de derecho. No bastaría con apreciar elementos de hecho.

2.1 LA PRESUNCIÓN DE CAUSALIDAD

Teniendo en cuenta las complicaciones antes expuestas, y debido a que –tal como hemos dicho–, la DRM no precisa cómo ha de determinarse el *nexo causal*, los estados han sido facultados para adoptar normas nacionales que permitan materializar el principio «Quien contamina paga»⁶²². Propiamente, dentro del ordenamiento jurídico español, la LRM al transponer la DRM, con el fin de brindar una solución práctica que permitiese establecer el *nexo causal* con certeza, implementó una presunción *legal* o *iuris tantum*⁶²³ (que se ha convertido a la par, en un gran avance en materia ambiental) por congrega las actividades de su anexo III unas características intrínsecas de peligro, cuya ejecución podría generar un mayor riesgo ambiental.

De ello, se infiere que la LRM obliga al *operador* a tener un grado reforzado de diligencia, de tal suerte que, si el daño se produce, se deducirá que es por su propio incumplimiento del *deber de cuidado*; y, por ende, será el sujeto que deba responder por los daños causados, por ser quien ejecutó tal o cual actividad. Expresamente, la ley dispone:

«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

⁶²² En este sentido, *vid.*, STJCE, de 9 de marzo de 2010, en la cual se 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 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».

⁶²³ ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 419. Los autores confirman que ante 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».

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». (Cf., art. 3.1, segundo párrafo LRM)

Para ser más ilustrativos, nos debemos remitir al anexo III de la DRM y de la LRM, ya que la serie de actividades que se haya incorporada en su redacción no solo permite constatar su peligrosidad, sino que en consideración con la forma en como se ha ejecutado la acción productora del daño, el ente juzgador deberá elegir el tipo de responsabilidad que se le habrá de imputar al posible sujeto responsable: (i) *responsabilidad objetiva*, que versa sobre aquellas acciones o actividades que representan un mayor potencial de riesgo, y que están contempladas en el anexo III o, (ii) *responsabilidad subjetiva*, destinada para las actividades que implican un menor factor de riesgo, y que están fuera de la órbita del mismo anexo.

Bajo esta perspectiva, conviene recalcar que la responsabilidad objetiva no requiere de la presencia de ningún elemento subjetivo en el actuar del agente causante del daño: ni dolo, ni culpa. De nuevo, la ejecución de una de las actividades del anexo III de la DRM y de la LRM, no exhorta ninguna implicación volitiva ni un grado mínimo del *operador* respecto de la acción o actividad dañosa⁶²⁴. Cuando alguna de estas actividades se lleve a cabo en el lugar donde se ha producido el daño ambiental, se presumirá en conformidad con la LRM, que tal actividad e indirectamente su *operador* son los causantes de dicho menoscabo (Cf., art. 3, segundo párrafo).

La única exigencia que la LRM ha prefijado para que esta presunción tenga lugar, es que la actividad «atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo» (Cf., art. 3.1 segundo párrafo). Eso sí, basta una prueba contradictoria para que la imputación de responsabilidad quede automáticamente eliminada; es decir, este tipo de presunción trae consigo una consecuencia en el ámbito probatorio: la inversión de la carga de la prueba⁶²⁵, recae ahora sobre quien ejecutó la actividad riesgosa (es el autor material del hecho, quien debe probar los hechos). Siguiendo este enfoque, será el propio *operador* quien deba demostrar que no ha existido tal falta o que ha concurrido alguna de las causas que la LRM las concibe como eximentes de responsabilidad⁶²⁶ (Cf., art. 14 «Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes»).

⁶²⁴ Para profundizar sobre la relación de causalidad e imputación objetiva, *vid.*, PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, 1990: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en Centenario del Código Civil (1889-1989), vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Barcelona, pp. 1561 a 1592.

⁶²⁵ ESTEVE PARDO, 2014: 101.

⁶²⁶ Ver capítulo V de esta obra, que trata sobre la obligación reparadora.

Ante esta realidad, hay quienes han llegado a dudar si este requisito podría ser aplicado a aquellos daños por contaminación difusa. Desde el punto de vista de Pedraza⁶²⁷, esta idea debe ser abandonada, puesto que la aplicación de la presunción legal atiende a la *naturaleza intrínseca* de la actividad o a la forma en cómo se ha desarrollado, que «sea apropiada para causarlo». Por lo tanto, cabría aceptar su falta de aplicabilidad a este tipo de daños, por no cumplir con los requisitos formales para ello.

En cuanto a la *responsabilidad subjetiva*, no ocurre lo mismo. Para su apreciación, se requiere evaluar indefectiblemente la circunstancia de la voluntariedad o negligencia del posible sujeto responsable. Es imperioso que exista dolo, culpa o negligencia, ya que el desarrollo de las actividades excluidas del anexo III de la LRM, serán consideradas acciones dañosas, única y exclusivamente ante la concurrencia imprescindible de estos elementos subjetivos en la producción del daño. Lo que no se sabe —porque la LRM no dice nada al respecto—, es si la presunción aplicable para las actividades enumeradas en su anexo III podría hacerse extensiva para las distintas actividades que no están mencionadas en él.

El razonamiento exhibido ha provocado que nos cuestionemos: ¿Cuál sería el mecanismo idóneo para fijar el *nexo causal*?; o, mejor dicho, ¿Qué presunción se podría instituir para aquellos casos en los que la *relación de causalidad* no es posible probarla tan fácilmente?

Dopazo Fraguío⁶²⁸ considera que la eficacia de cualquier sistema de responsabilidad no es absoluta, ya que existen ciertos supuestos que ofrecerán dificultades probatorias⁶²⁹ que lo perjudicarán. Esto ocurre por la propia complejidad que envuelven los daños ambientales, ya sea por la imposibilidad de identificar a los sujetos responsables o porque no fuera factible reconocer al agente contaminante, e incluso, porque podrían presentarse situaciones de insolvencia del *operador* responsable; entre otros.

⁶²⁷ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 141-142.

⁶²⁸ DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 120-121.

⁶²⁹ Tener una consideración amplia sobre la validez y la apreciación de los medios probatorios, admitiendo a tales efectos otros documentos como las pólizas, coberturas, informes (no solo de carácter técnico), y acreditaciones específicas en conformidad con los instrumentos de normalización o estándares reconocidos para poder estimar el valor de *instrum*, ya que aunque muchos de aquellos medios probatorios produzcan efectos jurídicos valorables, su determinación deberá ser apropiada en cada caso; congruente con la propia complejidad del riesgo ambiental (tipología, identificación, evaluación, valoración y tratamiento); y, con los riesgos del desarrollo (conforme con el estado de la ciencia y la técnica). Dentro de este contexto, la LRM ha generado aportaciones de interés al tenor del análisis de su desarrollo reglamentario: examina el valor de varias herramientas técnicas y jurídicas como las expuestas a los efectos prácticos de preconstituir la prueba, por ejemplo, el cumplimiento de normas técnicas reconocidas por la legislación española como la ISO 14001 (sistemas de gestión de la calidad ambiental) y de normas jurídicas como el reglamento EMAS; valora positivamente la constitución y aportación de garantías financieras (voluntarias) por parte del *operador*. Vid., *ibid*.

Mientras tanto, otros dogmáticos se han centrado más bien en criticar la ubicación de la presunción legal que la LRM ha previsto dentro de su ámbito de aplicación, calificándola de inadecuada. Esteve Pardo⁶³⁰ pone de manifiesto que los sujetos y actividades bajo ese ámbito de aplicación pueden ser o no los causantes, con criterios, valoraciones y conceptos que difieren plenamente 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».

De cualquier manera, aun cuando estas críticas tengan gran aceptación, la DRM y la LRM representan un avance mayúsculo para el Derecho ambiental, a pesar de la dificultad probatoria que implica construir la *relación de causalidad*, para poder vincular al posible responsable con el daño o la amenaza en contra del ambiente.

En tal sentido, se debe ofrecer un reconocido mérito a la doctrina y a los precedentes legislativos alemanes, sobre todo a la *Umwelthaftungsgesetz* o *UmweltHG*⁶³¹ (Ley de daño ambiental), que ha sido la ley que más ha influenciado sobre la LRM, debido a la presunción de causalidad que esta ha consagrado con respecto a la industria, siempre que la actividad haya sido adecuada para producir el daño (*Cf.*, art. 1⁶³²). Esta misma ley ha sido considerada la piedra angular de un sistema moderno de responsabilidad ambiental, cabalmente del posteriormente instaurado por la *UschadG*⁶³³ (Ley de responsabilidad ambiental).

⁶³⁰ ESTEVE PARDO, 2008b: 57. En igual sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 133.

⁶³¹ *Cf.*, *Umwelthaftungsgesetz* o *UmweltHG*, de 10 de diciembre de 1990. Boletín Oficial de Ley Federal (*Bundesgesetzblatt* o *BGBI.* I S. núm. 2634). En realidad, esta ley no se aplica a los daños ambientales en sentido estricto, sino que se ocupa de los *daños tradicionales*; es decir, de la vulneración de los intereses jurídicos individuales y privados (la vida, la salud, el cuerpo y la propiedad), ocasionada a causa de los impactos ambientales que recoge su artículo 3.1: “sustancias, vibraciones, ruidos, presión, radiación, gases, vapores, calor u otros fenómenos que se propagan por el suelo, el aire o el agua”; salvo los casos de fuerza mayor (*Cf.*, art. 4). En consecuencia, los daños que afecten a los recursos ambientales están cubiertos por las disposiciones de la *UmweltHG*, solo en la medida en que supongan una violación de la propiedad privada, o sea, cuando dichos bienes naturales sean de propiedad privada (bosques, animales domésticos, aguas estancadas, ciertos tipos de suelos, etc.). A estos efectos, deberíamos entender que dentro del ámbito de aplicación está incluida la protección de la propiedad del suelo (la cual se extiende a todas las cosas fijadas al terreno, los árboles y demás vegetación), pero los recursos no susceptibles de propiedad (el espacio aéreo, el mar, los animales salvajes, las aguas subterráneas y el clima) no estarían protegidos.

⁶³² «El titular de una instalación especificada en el anexo I tiene el deber de compensar los daños que cause a la vida, a la salud o a la propiedad por un impacto ambiental». La traducción pertenece a la autora de esta obra.

⁶³³ *Cf.*, *UschadG*, de 10 de mayo de 2007 (BGBI. I S. 666). Entrada en vigor: el 14 de noviembre de 2007. Esta ley es la que se utilizó para implementar la DRM dentro del ordenamiento jurídico alemán. El 30 de abril de 2007, era la fecha límite para la trasposición, pero el gobierno federal alemán la publicó

Al hacer referencia a la fórmula que la hizo suya la LRM, pretendemos destacar que esta ha llegado a constituirse en uno de sus rasgos más característicos. Solamente hemos de insistir en que la responsabilidad de naturaleza jurídico-objetiva podrá ser instaurada con base en la presunción *iuris tantum*, solo respecto de aquellas actividades que efectivamente consten en el anexo III de la LRM.

2.2 LA COMPLEJIDAD DEL NEXO CAUSAL

Siguiendo las consideraciones precedentes, lo complicado que revela formular la ecuación *causa-efecto* o la relación de causalidad ante la ocasión de un daño ambiental bajo la existencia de una prueba que así lo demuestre, es innegable. Tal como se ha apuntalado anteriormente, existen varios factores que podrían entorpecer o impedir al juez competente en la materia tener una apreciación acertada del *nexo causal*. Visto así, la mayoría doctrinaria⁶³⁴ ha preferido compendiarlos en atención a las siguientes circunstancias:

- 1) La distancia entre el foco emisor y los efectos de los dañosos producidos; es decir, 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, lo cual podría propiciar una confusión plural, particularmente del elemento subjetivo.
- 3) El tiempo: manifestaciones tardías del daño.
- 4) La duda científica o el estado de los conocimientos sobre sus efectos.

Dentro de esta complejidad, no se ha enunciado que el proceso judicial que se debe iniciar y ventilar ante los jueces de lo administrativo para que el mecanismo de responsabilidad ambiental se pueda poner en marcha, sea un factor extra. Aunque, en el momento procesal oportuno⁶³⁵, el establecimiento del *nexo causal* será la labor más ardua y enredada para el ente juzgador – incluso, si la contrastamos con la institución clásica–, porque esta está

el 14 de mayo de 2007 en el BGBl. Como novedad, esta ley introdujo un régimen de derecho público de responsabilidad ambiental independiente del régimen privado de responsabilidad individual por daños ambientales que contemplan los artículos 823 y ss. del *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB (Código Civil); el artículo 89 de la *Wasserhaushaltsgesetz* o WHG (Ley Federal de los Recursos Hídricos) o el artículo 3 de la *UmweltH* (Ley de Responsabilidad Ambiental).

⁶³⁴ Cf. ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 417-418; GOMIS CATALÁ, 1998: 161. *Vid.*, ÁLVAREZ LATA, 2010: «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, p. 12; PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 126.

⁶³⁵ Cada etapa del proceso judicial está investida de normas procesales previstas por el ordenamiento jurídico, a las cuales se las debe respetar y cumplir para garantizar el debido proceso.

condicionada a ciertos aspectos, directamente relacionados con la confluencia de alguno o varios de los cuatro inconvenientes planteados (sin contar con los factores exógenos provenientes de la propia Naturaleza), de los cuales el mayor de los empachos es el que tiene que ver con el componente tecnológico: la *duda científica* o el *estado de los conocimientos*⁶³⁶.

Este vector podría desencadenar una batalla entre los expertos científicos, la cual va a complicarse todavía más porque debe estar apegada a un criterio especializado y unánime. Por estas razones, sabiendo que la complejidad técnica o científica puede transformarse en una de las mayores trabas para identificar la relación de causalidad con plena exactitud, y poder resolver una contienda judicial de este tipo. A continuación, le dedicamos un mayor análisis.

2.2.1 *El estado de los conocimientos científicos*

La carencia del conocimiento total por parte de la comunidad científica, respecto de los efectos que se pueden producir a partir de la realización de algunas actividades ligadas con el medio –natural– junto con la carencia de erudición sobre la materia (ambiental) por parte de funcionarios, jueces y operadores jurídicos, han hecho que cada vez sean más prudentes en sus pronunciamientos.

En conjunto, ante el incremento de las situaciones generadoras de peligro debido a las constantes o avanzadas innovaciones científicas y ante el desconocimiento o silencio por parte de la congregación científica sobre sus efectos, 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. Para ser más específicos, la DRM ha admitido la posibilidad de que los Estados miembros puedan introducir en sus textos legales la circunstancia de la autorización administrativa, junto con la

⁶³⁶ ESTEVE PARDO, 2014: 99-100. El autor indica que 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 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». A su parecer, esta situación es un «obstáculo adicional», puesto 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 [...] o el conocimiento de datos e informaciones que sólo ella puede suministrar»; ya no es solo que la prueba dependa de la voluntad de cooperación de la instalación que se apunta como la causante (la que habrá de cargar con la 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 (el secreto industrial, la protección de datos o la confidencialidad en sus diversas perspectivas).

del *estado de los conocimientos científicos*⁶³⁷. España ha sido uno de ellos, y lo ha hecho justamente con el propósito de eximir al *operador* de los costes de las *medidas de reparación*.

En otras palabras, la concurrencia de alguna de las circunstancias recientemente expuestas permite el concurso de la voluntariedad con los efectos liberadores correspondientes. Centrándonos un poco más en el *estado de los conocimientos científicos*, si un *operador* ejecutase cualquier actividad del anexo III de la LRM, y ocasionase un daño ambiental, pero logra demostrar que «no ha incurrido en dolo, culpa o negligencia», y que tal «actividad, emisión o utilización de un producto», no era considerada potencialmente perjudicial para el ambiente según «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento» (es decir, cuando se ejecutó), se producirá la liberación de la *obligación reparadora*. Sintetizando, el *operador* no será responsable⁶³⁸:

- 1) Si se ha ajustado estrictamente a los términos de la autorización administrativa.
- 2) Si el daño no estaba previsto en atención al estado de los conocimientos científicos y técnicos.

Esto no quiere decir, que el *operador* no sea responsable; lo es; y, *objetivamente*. Lo que no recae sobre él es la obligación de sufragar «el coste imputable a las medidas reparadoras» (Cf., art. 14.2.a LRM)⁶³⁹.

Dentro de este contexto, vale la pena recordar que la protección en relación con el *avance científico* surgió gracias a la sentencia emitida por la Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 1981, en la cual se dejó sentado que «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de estas y que había algo por prevenir y no se hallaba completada la diligencia»⁶⁴⁰.

Este precedente judicial, motivó a los Estados a que invoquen el célebre *principio de precaución*, en virtud del cual se han de adoptar todas las medidas necesarias y convenientes para proteger al ambiente de los efectos que algunas actividades pudiesen causar en el *medio* y la salud humana.

La ejecución de este principio se puede lograr mediante la aplicación de dos tipos de medidas⁶⁴¹: (i) las de carácter preventivo y, (ii) las reparadoras. En este sentido, por un lado, se aspira establecer medidas frente a aquellas actividades que

⁶³⁷ Aunque, comúnmente se habla más de «riesgos al desarrollo» o «riesgos del progreso». *Vid., Ibid.*

⁶³⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1754-1755.

⁶³⁹ *Ibid.*, 1755.

⁶⁴⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 129.

⁶⁴¹ Que será exhibido y analizado en el capítulo V de esta obra.

puedan implicar un riesgo de forma previa al pronunciamiento científico, con el objetivo de ser prudentes ante posibles daños irreversibles; y, por otro, frente a la autorización de actividades no muy seguras, asumir la obligación de adoptar las medidas de reparación necesarias ante un daño⁶⁴².

Postuladas estas salvedades, las medidas, en sentido estricto, han de ser útiles, necesarias y proporcionales, cuyo objetivo bajo su aplicación ha de ser impedir la agravación de la situación ambiental en el lugar en el cual se ejecutan las *medidas reparadoras* del ambiente⁶⁴³.

Halando nuevamente del hilo de la incertidumbre científica, por constituir una causa de justificación frente a un *daño autorizado* por la Administración pública, oímos venir ya una objeción. Esteve Pardo⁶⁴⁴ se manifiesta en contra de esta excepcionalidad, ya que puede suponer la quiebra del principio «Quien contamina paga»; y, la responsabilidad puede ser asumida por quien no ha causado verdaderamente el daño.

Lo peor del caso –tal como se afirmó arriba– es que la tarea del ente juzgador ante el llamamiento para atribuir responsabilidad ambiental puede complicarse aún más durante la etapa probatoria, no solo porque quedará inmerso en ese conflicto tecnológico que tiene ese componente adicional de carácter especializado y técnico vinculado al estado del conocimiento, cuyo alcance y magnitud le supera por completo⁶⁴⁵, sino por el ingrediente de la inversión de la carga de la prueba que acompaña a todos los supuestos de daños ambientales o amenazas inminentes, cuando se ha llevado a cabo alguna de las actividades enumeradas en el anexo III de la LRM, a las cuales les regirá la presunción prevista en su artículo 3.

En el caso de los daños ambientales o amenazas inminentes que se ocasionen por realizar cualquier otra actividad (aquellas excluidas del anexo III), el régimen tradicional del instituto de responsabilidad se mantendrá intacto. Por consiguiente, quien plantee o exija responsabilidad deberá presentar en la etapa procesal respectiva, la prueba del *nexo causal* entre el daño producido y la acción de la persona, a quien se pretende atribuir la responsabilidad; es decir, corresponde a la víctima probar los hechos alegados en su momento, dejando sin efecto la inversión de la carga probatoria.

⁶⁴² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 128-132.

⁶⁴³ *Vid.*, *ibid.*, 135.

⁶⁴⁴ *Vid.*, ESTEVE PARDO, 2006: «La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental», *Revista de Derecho del medio ambiente y administración local*, pp. 201-212, ISBN: 84-609-8956-9; ESTEVE PARDO, 2008b: 106.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 100-101. El profesor denota que «[...] ante las dificultades probatorias que concurren en esta materia que se ve inmersa con frecuencia en situaciones de incertidumbre científica [...], la jurisprudencia «[...] 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».

Todas estas consideraciones, a manera de ver de ciertos doctrinarios, entre ellos, Esteve Pardo ⁶⁴⁶ y Pedraza Laynez ⁶⁴⁷, requieren de una interpretación más sólida y sistematizada, para poder dilucidar con mayor precisión qué casos podrían enmarcarse en el contenido de la LRM que gira alrededor de la presunción de causalidad, o cuáles deberían ser excluidos completamente. Son dos los enfoques que plantean:

1) Una interpretación de la estructura sistemática de la LRM. El propio contenido de la LRM dispone que esta «[...] 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 [...]» (Cf., art. 3.2).

En consecuencia, al interpretar la norma, tiene más relevo el hecho diferenciador en la realización de la actividad; es decir, si esta fue realizada con o sin culpa, que la causalidad como tal.

2) La interpretación de acuerdo con la consideración interna de la institución de la responsabilidad (apoyada en los supuestos de responsabilidad en general): Desde una óptica genérica, es el accionante quien debe presentar las pruebas que sirvan para demostrar la relación de la actividad con el daño causado. En cambio, según lo dispuesto en la LRM, por el hecho de haberse realizado una actividad de las establecidas en su anexo III, la carga de la prueba se invierte; es decir, el *operador* es quien ha de suministrar las pruebas para desvirtuar la presunción de causalidad generada.

Empero, si recurrimos a los criterios pronunciados por los doctrinarios referidos, nos topamos con posturas antagónicas:

Pedraza ⁶⁴⁸ sostiene que el contenido de esta presunción va en contraposición con el principio de *presunción de inocencia* que recoge la Constitución española (Cf., art. 24). Considera que, 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. De este modo, la presunción contemplada en la LRM no se aplicaría a las actividades excluidas del anexo III; y, habría que probar cuando no fuera evidente, la relación de causalidad entre la actividad y el daño o la amenaza inminente.

Esteve Pardo ⁶⁴⁹ comparte esta interpretación, y para afianzarla se apoya en dos razonamientos:

⁶⁴⁶ *Ibid.*, 61-63.

⁶⁴⁷ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 136-137.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, 137-139.

⁶⁴⁹ ESTEVE PARDO, 2008b: 62-63.

1) La presunción de responsabilidad civil, considerando la relación causante-víctima: La reflexión clásica que se ha difundido en relación con la presunción de responsabilidad civil deslinda que lo que debe probarse es quién es el causante y, a la víctima que padeció el daño, darle la protección que amerite. Pero los desastres tecnológicos o industriales deben ser probados por los expertos para explicar cómo se produjeron (generalmente se realizan estudios complicados y costosos), dejando a un lado la presunción de culpabilidad del *operador* técnico o profesional.

Este es el razonamiento que plasma la ley alemana *Umwelthaftungsgesetz* (1990), pero no el implantado por la LRM, en la cual –en palabras del profesor citado– prevalece un completo silencio sobre las víctimas, debiéndose entender que la ley contempla una «responsabilidad especial» sin que la protección hacia la víctima conste, porque esta no existe como tal.

2) La inexistencia de víctimas individuales. Ante cualquier destrucción y/o degradación de los recursos naturales que afecte significativamente al total de la sociedad, los recursos naturales constituyen el objetivo central; no la sociedad en su conjunto.

Estos recursos, a diferencia de las personas víctimas de una destrucción o degradación, carecen de medios para denunciar todos los daños a los cuales están sometidos, por eso la LRM ha concedido la presunción de culpabilidad para aquellas actividades consideradas de particular agresión para el *medio* (las del anexo III). La consecuencia directa ha sido que las actividades que fueron excluidas intencionadamente del anexo III sean estimadas de menor riesgo; por ende, la presunción de culpabilidad no les sería aplicable.

En contraste con estas aseveraciones, Cabanillas Sánchez⁶⁵⁰ justifica que la utilización del sistema objetivo no iría en contra del principio constitucional que proclama la presunción de inocencia, si en la práctica se empleasen las limitaciones que la ley alemana ha incorporado para que opere la presunción de causalidad. En correspondencia con este argumento, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que la autoridad competente para poder construir esta presunción ha de disponer de *indicios plausibles*⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, 1995: «La responsabilidad civil por inmisiones y daños ambientales: el problema de la relación de causalidad», en *Ponencia del I Congreso de Derecho Ambiental*, Sevilla 21 de abril de 1995, p. 38.

⁶⁵¹ *Vid.* Sentencia TJUE (TJCE/2010/70), de 9 de marzo de 2010, en la que se dictamina que «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 [...]».

Lo que es lo mismo, previa realización de alguna de las actividades del anexo III, el *operador* deberá tener sumo cuidado, consintiendo «las consecuencias dañosas que aun empleando la mayor diligencia son inherentes a la misma»⁶⁵². Como es manifiesto, tan solo por ejecutarlas puede recaer sobre él responsabilidad objetiva⁶⁵³.

H. LA ACCIÓN DAÑOSA PRODUCTO DE UNA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En materia ambiental, otra de las posibles causas de exoneración de responsabilidad (además del *estado de los conocimientos científicos*), que la LRM ha admitido en rima con la previsión facultativa otorgada por la DRM, es la acción dañosa relacionada estrechamente con una autorización administrativa (expresa y específica), a la cual el *operador* debería haberse ajustado en estricto sentido para evitar «sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras». En otros términos, la obligación reparadora no le será exigida si prueba fehacientemente que no ha incurrido en «culpa, dolo o negligencia [...]», y siempre que «[...] la emisión o el hecho que sea causa directa del *daño ambiental* constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa»⁶⁵⁴[...]» (Cf., art. 14.2.a).

Habría que decir también que la *autorización administrativa* debe haber sido emitida en armonía con la normativa aplicable a las actividades que el

⁶⁵² Es lo que mismo que ocurre en materia civil al estudiar la causalidad, como bien lo refiere de COSSÍO CORRAL, Alfonso, 1966: «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, vol. 19, p. 544.

⁶⁵³ Vid. Sentencia TJUE (TJCE/2010/70), de 9 de marzo de 2010, en la que se resuelve que «[...] 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 «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».

⁶⁵⁴ El *operador* debe haberse ajustado estrictamente durante la ejecución de su actividad a las condiciones establecidas en la autorización y a la normativa aplicable en el momento de producirse el hecho causante del daño ambiental. De igual modo, el *operador* debe probar que el daño ambiental fue causado por una actividad, una emisión o la utilización de un producto que no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el ambiente en el momento de realizarse o utilizarse, según de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

anexo III de la DRM y la LRM contempla. Para un mejor entendimiento, hemos de aclarar que todas las actividades incorporadas en el anexo III, en contraste con las actividades apartadas de él, están sujetas a una *autorización, licencia o permiso* previo. Esto nos permite afirmar, que las actividades del anexo III –por regla general– están fuertemente intervenidas, es decir, requerirán siempre de una *autorización administrativa* previa a su ejecución; sin que exista ninguna otra previsión de este tipo para el resto de actividades.

Uno de los grandes doctrinarios en el campo ambiental afianza lo lógico que esto resulta dentro del esquema institucional que estamos desarrollando; es decir, «el deber de prevención lo soportan los operadores de ciertas actividades peligrosas que están sometidas a una legislación dirigida a evitar la actualización de sus peligros»⁶⁵⁵. Tales actividades, están sujetas a *licencias, permisos o autorizaciones*, pero si una *acción dañosa* con estas características (objeto de una autorización administrativa) se llegase a presentar, el instituto de responsabilidad ambiental tendrá plena cabida, a menos que aflore esa circunstancia excepcional que la propia LRM ha contemplado, y que permite al *operador* liberarse totalmente de la obligación de sufragar los costes atinentes a las *medidas de reparación*, si demuestra que su actuar se ha ajustado rigurosamente a las condiciones de la autorización administrativa.

Todas estas observaciones nos obligan a recordar que para que la obligación reparadora sea legalmente exigible, la *acción dañosa* ha de cumplir con ciertos requisitos:

- 1) La relación de la *acción dañosa* con la *autorización administrativa* previa.
- 2) La tipificación de la acción como una infracción administrativa o como un delito ambiental.

El primer requisito tiene que ver con el objeto de la autorización. Esto quiere decir, que la acción que ha causado el daño ambiental («la emisión o el hecho que sea causa directa del daño»), tiene que estar expresa y específicamente definida en la *licencia, permiso o autorización administrativa* que la Administración pública ha emitido.

En cambio, por lo que atañe al segundo requisito, empezaremos por explicar que el Derecho español ha tipificado las *acciones dañosas* 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

⁶⁵⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1754.

contravención al ordenamiento jurídico se haya tipificada como *infracción administrativa* merecedora de una sanción. Esto difiere en cuanto a los delitos, los cuales requieren del incumplimiento de la legislación aplicable.

Sobre esta base, algunos dogmáticos⁶⁵⁶ postulan que sería conveniente que el incumplimiento que venimos examinando, también se tipifique como *infracción administrativa*. La motivación se centra en que el *daño ambiental* está usualmente asociado a una acción constitutiva de una infracción. Mejor dicho, la importancia del daño es correlativa a la gravedad de la calificación como infracción y la derivada sanción.

Si reanudamos la regla general, colegimos que habitualmente el *daño ambiental* va aparejado a una infracción al menos leve, aunque es posible que no estén asociados entre sí. Por un lado, podría surgir una acción dañosa que cumple estrictamente con la legalidad, cuando constituye, por ejemplo, el objeto de una *autorización* o *permiso*, lo cual conlleva a que en puridad se considere que no hay daño. En definitiva, el título jurídico administrativo, marcaría la frontera entre la utilización racional e irracional del recurso natural, lo cual significa que el uso amparado en dicho título no sería dañino. En conformidad con la LRM, las emisiones o vertidos cubiertos por la *autorización* o el *permiso* pertinente, no dan lugar a ningún daño. De hecho, es uno de los supuestos liberadores de las obligaciones de reparar. Tal como ya lo hemos mencionado, si el *operador*, tratándose de actividades del anexo III, prueba que ha cumplido rigurosamente con las condiciones de la *autorización*, no será merecedor del reproche sancionador, ni tampoco estará sometido a *responsabilidad ambiental*.

Dentro del campo doctrinario, se ha postulado que estamos ante un «supuesto peculiar de responsabilidad sin reparación», ya que la concurrencia de alguna de las circunstancias expuestas rompe el vínculo jurídico tradicional entre una y otra. Como resultado, se origina una paradoja extraña. El *operador* de las actividades del anexo III cuenta con una vía más eficaz de acreditación de su ausencia de culpa, si prueba que se ha ajustado plenamente a las condiciones de la autorización, ya que el *operador* de cualquier otra actividad (incluso también sujeta a autorización) quedará excluido del beneficio de dicha circunstancia. Este último se encontraría 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, con lo cual sale a la luz un inconveniente: la subjetividad de la responsabilidad podría generar un efecto perverso (precisamente el expuesto)⁶⁵⁷.

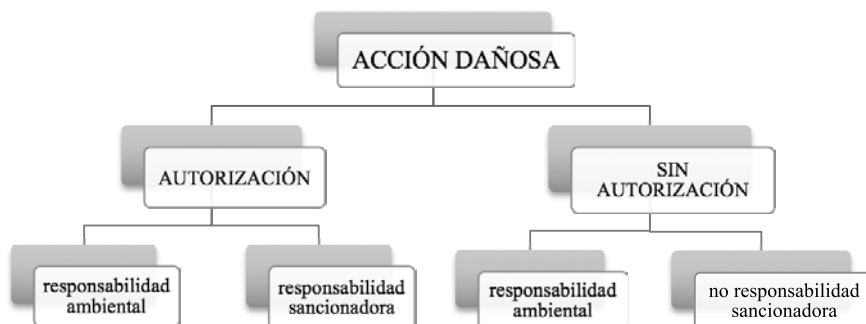
⁶⁵⁶ *Ibid.*, 1756-1757.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, 1756.

Por otro lado, cuando el *daño ambiental* no está amparado en la legalidad, la actividad dañosa a más de ser una actividad ilegal tipificada como infracción, al menos es susceptible de la sanción pertinente. Aquí, surge el problema de la concurrencia de las responsabilidades: ambiental y sancionadora. La primera puede llegar a ser una responsabilidad objetiva, si versa sobre las actividades del anexo III; mientras tanto, la segunda (la responsabilidad sancionadora) exige dolo o culpa, por ende, es una responsabilidad subjetiva. Esta concurrencia de responsabilidades deriva dos posibilidades ⁶⁵⁸:

- 1) Una acción dañosa que incurre en responsabilidad sancionadora. En este caso, la responsabilidad sancionadora absorbe a la ambiental en cuanto a la reparación de los daños producidos.
- 2) Una 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 responsabilidad ambiental. No hay dolo o culpa, ni para castigar ni para exigir responsabilidad ambiental.

Ilustración 9. La acción dañosa



I. LA CAUSALIDAD EN EL *TORT LAW* VS *THE ENVIRONMENTAL LAW* EN LOS EE. UU.

La *causalidad* en el sistema jurídico de la mayoría de los estados de EE. UU., tanto en el ámbito civil como en el ambiental, puede ser mejor explicada a través del tratamiento legal que se ha dado a los *Toxic Torts*.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, 1757.

Naturalmente, la toma de posiciones –en sentido fraccionado– dentro del sector doctrinario, permitirá esclarecer como se trata a ese elemento inexcusable (la causalidad) en uno y otro campo jurídico.

En relación con el sistema occidental, sobre todo en materia civil, no encontramos diferencias conceptuales en cuanto a lo que se concibe como *relación de causalidad*. En términos generales, el *nexo causal* en el ordenamiento jurídico 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, a pesar de que ubicar al actor o actores responsables no sea solo una cuestión de orden fáctico, sino que a veces es casi imposible. En el ordenamiento legal norteamericano, el *nexo causal* es considerado también un componente vital que integra la gran variedad de doctrinas legales, y –para ofuscar un poco el análisis– puede referirse a varios conceptos distintos, debido a los diferentes requisitos previstos en tales doctrinas. El resultado obtenido, es que las Cortes pueden analizar la *causalidad* de diferentes formas, incluso en aquellos casos en los que el daño y el acto instigador sean notablemente similares⁶⁵⁹.

Cosa distinta sucede con el tratamiento de la *causalidad* en el campo ambiental, el cual ha sido más bien, inconsistente y dispar. De manera particular, los juicios por *toxic torts* han llegado a configurarse en categorías amplias, amorfas, y hasta superpuestas. Sin ir más lejos, estos daños son catalogados como *torts* o *toxic tort suits*, aunque algunos dogmáticos los reconocen como *environmental damage*” o “*environmental suits*. La diferencia principal entre estos dos grupos de daños o demandas es que el primer grupo, se centra en aquellos casos por lesiones personales (generalmente lesiones físicas) provocadas por la exposición a una sustancia tóxica. En contrario, el segundo grupo se enfoca en aquellos casos en los que se alega una lesión en los intereses de los demandantes por un daño al ambiente o por una violación de una norma ambiental. Esta última tipología de daños ha posibilitado que las *environmental suits* se subdividan en dos clases⁶⁶⁰:

- 1) Aquellas que afirman derechos bajo el *Common Law*, como la *public nuisance*.
- 2) Aquellas que afirman derechos creados por un *Statute*.

⁶⁵⁹ HARVARD LAW REVIEW, 2015: «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review*, núm. 128, p. 2256.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, 6.

Dado que entre los *toxic torts* o *toxic tort suits*, y los *environmental torts* o *environmental suits* existen muchas similitudes que han servido de fundamento para que un gran sector doctrinario haya conseguido asemejarlos entre sí, es necesario subrayar que tales paralelismos devienen de las siguientes consideraciones⁶⁶¹:

- 1) En la versión más arquetípica de una u otra clase de demanda, los demandados son quienes han creado, vendido en el mercado o descargado en el ambiente una sustancia nociva (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).
- 2) Las teorías de *causalidad* (para establecer el *vínculo causal* entre la sustancia ofensiva y la lesión demandada que se alega) para resolver los tipos de demandas se apoyan frecuentemente en una *cutting-edge research* (investigación avanzada), ya que a menudo se requiere de determinaciones fácticas o técnicas difíciles.
- 3) Las determinaciones complejas de los hechos (la *causalidad*) en ambas demandas son asiduamente fijadas por los jueces como una *matter of law* (cuestión de derecho), aun cuando puede resultar mejor que las realicen los *fact finders*⁶⁶² (investigadores de hechos).

A propósito de estas similitudes, también podemos percibir 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 circundan se analizan como un componente de lo que en el entorno norteamericano se conoce como *standing* (legitimación activa). Esto significa que antes de un juicio, en la fase de legitimación de las demandas ambientales, se lleva a cabo una investigación jurisdiccional que precede a cualquier otro aspecto del caso⁶⁶³. Sin embargo, con los *toxic torts suits*, esto no sucede. Aquí, la *causalidad* se aborda rara vez bajo una *standing inquiry* (investigación sobre la legitimación); es decir, se trata de aquellas demandas en las que el juez resuelve que la *causalidad* existe, pero no como una *matter of law*.

J. LA *STANDING DOCTRINE*

La posibilidad de que el *tort law* permita esgrimir y discutir las dificultades que la *causalidad* presenta en el contexto de las demandas ambientales

⁶⁶¹ *Ibid.*, 2256-2258.

⁶⁶² Las personas a quienes se les asigna la tarea de sopesar todas las pruebas presentadas dentro de un procedimiento legal, y de determinar los hechos del caso a la luz de dichas pruebas. El organismo que puede decidir lo que realmente sucedió en un caso es el jurado o, si este no existe, el juez.

⁶⁶³ HARVARD LAW REVIEW, 2015: «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review*, núm. 128, p. 2257.

difiere plenamente de la *standing doctrine*, que está edificada en virtud de principios constitucionales. La Constitución de los EE. UU.⁶⁶⁴ no exige explícitamente que cada demandante deba establecer la *standing* para presentar una demanda ante las Cortes Federales.

Ha sido la Corte Suprema la que ha deducido del contenido del artículo III⁶⁶⁵ de la Constitución, que las Cortes Federales, para los *cases and controversies* (casos y controversias), deben imponer el cumplimiento de algunos requisitos para confirmar que el demandante cuenta con la *standing*; es decir, con un interés genuino en el resultado de un caso; caso contrario, se desestimaría la demanda⁶⁶⁶.

En colaboración con esta interpretación, la misma Corte Suprema ha formulado un *three-part test* (examen tripartito) para que se pueda probar la *causalidad* en las demandas ambientales. Por ser el demandante sobre quien recae la carga de la prueba, se ve obligado a demostrar que han concurrido, indudablemente, los componentes que el *three-part test* insta⁶⁶⁷, a saber:

1) Haber sufrido una *lesión de hecho*, la cual ha de ser *concreta y particularizada, real o inminente*. No se puede alegar una lesión conjetural o hipotética.

2) La objetividad de una *conexión causal* entre la lesión y la conducta denunciada. La lesión tiene que ser trazable a la acción impugnada del acusado, y no el resultado de una acción independiente, proveniente de un tercero.

Para encontrar la lógica de la *causalidad*, las Cortes habitualmente atribuyen su existencia cuando la lesión es *fairly traceable* (bastante rastreable) en relación con la conducta del acusado. Aunque, en realidad, no hay una norma en particular que delimite claramente lo que se ha de considerar por *fairly traceable*, por lo que, en algunos casos, la *but-for causal connection*⁶⁶⁸ (conexión causal); es decir, el acto a partir del cual la lesión ha resultado como una consecuencia natural, directa e ininterrumpida, sin el cual la lesión no habría ocurrido; ha sido suficiente para establecer la *standing*⁶⁶⁹. Lo que doctrinariamente, a nivel

⁶⁶⁴ «The Constitution of the United States» (Constitución de los Estados Unidos), de 17 de septiembre de 1787, ratificación: 21 de junio de 1788. En vigor: 4 de marzo de 1789.

⁶⁶⁵ El artículo III de la Constitución norteamericana describe cómo está conformado el sistema judicial en los EE. UU., el cual incluye un Tribunal Supremo y las Cortes inferiores, que el Congreso a su discreción haya podido crear, cuyos juicios y órdenes pueden ser revisados por el Tribunal Supremo. Para los casos criminales, el artículo III requiere obligatoriamente, la participación de un jurado.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, 2258.

⁶⁶⁷ BRADFORD C., Mank, 2015: «Prudential standing doctrine abolished or waiting for a comeback?: Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.», *Journal of Constitutional Law*, núm. 1, vol. 18, 218-220.

⁶⁶⁸ Un test que en *Tort Law* vincula el agravio y los daños (también conocido como *causalidad*) y se declara como *but-for*, lo cual quiere decir que, si no fuera por la negligencia del acusado, el demandante no habría resultado lesionado. En este sentido, el demandante ha de demostrar en un balance de probabilidades que, si no hubiera sido por el acto negligente del demandado, la lesión no habría ocurrido.

⁶⁶⁹ En general, la *causalidad* ha sido más fácil de construir cuando la presunta lesión se percibe como un resultado directo de la acción del acusado mientras que los casos en los cuales se demanda un daño basado

europeo-español, tanto en el ámbito civil como ambiental, se echa de ver como la teoría de la *causalidad adecuada*.

3) Que el daño sea *probable*, totalmente opuesto a lo simplemente especulativo. La *resarcibilidad* requiere que la Corte encuentre probable (no *meramente especulativo*) que la lesión va a ser admitida por una decisión favorable, ya que un hecho con falta de *causalidad* típicamente resulta en un hecho que no se puede resarcir. Ha habido una discusión enérgica respecto de las normas atinentes a la *causalidad* y la dificultad (o facilidad) de probar la *causalidad fáctica* y la *legal* en los casos por *toxic torts*. Aunque, para esclarecer el análisis de la *standing* y evitar resolver prematuramente las cuestiones de fondo (*the merits*) en las *environmental suits*, las Cortes proponen adaptar la doctrina del *Toxic Tort Law*, aplicando la distinción entre la *causa general* y la *específica*. Tal enfoque podría mitigar las inconsistencias percibidas en las investigaciones de *causalidad ambiental*, y asegurar que las investigaciones intensivas de los hechos dentro de la *causalidad* se aborden solo después del descubrimiento pleno. Adicionalmente, el Congreso puede definir nuevas cadenas de *causalidad* para establecer la *standing*, incluso creando derechos procesales⁶⁷⁰.

Las investigaciones recientes de la Corte Suprema sobre *causalidad* durante la etapa de *standing* en el área del Derecho ambiental, han girado principalmente entorno al GHG o *Greenhouse gases* (efecto invernadero). En estos casos (y en otros similares), múltiples personas o entidades pudieron haber emitido un contaminante, sin que sea fácil probar que la emisión de un sujeto o entidad individual creó cierta lesión, incluso cuando se haya aceptado que el resultado de las emisiones acumuladas ha creado la lesión. Lo que se ha de considerar es si la conducta de los acusados ha implicado una *contribución significativa* a la contaminación; a pesar de que su alcance sigue sin estar claro⁶⁷¹. Ya sabemos que en muchos casos (hasta en algunos *toxic torts cases*) demostrar la *causalidad* puede ser casi imposible, pese a que el demandante ciertamente haya sido lesionado.

El papel poco claro de la *standing doctrine* puede afectar a la verificación de la *causalidad*, sobre todo al tenor del Derecho ambiental. Muchos académicos, critican que esta doctrina es *incoherente* por ser «incierta en la aplicación e impredecible en el resultado». También, hay quienes creen que la *causalidad* en los casos del Derecho ambiental ha sido forzada dentro del análisis jurisdiccional sobre la *standing*, sabiendo que la investigación es más apropiada para una posterior determinación sobre los *merits*⁶⁷²; sin de-

en un error del acusado por comprometerse con un tercero tienden a fracasar en la lógica causal.

⁶⁷⁰ HARVARD LAW REVIEW, 2015: «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review*, núm. 128, p. 2256.

⁶⁷¹ *Ibid.* 2268-2269.

⁶⁷² Hay quienes argumentan que el artículo III es una mera excusa para que las Cortes eviten llegar al fondo de los casos que no pueden decidir o que se hacen las ciegas respecto del *standing* cuando quieren

jar de ser una barrera significativa, inapropiada a veces, para quienes interponen una demanda ambiental ⁶⁷³.

K. CLASES DE CAUSALIDAD EN EL *TORT LAW* Y EN CERCLA

En comparación con el sistema jurídico español, la *causalidad* en el sistema norteamericano, concretamente en el *Tort Law*, puede ser de dos tipos:

- 1) *Factual causation* (causalidad fáctica)
- 2) *Proximate cause* (causalidad próxima)

Factual causation: para establecer la *factual causation* o *causalidad fáctica* en los *toxic torts cases*, se debe probar que la conducta del acusado es la *but-for cause* de la lesión del demandante. Una alternativa que la mayoría de los estados han considerado suficiente para determinar la *factual causation* es la *substantial factor causation* (causalidad del factor sustancial), la cual reivindica que una conducta habría sido suficiente para ser la *causa* del daño, pero al haber coexistido otro acto, este también podría haber sido una *causa* si hubiera ocurrido separadamente ⁶⁷⁴. Este sistema, es el mismo que ha venido aplicando el ente juzgador español en materia civil y ambiental, por medio de la teoría de la *equivalencia de condiciones*.

Está claro que la investigación de la *standing* depende en gran medida de los hechos. Sin embargo, el análisis fáctico altamente detallado puede ser inapropiado en una etapa muy temprana del juicio. Hay varios problemas que surgen de la confianza excesiva en las *factual determinations* durante la etapa de *standing*; por ejemplo, los jueces, a veces no están equipados para manejar

alcanzar los *merits*. Otros, han examinado la base histórica del Derecho ambiental moderno en el *Tort Law* y la forma en que este aún podría aplicarse en el Derecho ambiental moderno. Sin embargo, a pesar de las similitudes en ambos tipos de casos con respecto a las investigaciones de la *causalidad*, sorprendentemente se ha escrito poco sobre la disyunción entre las investigaciones de *causalidad* para propósitos de la jurisdicción y para las determinaciones de *merits* en el *Tort Law*. Vid. *ibid.* 2258.

⁶⁷³ *Ibid.* 2258.

⁶⁷⁴ Históricamente, la *factual causation* se establecía al probar la *but-for causation*, pero surgieron dificultades prácticas. Por ejemplo, en situaciones en las cuales dos acciones simultáneas podrían ser individualmente suficientes para crear el daño, ninguna acción sería la causa de la lesión. El evento clásico es el de dos tiradores, ambos con el objetivo de codornices, pero cada uno dispara accidentalmente al mismo espectador. En otras situaciones, pueden surgir múltiples actores, pero no está claro quién es el verdadero responsable de la lesión. La otra analogía basada en las aves correspondería al supuesto de que los dos tiradores disparasen a la codorniz y una bala golpea al desafortunado espectador, pero nadie sabe quién de los dos tiradores es el responsable. Si todos los actores se han comportado de manera similar, puede parecer injusto que la parte perjudicada no pueda obtener un *remedy* de ninguno de los actores, simplemente porque cada uno podría señalar al otro para evitar que se pruebe la causalidad. Vid., *ibid.* 226.

cuestiones fácticas altamente técnicas sin ayuda. En las investigaciones en curso, los efectos de diversos contaminantes en la salud y el bienestar humano, el desarrollo científico y técnico posterior, también podrían cambiar el análisis de la *causalidad*. No cabe duda que gracias a los nuevos datos obtenidos (que rara vez se adoptan de manera universal poco después del descubrimiento, sino más bien alcanzan un consenso científico *a posteriori*), los jueces y jurados se beneficiarían de un proceso completo de investigación, hasta con audiencias *Daubert*⁶⁷⁵ (y otros procedimientos de respaldo) para garantizar que los hechos presentados a la Corte reflejen los métodos científicos y la experiencia con mayor precisión⁶⁷⁶.

Retrospectivamente, la resolución de la *causalidad* fáctica en los *toxic torts cases* ha sido bastante polémica y el elemento más difícil de probar para muchos. La etapa judicial que mayor dificultad ha fustigado es la de *merits inquiry*. En cuanto a la desestimación de un *toxic tort case* por falta de *causalidad*, solo procederá si los demandantes presentasen pruebas suficientes, pero después de que se haya establecido la *standing*.

Proximate Cause (en CERCLA): Una cuestión clave en la imposición de la responsabilidad convencional es la *proximate cause* del demandado por causar algún daño. Ahora bien, para que sea posible imponer la responsabilidad fundada por CERCLA, la *proximate cause* debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales varían en consideración con las diferentes personas potencialmente responsables (PRP's) que el *Statute* advierte. Como punto de partida, cualquier cantidad, nivel o concentración de una *hazardous substance* es suficiente para desencadenar la responsabilidad de cualquier PRP. Indistintamente, CERCLA también autoriza la imposición de responsabilidad a todos los que tengan una relación continua con un sitio contaminado. En este sentido, la mayoría de las Cortes sostienen que la aplicación retroactiva del *Statute* a quienes hayan ejecutado actividades pasadas, y que aún requieran *remediation* (remediación), no viola los requisitos del debido proceso. Correlativamente, la EPA puede obligar a cumplir los objetivos de limpieza contemplados en CERCLA, especialmente la *remediation*, cuando se demuestre una potencial puesta en peligro (una *amenaza inminente* en los términos de la DRM y la LRM), aunque el real *damage* o *harm* no se manifieste⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Se llaman así por la *Daubert Standard*; una norma relacionada con la admisibilidad del testimonio de expertos para excluir la presentación de alguna prueba no calificada por el jurado.

⁶⁷⁶ HARVARD LAW REVIEW, 2015: «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review*, núm. 128, p. 2269.

⁶⁷⁷ FERREY, 2010: 395.

Excepción: *Generators*. Las Cortes no requieren una prueba de la *proximate cause* para imputar responsabilidad a los *generators* de las *hazardous substances* que hayan organizado una *disposal* en alguno de los sitios *superfund*⁶⁷⁸. Existirá *causalidad*, siempre que las PRP's de las *hazardous substances* o sustancias similares se encuentren 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 los recoge su cliente, quien a su vez los elimina, podría posiblemente llegar a convertirse en un PRP, según las pruebas deducidas de la totalidad de las circunstancias. De igual manera, el acto de un propietario de trasladar suelos contaminados desde un sitio a otro constituye una nueva *disposal* a efectos de responsabilidad. Los *generators* anteriores, de cualquier *hazardous substance* eliminada, seguirán siendo responsables si los desechos que fueron eliminados de forma segura son subsecuente e ilegalmente trasladados a un segundo sitio (donde ocurre la contaminación)⁶⁷⁹.

L. DIFERENCIAS CAPITALES PARA PROBAR LA CAUSALIDAD EN LOS *TOXIC TORTS* Y EN LOS *ENVIRONMENTAL DAMAGES*

A pesar de que la investigación sobre la *causalidad* en los *toxic torts* y *environmental damages* se discurre en diferentes etapas, tal como se ha señalado líneas arriba, esta requiere, a menudo, de determinaciones fácticas complejas que pueden ocurrir antes de la etapa de los *merits* (en audiencias jurisdiccionales que se asemejan a juicios). Los resultados o *findings* alcanzados son utilizados para probar la *standing* (una cuestión de derecho), pero también pueden ser tratados en la *appellate review* (revisión de apelación). No obstante, los métodos técnicos disponibles para respaldar la *causalidad* en ambos tipos de daños difieren entre sí, a saber:

En los *toxic torts cases*, los *findings* se basan generalmente en la evidencia epidemiológica, la cual depende en gran medida de los análisis estadísticos y modelos matemáticos o informáticos para hacer determinaciones probabilísticas de riesgo y contribución⁶⁸⁰ mientras que, en los *environmental cases*, hay una variedad de campos que se podrían necesitar para respaldar un *nexo causal* entre

⁶⁷⁸ *Ibid.*, 395-396.

⁶⁷⁹ *Vid. Ibid.*

⁶⁸⁰ Debido a la complejidad de la salud humana y la gran dificultad para probar una *causalidad* médica directa (más que una correlación), frecuentemente es imposible demostrar que la condición de salud de un individuo ha sido directa y exclusivamente causada por una toxica específica. Sin embargo, excepciones notables a esta regla constituyen la *asbestosis* y el *mesotelioma*, que la investigación médica ha demostrado que se correlacionan casi por completo con la exposición al amianto.

ellas: la meteorología, la hidrología, y la ecología. Estos casos también dependen en gran medida de métodos estadísticos y de modelos, pero tienden a ser capaces de predecir solamente los riesgos basados en correlaciones observadas.

Las razones para justificar las divergencias presentadas han sido soportadas por varios argumentos doctrinales, estructurales o políticos, pero sin unanimidad. Otras investigaciones revelan que en última instancia no se puede justificar esa disparidad porque, aunque que pueda parecer que predomina una divergencia en la práctica, no hay una diferencia doctrinal real en cuanto a las normas para establecer la *causalidad* en la *standing*, tanto para los *environmental cases* como para los *toxic torts cases*. Desde esta óptica, cualquier diferencia en el resultado se debe simplemente a la naturaleza de los casos. Las *environmental suits* a menudo hallan sus raíces en leyes o reglamentos administrativos que pueden proporcionar bases más amplias para las demandas disponibles por el *Common Law*, tendiendo a ser intrínsecamente más propensos a fracasar en la etapa de *standing*, los casos que no hayan surgido bajo una ley, primordialmente los casos de *public nuisance*⁶⁸¹. Lo mismo no puede decirse de los casos por *toxic torts*, los cuales suelen superar estos problemas sin necesidad de discusión. Por supuesto, algunas demandas entabladas básicamente por lesiones atribuidas a la exposición de una descarga tóxica podrían toparse con algún problema de *standing*, pero raramente con las mismas barreras con las que se tropiezan las demandas ambientales o *environmental suits*⁶⁸².

Visto de esta forma, la combinación entre la *causalidad* en el *Standing Law* y la *causalidad* como un elemento del *Tort Law* ha creado una barrera de justiciabilidad en el Derecho ambiental, en virtud de la cual los jueces consideran el alcance completo de la *causalidad* en la etapa de la *standing*. 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 aliviaría la carga que las Cortes y demandantes soportan, dando lugar a audiencias más consistentes y equitativas para resolver las demandas ambientales perseguidas⁶⁸³.

⁶⁸¹ Estos casos tienden a requerir un fuerte apoyo fáctico en la fase de *standing* o legitimación, ya que la *public nuisance* no es un daño tan tradicional, y puede acarrear problemas –de legitimación– con base en las demandas más generalizadas de daños que engloba.

⁶⁸² HARVARD LAW REVIEW, 2015: «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review*, núm. 128, pp. 2269-2270.

⁶⁸³ *Ibid.*

M. CONCLUSIONES

Luego de tener una visión clara de que el daño es la piedra angular del instituto de responsabilidad ambiental, sin la cual este mecanismo no se puede activar, impera otra necesidad que está vinculada al cumplimiento de otros presupuestos, también son fundamentales: la identificación del posible sujeto responsable y la determinación de la relación de causalidad. De aquí, algunas conclusiones claves se pueden extraer. En primer lugar, en lo que atañe al principio rector del Derecho ambiental «quien contamina paga», aquellos que causan daños ambientales deben asumir la obligación de repararlos. He ahí la necesidad de identificar al posible sujeto responsable del daño ambiental ocasionado o la amenaza inminente de que este pudiera ocurrir, ya que sin la identificación la responsabilidad no puede operar. En otras palabras, no se podría garantizar con precisión quién debe asumir los costos de prevención y reparación del daño ambiental. Precisamente, en los casos de daños difusos, en los que la contaminación proviene de múltiples fuentes o ante la presencia de daños históricos, la identificación del responsable puede ser bastante complicada o resultar incluso imposible.

En el caso de los EE. UU., cuando hay *multiple tortfeasors* (múltiples causantes de un daño ambiental) identificar a todos los responsables en casos de daños ambientales de origen difuso puede ser complicado. Por ello, se han diseñado diferentes teorías para distribuir la responsabilidad: (i) la teoría de la causalidad alternativa, (ii) la teoría de la participación en el mercado, y (iii) la teoría de la proporcionalidad. En términos generales, lo que busca cada una de estas teorías es atribuir proporcionalmente la carga de la culpa a los acusados, por las lesiones causadas por el daño ambiental.

En segundo lugar, para lidiar con la identificación del responsable, el sector doctrinario ha propuesto dos sistemas de responsabilidad ambiental: (i) el sistema de *canalización estricta*, que se centra en una persona claramente identificable, y, (ii) el sistema de *canalización múltiple*, que considera a varias partes potencialmente responsables. En este sentido, la DRM y la LRM, se han acogido al primer sistema, determinando que el sujeto responsable –en un contexto específico– está investido en una persona identificada como *operador*.

En tercer lugar, en materia de responsabilidad ambiental, se ha ponderado dos sistemas –los más utilizados– para identificar al posible responsable de un daño ambiental: (i) el sistema de cláusula general, y, (ii) el sistema legal de lista cerrada. En España, la LRM, al transponer la DRM, parece haber adoptado un enfoque intermedio, que incluye el cumplimiento de ciertos requisitos, pero no se limita estrictamente a una lista cerrada de posibles responsables. A partir

de ahí, concibe al *operador* como aquel que desarrolla una actividad económica o profesional y ejerce un poder económico determinante sobre ella, independientemente de su naturaleza jurídica, sea pública o privada.

Frente a ello, existe un gran debate dogmático sobre la amplitud de la definición de *operador*. Una de las dudas más persistentes es si se debería incluir a las entidades financieras que respaldan actividades potencialmente contaminantes. De conformidad con la DRM y la LRM, las personas privadas pueden ser consideradas responsables de daños ambientales; efecto reflejo del artículo 38 del CC español que permite a estas entidades contraer obligaciones. Es más, en caso de insolvencia o extinción de una persona jurídica, las obligaciones tributarias y financieras se transmitirán a los sucesores o herederos, asegurando que las personas jurídicas puedan cubrir las deudas relacionadas con los costos de prevención o reparación de un daño ambiental. Para garantizar dicho fin, la legislación ha incluido, además, mecanismos financieros, como la constitución de garantías financieras (Cf., art. 14 DRM y art. 24 LRM).

Lo complicado en este escenario es que las decisiones y acciones involucren a múltiples niveles jerárquicos y empleados; por lo tanto, la determinación de quién causó el daño real podría verse dificultada. En este escenario, la teoría de la representación orgánica quizá no resulte ser la más conveniente ni aplicable para resolver los casos de daños ambientales en personas jurídicas, siendo necesario recurrir a otros criterios como la responsabilidad por hecho ajeno o la responsabilidad vicaria. En todo caso, la mejor posición adoptada –a nuestro juicio–, es que sea responsable quien tiene el poder de decisión sobre las actuaciones de una actividad y, que personas jurídicas tan externas al negocio como una entidad bancaria o crediticia, no pueden incurrir en responsabilidad, simplemente por el hecho de surtir de recursos económicos al auténtico *operador*. En último caso, lo decidirá el ente juzgador, pero una extrema ampliación de la responsabilidad implicaría reducción de facilidades financieras, tan necesarias para el funcionamiento empresarial en un país.

En el Derecho comparado, principalmente en los EE. UU., CERCLA define a los posibles responsables como *owner or operator* (dueño u operador), que incluiría a: corporaciones, fideicomisos, socios y municipalidades en algunos casos. Además, los funcionarios corporativos también podrían ser considerados responsables, siempre y cuando hayan participado activamente en la gestión de actividades que causaron el daño ambiental.

En cuarto lugar, el ámbito doctrinario, en materia de responsabilidad ambiental, ha abierto un debate relacionado con el hecho de si se debe o no otorgar inmunidades a las entidades públicas, sobre todo cuando una acción dañosa está relacionada con una autorización administrativa específica y se

demuestra que se ha cumplido rigurosamente con las condiciones de esa autorización. A pesar de que la mayoría se oponga a cualquier tipo de privilegio en favor de la Administración pública en un supuesto de daño ambiental, la LRM ha establecido lo contrario. Esta quedaría excluida del concepto de operador, si los órganos administrativos llevan a cabo actos o ejercen «[...] 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» (Cf., art. 2.10.2 LRM); es decir, el responsable será el contratista.

En quinto lugar, otro de los presupuestos complementarios para poder instaurar responsabilidad por daños ambientales es el establecimiento de un *nexo causal* razonable y directo entre la acción y el daño. Es un elemento crucial que representa el lazo que debe existir entre la actividad del *operador* y el resultado dañoso (los daños ambientales). Una vez se demuestre una relación de causalidad clara entre estos factores, se podrá atribuir responsabilidad. No obstante, la conexión entre la acción y el efecto puede ser complicada de establecer de manera concluyente, sobre todo en aquellos casos de contaminación difusa, debido a que múltiples operadores pueden haber contribuido al daño. Para afrontar esta situación, el sector doctrinario y jurisprudencial en materia jurídico-ambiental ha desarrollado varias teorías para determinar con exactitud si la acción u omisión del *operador* ha sido causa suficiente y necesaria del daño ambiental ocasionado, induciendo a corroborar qué teoría sobre la *causalidad* es a la que deberíamos acudir ante la producción de un daño ecológico puro o de una amenaza inminente de que este se pudiera originar debido a una contaminación de carácter difuso. La mayor preferencia descansa sobre: (i) la teoría de la equivalencia de condiciones o de la *conditione sine qua non*; y, (ii) la teoría de la causalidad adecuada. De conformidad con la primera, es *causa* toda condición que ha contribuido al resultado, sin diferenciación alguna entre los antecedentes. En cambio, acorde con la segunda, la *causa* del daño será solo aquel antecedente con base en criterios de probabilidad, posibilidad o de razonable regularidad. La producción del resultado dañoso ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad.

Por el contrario, en los EE. UU., en armonía con CERCLA, la teoría que más reluce cuando se trata de atribuir responsabilidad ambiental es la de la *proximate cause*, en virtud de la cual se estima que el hecho más próximo al daño debe ser su causa.

En sexto lugar, uno de los mayores impedimentos para determinar la *causalidad*, es el estado de los conocimientos científicos. Las limitaciones a las

que la comunidad científica se ve supeditada por no siempre tener un conocimiento completo de los efectos de ciertas actividades en el ambiente, plantea grandes desafíos a funcionarios, jueces y operadores jurídicos en la toma de decisiones, pudiendo verse comprometido, además, el principio «Quien contamina paga», por la excepción relacionada con el estado de los conocimientos científicos que le exoneraría de la obligación de sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras. En consecuencia, debido a la incertidumbre científica, se ha promovido el *principio de precaución*, que insta a tomar medidas para proteger el ambiente y la salud humana, incluso en ausencia de pruebas científicas definitivas sobre los efectos perjudiciales de una actividad.

Ante esta realidad, existen muchas divergencias en la interpretación, diferentes enfoques y opiniones sobre cómo se debe interpretar y aplicar la responsabilidad ambiental en casos en los que los conocimientos científicos son limitados. Algunos abogan por la presunción de culpabilidad, mientras que otros argumentan a favor de la necesidad de pruebas sólidas de causalidad. Por lo tanto, es necesario equilibrar la responsabilidad de los *operadores* con la protección del ambiente, especialmente cuando los conocimientos científicos son insuficientes o inciertos. Para alcanzar este fin de manera efectiva, el desarrollo de interpretaciones sólidas y sistematizadas de las leyes ambientales serían un aspecto importante a tener en cuenta.

En séptimo lugar, en la legislación ambiental para facilitar la atribución de responsabilidad, se ha establecido la presunción de causalidad en ciertos casos, especialmente en relación con las actividades enlistadas en el anexo III de la LRM. Esta presunción legal conlleva la inversión de la carga de la prueba; es decir, se presume que el ejercicio de una actividad específica, de las incluidas en dicho anexo, es la causa del daño ambiental, a menos que quien la lleve a cabo —el *operador*— demuestre lo contrario. En definitiva, es el *operador* quien debe demostrar que su actividad no fue la causa del daño, lo cual puede ser complicado y problemático en el contexto de la incertidumbre científica.

En la sentencia pronunciada por la Corte ecuatoriana en contra de la compañía petrolera, el nexo causal probado entre el daño generado por la extracción del petróleo y el sujeto que llevó a cabo esta operación, Chevron-Texaco, permitió conectar los daños ocasionados en la Amazonía con la conducta del agente creador de los daños, demostrando la singularidad en cuanto a la etapa probatoria, que en realidad viene a representar lo que la mayoría de los ordenamientos a nivel occidental concibe. La carga de la prueba está invertida.

En octavo lugar, la normativa europea y española; es decir, la DRM y la LRM, establecen dos requisitos clave para que la responsabilidad ambiental

sea legalmente exigible: (i) la relación de la acción dañosa con la autorización administrativa previa (aunque esto permitiría al operador a ejercer su derecho de recuperación de costes, debería adoptar todas las medidas de prevención y evitación y reparación que el acaso amerite), y (ii) la tipificación de la acción como una infracción administrativa o un delito ambiental.

En noveno lugar, si acudimos al Derecho comparado, dentro del ordenamiento jurídico estadounidense, la *causalidad* también es el elemento más difícil de probar en los casos de responsabilidad por daños, y las decisiones pueden depender de métodos científicos y modelos complejos. El *Tort Law*, por ejemplo, afronta la *causalidad* en los casos de *toxic torts*, basándose a menudo en evidencia epidemiológica y análisis estadísticos mientras que en los casos de *environmental damages* involucran una variedad de campos científicos y tienden a depender de correlaciones observadas.

En cualquier caso, en la práctica, estas diferencias obedecen –por lo general– a la naturaleza de los casos y no a una diferencia doctrinal real en la forma en la que se establece la causalidad. Lo que sí juega un rol preponderante en las demandas ambientales es la *standing doctrine* o doctrina de la legitimación activa, según la cual se debe realizar una investigación precedente a cualquier otro aspecto del caso; lo que no sucede con los *toxic torts suits*. En virtud de esta doctrina, los demandantes deben cumplir, además, con ciertos requisitos para que puedan demostrar –antes del juicio– un interés genuino en el resultado de un caso, entre ellos: (i) haber sufrido una *lesión de hecho, real o inminente*, no conjetural; (ii) objetividad de la *causalidad* entre la lesión y la conducta denunciada, y (iii) el daño debe ser *probable*.

En décimo lugar, una vez explorados todos los conceptos legales y los aspectos relacionados con la identificación del posible responsable y la relación de causalidad en materia de responsabilidad ambiental, tanto en el derecho europeo-español como en el Derecho comparado, principalmente en el sistema estadounidense, podemos denotar que, en el caso que nos ocupa, el fallo emitido por la Corte ecuatoriana halló sustento en la *teoría de la causalidad adecuada*. Sobre esta base, realizó un análisis objetivo relacionado con el carácter externo que ligaba al nexo causal, sin la concurrencia de elementos que permitieran descartar o denegar la imputación. Acudió también, a la teoría de la «creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso» (que se asemejaría a lo que la ley de residuos en España, que identifica como *riesgo inaceptable* –al que nos referimos en el Capítulo I– o *riesgo significativo* como lo establecen la DRM y la LRM.), que acredita la presencia del *nexo causal* cuando el resultado causal o la creación culposa de un estado precede a la configuración del riesgo o incluye verdaderamente un riesgo injustificado. En consecuencia, la mera existencia del

daño sería suficiente para acreditar el nexo causal entre dicho daño y el peligro creado. En el caso Chevron-Texaco, la creación del estado peligroso correspondería a la construcción de la zona industrial petrolera, incluyendo los impactos que esta genera a sus alrededores. La demandada tenía pleno conocimiento del riesgo que estaba creando. Así lo demuestra incluso, la obra «Primer of Oil and Gas Production», escrita en el año 1962 por un funcionario de la empresa demandada, en la que se pormenorizan los peligros y problemas que trae consigo el manejo de las aguas de formación.

Finalmente, el ente juzgador también recurrió a ciertas doctrinas instauradas en el sistema jurídico de los EE. UU., principalmente a: (i) la teoría de la *factual causation* o factor substancial, y (ii) la teoría de la *proximate cause* o la causa más probable. Con la ayuda de la primera, logró probar la existencia de afecciones a la salud pública, demostrando que estas tienen una probabilidad médica razonable de que la conducta del demandado (descarga de sustancias contaminantes en el ecosistema) fue un factor que contribuyó substancialmente para que la dosis de sustancias dañosas aumentase; y, por ende, el riesgo a desarrollar enfermedades, debido a la exposición de los habitantes de la zona de la Amazonía, a través de la contaminación del suelo y del agua, a dichos elementos nocivos. Paralelamente, con apoyo en la segunda teoría, el ente juzgador logró evidenciar la coincidencia de resultados entre los distintos estudios epidemiológicos científicamente sustentados, conjuntamente con la valoración de los riesgos para la salud humana y las declaraciones obtenidas en todas las inspecciones judiciales practicadas. De esta manera, obtuvo las bases científicas para conectar razonablemente los reclamos acerca de la salud de los residentes del área con la contaminación petrolífera originada en las actividades del *operador* del consorcio; suficiente *nexo causal* para la Corte, en orden a exigir la reparación de los daños ambientales a Chevron-Texaco.

Por último, en cuanto al vínculo entre los daños ambientales ocasionados en la Amazonía ecuatoriana y los derechos de las personas además de la afección a la salud, resultó evidente el lazo que existía entre aquellos daños y el agente petrolero. Fue el causante directo de los cambios forzados que han tenido que sufrir las culturas indígenas, que basan su sistema social, cultural y hasta su propia existencia en una relación directa con la naturaleza. Ciertamente, uno de los rasgos más peculiares de las comunidades indígenas y pueblos aborígenes que habitan en la Amazonía es la práctica y dependencia del desarrollo de las actividades de caza y pesca para garantizar su subsistencia diaria, las cuales se han visto directamente afectadas y limitadas por los impactos ambientales causados gracias a la ejecución de la actividad extractiva de petróleo que se llevó a cabo en el área de la concesión.

CAPÍTULO IV

A. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Una vez solucionado el problema de la prueba del *nexo causal*, se deberá *canalizar*⁶⁸⁴ la responsabilidad en el sujeto vinculado con la actividad. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, en materia ambiental, no resulta tan sencilla dicha canalización. Depende de cada legislación cómo llevarla a cabo. En España, por ejemplo, en el caso de la contaminación marina por hidrocarburos, se canaliza en el *transportista* y, en general, cuando se ejerce el control de una actividad peligrosa, en el *operador*.

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. Jurídicamente, la *responsabilidad civil* es la consecuencia del incumplimiento de una obligación (que puede nacer o no de un contrato) o de un deber. Su finalidad, precisamente, es ser condescendiente con quienes 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, razón por la cual aquellas víctimas deben ser indemnizadas.

⁶⁸⁴ LOZANO CUTANDA, Blanca, 2008: *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, (Ley 26/2007, de 23 de octubre), Civitas, Navarra, p. 132.

Doctrinariamente, el sistema de responsabilidad civil –a pesar de su falta de precisión terminológica⁶⁸⁵– ha sido bifurcado en varios tipos de responsabilidad:

- 1) responsabilidad civil *contractual*.
- 2) responsabilidad civil *extracontractual*. Dentro de esta clase de responsabilidad subyacen otras subcategorías, las cuales sistemáticamente pueden ser ordenadas y agrupadas de la siguiente manera:
 - a) responsabilidad subjetiva y objetiva o por riesgo (según la presencia o ausencia del elemento *culpabilidad* o el reproche en la conducta del agente causante del daño.
 - b) responsabilidad directa e indirecta.
 - c) responsabilidad principal y subsidiaria.

⁶⁸⁵ ACEDO PENCO, 2011: 340-341. Critica el autor que la clásica expresión de «responsabilidad civil» no es muy exacta, puesto que esta 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, mas 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 este 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. O'CALLAGHAN, Xavier, 2009: *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II, sexta edición, Dijusa, Madrid, p. 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, 2016: 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 esta conlleva un alcance más limitado, aún es demasiado amplia, debido a que 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.*, MARTÍN-CASALS, Miquel, 2011, «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, pp. 16 a 17; y, más aún, desde una perspectiva terminológica y terminográfica del área existe un estudio de derecho comparado que aborda la sinonimia estilística, definitoria, de enfoque, etc., *vid.*, THIRY, Bernarde, 2009, «La sinonimia nomenclativa, un caso peculiar de sinonimia en terminología», *Entreculturas 1*, Institut Libre Marie Haps, Bruselas, pp. 219 a 257.

1.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL*

La categorización que revela la tradicional presencia de los dos pilares normativos y que, al mismo tiempo, se consagra en los dos conceptos fundamentales en materia de responsabilidad por daños –la responsabilidad civil *contractual* y *extracontractual*, predominantes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de arquetipo occidental– procura conseguir mediante la indemnización el resarcimiento en lo posible integral de cualquier daño o perjuicio que se produzca. El origen de las normas referentes al cumplimiento o no de las obligaciones contractuales se remonta al Derecho romano; mientras que la génesis de las normas que contemplan la obligación de resarcir daños y perjuicios ante la violación del deber general de «no dañar al otro» (materia no contractual) se remonta a la *Lex Aquilia* o ley aquiliana.

Cada responsabilidad es independiente de la otra (aun cuando pertenezcan a la misma familia), pero ninguna podrá ser instaurada si no está en acomodo a alguno de estos dos supuestos:

1) la *existencia de un contrato* que vincule a las partes que lo estipularon (el cual se constituirá como una relación obligatoria previa), pero que el objeto al cual se comprometieron haya sido incumplido por alguna de ellas, de forma total o de modo inexacto o parcial⁶⁸⁶. Este hecho jurídico desencadenaría lo que doctrinariamente se conoce como *responsabilidad civil contractual*.

En el ordenamiento jurídico español, el CC⁶⁸⁷ no se refiere cabalmente al incumplimiento de los *contratos*, sino de las *obligaciones*⁶⁸⁸ (que pueden nacer no solo de los contratos, sino de la ley, los cuasicontratos o de los actos y omisiones ilícitos⁶⁸⁹, *cf.*, art. 1089) y, en relación con estas, expresamente dispone que: «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» (*Cf.*, art. 1101). En términos más simples, se puede decir que la responsabilidad civil contractual 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 [...]»⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ PEÑA LÓPEZ, Fernando, 2013, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en BUSTO LAGO, José Manuel y REGLERO CAMPOS, Fernando (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 2.ª ed., Aranzadi S. A., Navarra, p. 51.

⁶⁸⁷ 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.

⁶⁸⁸ Lo mismo ocurre en el CC ecuatoriano (actualizado). Lo que se define es la *obligación*, no el *contrato* (*Cf.*, art. 1088 «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa»).

⁶⁸⁹ «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal» (*Cf.*, art. 1092 CC español).

⁶⁹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 100.

En cuanto a los efectos de las obligaciones, en el CC español se hayan perfectamente incluidos los límites de la responsabilidad del deudor (Cf., arts. 1101, 1105, 1106 y 1107), quien por haber incumplido totalmente su obligación o porque de algún modo la contravino incurriendo en «dolo, negligencia o morosidad» deberá indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que le haya ocasionado. El deudor de buena fe responderá únicamente en los límites del daño previsible en el momento de contratar, pero el deudor doloso será responsable de todos los daños que conocidamente deriven del incumplimiento de la obligación. La indemnización de los daños y perjuicios se compone del valor de la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia que haya dejado de obtener, pero, si el incumplimiento ha sido provocado por caso fortuito, el deudor quedará exento de responsabilidad⁶⁹¹.

ii) La *no existencia de un contrato* previo. Muchas veces, las personas pueden llegar a vincularse sin que haya precedido ninguna relación jurídica entre quien causó el daño y quien lo padece (la víctima). Dicho de otro modo, la relación o, mejor dicho, «la obligación de reparar no surge del incumplimiento de una obligación previa existente, sino del mero hecho de haberse producido un daño»⁶⁹². En este caso, la violación trasciende el límite ético del genérico deber de conducta de «no dañar a los demás»⁶⁹³. Justamente, la inexistencia de un vínculo obligatorio o relación jurídica preexistente entre las personas viene a configurarse en la característica principal de la *responsabilidad civil extracontractual* (designación más acertada) o *responsabilidad aquiliana*, *responsabilidad civil* o *responsabilidad extracontractual*, como muchas veces ha sido invocada por la jurisprudencia española.

Este régimen se encuentra enraizado a uno de los *tria iuris praecepta* enunciados por Ulpiano, *Alterum non laedere*, que se traduce en el deber de *no dañar a otro*, el cual ha sido recogido en el CC español, principalmente en su artículo 1902 («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), según lo postula la mayoría doctrinaria⁶⁹⁴, cuyo contenido ético y moral es a toda luz la razón del establecimiento de una «sanción», aunque no punitiva, sino más bien indemnizatoria.

De manera más general, podríamos decir que la responsabilidad civil extracontractual supone la transgresión del principio general *neminem laedere* o *no causar daño a nadie*; es decir, la violación trasciende el límite ético del genérico deber de conducta de *no dañar* a la totalidad de una colectividad y no exclusivamente a una persona concreta y determinada como entraña la responsabilidad civil contractual⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ ACEDO PENCO, 2011: 341.

⁶⁹² LASARTE, 2014: 371-372. En igual sentido, PEÑA LÓPEZ, 2013, p. 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 esta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio».

⁶⁹³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo, 2010: *Responsabilidad Extracontractual*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 629 a 1106.; SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, 2015: «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, pp. 3 a 188.

⁶⁹⁴ Aunque, para otros, esta norma es tan genérica que no hay manera de concebir que efectivamente contiene el principio *alterum non laedere*.

⁶⁹⁵ Aquí: «[...] el clásico principio romano del *neminem laedere*, se traduce en un no dañar al concreto acreedor». Cf., YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 100.

Gracias a este mandato moral, la jurisprudencia española ha podido resolver, además, todos los casos que se han ido presentando en la cotidianidad de la sociedad por incurrir en el incumplimiento del deber genérico de *no dañar al otro*⁶⁹⁶. No olvidemos que la responsabilidad civil extracontractual puede provenir de un acto ilícito de naturaleza civil o de un ilícito de naturaleza penal, consecuencia de un delito o una falta.

A estas dos categorías de responsabilidad les envuelve un problema de delimitación. Varios interrogantes se han planteado dentro del ámbito doctrinario, pero los más latentes cuestionan especialmente si la responsabilidad civil contractual y extracontractual son figuras jurídicas idénticas o en verdad son instituciones diferentes, de diversa naturaleza, y con un fundamento distinto. Pero, si ambas provienen del incumplimiento de un deber genérico *no dañar*, buscando resarcir el daño causado. Entonces, ¿qué acción se debería ejercitar en aquellos casos en los cuales concurren dudas con respecto al ámbito dentro del cual 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 el deber genérico *alterum non laedere*?

Tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual presentan ciertas divergencias, las cuales han llegado a relucir en el ámbito sustantivo⁶⁹⁷ y también en el procesal⁶⁹⁸. En la realidad práctica, los problemas más controvertidos, y que han sido cuestionados por la doctrina durante varios años, tienen que ver principalmente con 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 prescriptivo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Ejemplos claros son: accidentes de tráfico (motociclista que atropella a un peatón que cruzaba por el paso de cebra); 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.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo, 2010: *Responsabilidad Extracontractual*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 629 a 1106; SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, 2015: «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, pp. 3 a 188.

⁶⁹⁷ 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.

⁶⁹⁸ 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.

⁶⁹⁹ PEÑA LÓPEZ, 2013: 52 a 53.

Visto desde esta perspectiva, el ente juzgador puede que tenga que enfrentarse con «casos fronterizos» o «zonas mixtas» (definidos así doctrinariamente) de difícil solución. En palabras del dogmático Mariano Yzquierdo⁷⁰⁰, estos se manifiestan cuando «Un mismo hecho, de autor único, genera responsabilidad en ambos tipos y por distintos títulos»; es decir, un daño proveniente de un incumplimiento contractual ocasiona un perjuicio al cocontratante, pero también causa un menoscabo en los bienes o derechos de un tercero foráneo a aquella relación⁷⁰¹. No es el caso del daño causado por diferentes personas, entre las cuales una era la contratante de la víctima y la otra no, sino, como bien explica el autor: «Un mismo hecho, protagonizado por una pluralidad de agentes, hace generar en cada uno de ellos una especie distinta de responsabilidad». Por ende, procedería la acción de responsabilidad contractual contra la primera y la acción de responsabilidad aquiliana contra la segunda.

Los supuestos fronterizos que presentan mayor dificultad para poder circunscribir un hecho dentro de la esfera contractual o extracontractual se pueden compendiar en los siguientes tres hechos circunstanciales⁷⁰²:

1) *Daños derivados de situaciones precontractuales, postcontractuales o paracontractuales*. Son casos en los que, a pesar de no haberse suscrito un contrato expresamente, existe una relación previa relacionada con una situación de naturaleza contractual. Un ejemplo claro son aquellos daños derivados de los tratos precontractuales (*culpa in contrahendo*) o los daños posteriores a la resolución o declaración de nulidad del contrato, etc.

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*). Por ejemplo, las que median entre los organismos de seguridad social y sus afiliados o

⁷⁰⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 129.

⁷⁰¹ LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ, Juan Pablo; REYES SÁNCHEZ, Leña; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía; PIZARRO MORENO, Eugenio y LÓPEZ NIETO, Concha, 2013: «Estructura general de la responsabilidad extracontractual», en *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 15, en línea: <http://www.tirant.com>. 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». En su criterio, la responsabilidad extracontractual deriva del principio general de «no dañar a otro» y, por lo tanto, según deducen, esta 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 [...]».

⁷⁰² PEÑA LÓPEZ, 2013: 54-57.

las originadas de los servicios públicos como el pago de tasas, los daños derivados por el mal funcionamiento de la empresa pública de alcantarillado, etc.

Es importante subrayar que esta problemática ya ha sido superada en la actualidad, gracias a la intervención legislativa que ha trasladado esta materia al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la cual está regulada por la LRJSP, la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁰³ o LJCA, la ley orgánica del poder judicial⁷⁰⁴ o LOPJ (Cf., art. 9.4) y el Código Penal⁷⁰⁵ o CP (Cf., art. 121).

La causación de daños extrapatrimoniales en el marco de una relación contractual. Este supuesto está representado por los daños corporales, morales o patrimoniales que una de las partes sufre (comprometiendo su vida, salud e integridad física o ciertos bienes) con motivo de la ejecución de la prestación por la inobservancia de los deberes de diligencia que le son exigibles al deudor, pero que pueden ocasionar lesiones psicofísicas al acreedor o incluso provocar su muerte. Los ejemplos más comunes son los daños que devienen de un contrato de transporte (de personas), de trabajo, de suministro de ciertos productos o de la prestación de determinados servicios, como los sanitarios, etc. Junto con estos daños, pueden presentarse otros daños en los cuales sea complicado dilucidar o calificar si han sido consecuencia específica del incumplimiento del contrato o si el contrato se traduce en un mero antecedente causal del acaecimiento del daño que es ajeno a la órbita contractual, como los daños derivados de las relaciones arrendaticias.

B. TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

En aras a solventar la problemática vinculada a la naturaleza jurídica de la acción, se han desarrollado dentro del campo doctrinario varias teorías:

1. La teoría del concurso de pretensiones

Cuando simultáneamente concurren dos pretensiones –por un lado, la de naturaleza *civil contractual*; y, por otro, la *extracontractual*–, el Derecho procesal debe establecer cuál es la vía más idónea para lograr, en cada caso en particular, la indemnización más íntegra posible del daño. En este sentido, hay

⁷⁰³ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de fecha 14 de julio de 1998). Entrada en vigor: 14 de diciembre de 1998.

⁷⁰⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985). Entrada en vigor: 3 de julio de 1985.

⁷⁰⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995). Entrada en vigor: 24 de mayo de 1996.

que hacer notar que la dogmática procesal contempla dos posibilidades con respecto al concurso de pretensiones ⁷⁰⁶:

La primera, fundamentada en la «doctrina de la individualización», que entiende que la *causa petendi* se compone por el elemento fáctico y 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, en definitiva, buscará quedar indemne frente al daño sufrido. La segunda posibilidad es aquella cimentada sobre la base de la «doctrina de la sustanciación», que, a diferencia de la anterior, prefija que la *causa petendi* se constituye solamente por el elemento fáctico o relato histórico que ha de servir de base para que el actor instaure su respectiva pretensión. En suma, la *teoría del concurso de pretensiones* coloca al actor en dos escenarios distintos:

- 1) Uno que le permite optar según su conveniencia, por una u otra vía.
- 2) otro que considera que las pretensiones son diferentes e incompatibles.

1.1. LA TEORÍA DE LA OPCIÓN

La posibilidad de selección de la pretensión que más le convenga al perjudicado cuando se vea inmiscuido en «zonas fronterizas», para lograr que el daño sufrido sea indemnizado, es el fundamento de esta teoría. Fue propugnada por la doctrina francesa, por autores contrarios a la tesis del *non cumul*, y fue tan defendida –en su momento– en España. Se ha verificado que la posibilidad de dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas colocan a la víctima en una situación decisiva –a pesar de su potestad selectiva– para elegir simplemente una pretensión con exclusión de la otra. Una vez efectuada la elección, la víctima estaría impedida de poder ampararse *a posteriori* en la opción excluida, ya que dentro del marco de la *teoría de la individualización* (el administrador de justicia no puede proponer en su sentencia una calificación jurídica diversa a la esgrimida y sobre la que se ha fundamentado el actor en su demanda) supondría una *mutatio libelli* ⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 129-130.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, pp. 131 a 132. Uno de los ejemplos más famosos, recogido de algunas de las sentencias que se dieron en los años noventa, es aquel del transporte marítimo con pérdida de mercancía. El fallo 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 deudor en situaciones en las que existen graves riesgos, como ocurre en la navegación marítima y en el transporte en general. Lamentablemente, este

La selección, exige que la *causa petendi* se justifique en afinidad con lo que predica la *doctrina de la individualización*: descartar la posibilidad de «reservar su alegación para un proceso ulterior»⁷⁰⁸.

Esta teoría ha sido muy criticada y, tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁰⁹ o LEC (Cf., art. 400), ha sido ya desalojada de la jurisprudencia española, sobre todo por suponer que ha sido consecuencia directa de la doctrina de «la rigurosa órbita de lo pactado»⁷¹⁰. Uno de los posibles conflictos que las sentencias podían acarrear, era el «problema de la incongruencia» si, por ejemplo, el demandante hubiese fundado su pretensión de indemnización bajo el amparo exclusivo de las normas de responsabilidad contractual o extracontractual, y el tribunal le hubiese concedido con base en las normas de la extracontractual (art. 1902 CC) en el primer caso y de la contractual en el segundo (art. 1101 CC). El efecto directo que se provocaría sería una sentencia con vicio de incongruencia, por no ajustarse la resolución al contenido de la demanda.

En relación con la problemática expuesta, Díez-Picazo⁷¹¹ estima que la tesis opcional puede tener un poco de utilidad práctica, admitiendo la posibilidad de que un comportamiento que proviene de un incumplimiento

«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.

⁷⁰⁸ GÓMEZ POMAR, 2016, pp. 11 a 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 este 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 solo a los hechos aportados. Según esta, en los casos donde puede concurrir el art. 1101 CC y el art. 1902 CC, el demandante es libre de proporcionar solo los hechos al tribunal sin aportar un fundamento jurídico u otro, o de ejercitar solo 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.

⁷⁰⁹ Cf., Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000). Entrada en vigor: 8 de enero de 2001.

⁷¹⁰ Vid. STS, 1.ª, 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 3.º). En suma, para hablar de la *estricta órbita de lo pactado* no solo se requiere la existencia de un contrato previo entre las partes, sino que el hecho haya acaecido como desarrollo de su contenido negocial.

⁷¹¹ DÍEZ-PICAZO, 2011: 230-231.

contractual no obsta para que sea considerado a la vez un daño extracontractual, 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».

No le resulta lógico que la específica distribución de los riesgos establecida por las partes –que manifiestan su voluntad– en el contrato, acordando expresamente la exclusión de la responsabilidad, pueda ser violada a través de una pretensión de *responsabilidad civil extracontractual*.

Paralelamente, Gómez Pomar⁷¹² aduce que la víctima podría valerse únicamente 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.

1.2. LA TEORÍA DE LA ABSORCIÓN O INCOMPATIBILIDAD

Esta tesis entiende que existen dos categorías jurídicas o pretensiones totalmente independientes. Mariano Yzquierdo⁷¹³ parte su explicación a partir de *lege lata*⁷¹⁴, dando a entender que «si se trata de pretensiones distintas y con regímenes jurídicos separados no cabe la opción, sino solo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde». En tal virtud, si ha existido una relación contractual preexistente entre el demandante y el demandado, la acción extracontractual quedaría excluida; es decir, «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».

Esta teoría tuvo gran aceptación en España y ha sido defendida por autores de alto reconocimiento, entre ellos: Pantaleón, De Cossío, Bercovitz, Igartua Arregui y Vila Ribas, para aquellos casos en los que el daño hubiese surgido por

⁷¹² GÓMEZ POMAR, 2016: 10-11.

⁷¹³ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 133-134. El autor considera que dogmáticamente esta teoría es la más correcta, aunque poco aconsejable en la práctica, pues puede 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».

⁷¹⁴ 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 incumplimiento de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato, como las «obligaciones de seguridad»⁷¹⁵. De acuerdo con esta tesis, el contrato «absorbe» todo lo que se encuentra dentro de su ámbito natural, entendiendo que, 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 deberá llevar a cabo con arreglo a la normativa contractual⁷¹⁶.

En otro orden de ideas, Díez-Picazo⁷¹⁷ exterioriza su desacuerdo. Fundamenta su argumento en razón de que las tendencias de redefinición de la *responsabilidad contractual* (que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado) se han construido por una parte con la intención de ampliar su ámbito de aplicación y englobar dentro de ella a los daños que puedan surgir como consecuencia del desarrollo de obligaciones de carácter no contractual previamente existentes entre las partes como vínculos jurídicos (por ejemplo, lo que sucede en el régimen jurídico del condominio); y, por otra, para restringir *ad nauseam* la aplicación de la responsabilidad contractual, dando mayor cabida a la extracontractual. No obstante, siempre que exista algún vínculo jurídico no se puede hablar de *responsabilidad extracontractual*, porque esta debe quedar reducida al ámbito de accidentes entre personas que no tuvieron previamente ninguna relación jurídica entre ellas, lo cual permite afirmar al unísono que la responsabilidad contractual y la falta de responsabilidad⁷¹⁸ «[...] 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, el mismo dogmático critica, además, el

⁷¹⁵ 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, lo que provocó la caída de un trabajador en la construcción.

⁷¹⁶ El análisis de esta teoría no lo refieren en forma individualizada autores como Acedo Penco, De Ángel Yágüez, quienes, en sus obras principales, únicamente 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, 2011, pp. 227 a 229, expone en forma deductiva, en el análisis que hace de las «Tendencias hacia la redefinición de la responsabilidad contractual».

⁷¹⁷ Díez-Picazo, 2011: 228-229.

⁷¹⁸ Equivaldría esta clase de responsabilidad a una «responsabilidad obligacional», aun cuando los artículos 1101 y ss. del CC español hablen abstractamente de obligación sin hacer ninguna referencia a la fuente de esta. Esto carece de sana razón porque las normas del título general de las obligaciones solo tendrían sentido cuando se refieran a obligaciones contractuales, como en el caso del derecho francés (que expresamente lo menciona).

hecho de que un contrato sea entendido meramente atendiendo a «lo expresamente pactado». La falta de solidez de lo planteado lo justifica a causa de lo que dispone el artículo 1258 del CC español⁷¹⁹, ya que «los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios, como pueden ser los deberes de información⁷²⁰ o de protección⁷²¹, son también deberes contractuales», cuya violación genera, por lo tanto, una responsabilidad de carácter estrictamente contractual. En otras palabras, cualquier incumplimiento de los deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también responsabilidad de tipo contractual y «[...] cualquier intento de fundar la distinción de los dos tipos de responsabilidad sobre la naturaleza de las obligaciones incumplidas... es un intento baldío».

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 a proporcionar, por lo que ha de nutrirse de los criterios y normas que regulan a una y otra (*contractual* y *extracontractual*). 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 CC⁷²², ligados al principio ético de «no hacer daño a nadie».

Antes de que se introdujera la reforma de la LEC española, en la cual el plazo de prescripción de la acción es de quince años, el punto más conflictivo en relación con ambas responsabilidades era el relativo al plazo de prescripción de la acción. La víctima podía verse constreñida a entablar una u otra acción, a conveniencia de que esta no prescriba en un plazo tan breve. Sin embargo, podía acaecer una falta de sinergia si, por ejemplo, ejercía la acción extracontractual con la finalidad de obtener un mejor resarcimiento, siempre que no hubiese transcurrido el plazo prescriptivo de un año (inferior

⁷¹⁹ CC. española, artículo 1258: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo 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».

⁷²⁰ 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, 2011: 229).

⁷²¹ 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, 2011: 229.

⁷²² 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».

a los cinco años que garantizaba la responsabilidad contractual)⁷²³; o bien se resignaba a obtener un resarcimiento limitado, es decir, una corta indemnización por los daños sufridos producto del incumplimiento contractual previsto por las partes o que se hubiesen podido prever, si el plazo ya habría transcurrido⁷²⁴.

En países como Italia y Francia, esta teoría también ha repercutido con bastante difusión dentro de su doctrina y jurisprudencia. Particularmente, en Francia se la conoce como el principio *non cumul*, en virtud del cual la normativa extracontractual no tiene cabida en el fuero contractual. Es el techo bajo el cual el órgano jurisdiccional se ampara para rechazar la aplicación de la regla de *no acumulación de responsabilidades (contractual y extracontractual)*, evitando que las reglas extracontractuales intervengan en el área reservada exclusivamente para la *responsabilidad contractual*, ya que esto provocaría una modificación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato y del régimen particular que a estas les rige⁷²⁵.

2. La teoría unitaria

La hipótesis de esta teoría está centrada en desvirtuar la posible distinción entre la responsabilidad civil *contractual* y *extracontractual*. Es irrelevante que el daño se haya generado como producto de la existencia o inexistencia de un contrato previo. En ambos casos, el objetivo que se persigue es reparar el daño a quien lo ha padecido.

Ángel Acedo Ponce⁷²⁶ no les quita del todo razón a los seguidores de esta teoría. No obstante, pone 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».

⁷²³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2016: 1077-1083.

⁷²⁴ CC español, artículo 1107.1: «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».

⁷²⁵ VINEY, Geneviève, 2008: «Introduction à la responsabilité. L'avenir de la distinction entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle», *Ius et Veritas*, núm. 43, 3.ª ed., editorial L.G.D.J., París, p. 36.

⁷²⁶ ACEDO PENCO, 2011: 342.

Por el contrario, Mariano Yzquierdo Tolsada⁷²⁷ reconoce que, si bien son cosas distintas, tampoco constituyen «compartimentos estancos».

2.1. LA TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS: LA YUXTAPOSICIÓN DE RESPONSABILIDADES O LA TEORÍA DE LA UNIDAD DE LA CULPA CIVIL

Esta tesis ha sido incorporada como un *principio predominante* dentro de 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 (*contractual* y *extracontractual*) brinda para aquellos supuestos que se enmarquen dentro de las «zonas mixtas» o «zonas grises», los cuales han generado polémica no solo por la brevedad del plazo prescriptivo que se otorgaba para ejercer la acción civil extracontractual, sino porque 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, ante la lesión del derecho del acreedor resultante del incumplimiento de una obligación contractual a cargo del deudor, y de un acto ilícito civil cometido por un tercero sin que haya existido alguna relación contractual previa, «[...] todos los responsables responden por los daños ocasionados por su actuación»⁷²⁸.

Tan dudoso y complejo se puede convertir un caso, por no saber a ciencia cierta si se debe acudir (en materia de litigio al menos) a la vía judicial, ejercitando la acción que brinda la responsabilidad civil *contractual* o *extracontractual*, o si, por defecto, ambos regímenes concurren simultáneamente.

⁷²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 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, 2011: 209-226; ACEDO PENCO, 2011: 341-342; REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, 2010: «Responsabilidad Extracontractual» en Bercovitz Rodríguez, Rodrigo, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1.^a ed., Aranzadi S. A., Navarra, p. 372. El autor coteja lo dicho en un comentario que hace a la STS, de 23 de diciembre de 2004 (*RJ* 2005, 82), donde manifiesta que la problemática entre responsabilidad contractual como extracontractual dejaría de serlo con «solo 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 unificaran 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».

⁷²⁸ PUIG FERRIOL, Luis, 2007: «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson S. L., Madrid, pp. 889 a 893.

En los últimos años, el propio Tribunal Supremo ha reconocido este lóbrego escenario y, en varias ocasiones, ha resuelto que un determinado evento dañoso producto de una violación de una obligación contractual vulnera al mismo tiempo el deber general de «no causar daño al otro» (*alterum non laedere*). Este hecho, calificado como «yuxtaposición de responsabilidades» (*contractual y extracontractual*), suscita la posibilidad de ejercer *alternativa* o *subsidiariamente* cualquiera de las dos acciones, aunque, si se quisiera, es factible optar por alguna de ellas o incluso facilitar los hechos al juez para que sea él quien aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se ajusten o acomoden a ellos, con el único propósito dirigido en beneficio de la víctima, traducido en la aspiración de lograr un resarcimiento –lo más completo posible– del daño ⁷²⁹.

Esta sería la nueva fórmula de estilo adoptada. Sin embargo, una vez ejercitada alguna de estas pretensiones, no cabe ni desestimación ni elusión del conocimiento de la causa; es decir, del fondo del asunto que versa sobre la materia de la culpa civil, con la excusa de que la norma que el perjudicado ha invocado para que se aplique fue equivocada o errónea. La petición pretende el resarcimiento y es indiferente que el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la *responsabilidad contractual* en lugar de la *extracontractual* o viceversa. Todo ello, en vista de lo que emana el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). 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, buscando la duplicidad de indemnizaciones. Criterio plenamente desechado por la jurisprudencia ⁷³⁰.

Si prestamos atención, el carácter «predominante» de esta tesis a nivel jurisprudencial está ligado a la viabilidad de la aplicación del régimen extracontractual, a pesar de que exista un contrato previo entre quien causó el daño y la víctima, pero siempre que el daño no haya sido causado dentro de la «estricta órbita de lo pactado», por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del

⁷²⁹ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, 2013: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, Fernando & BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil* (versión actualizada de Fernando Peña López), Aranzadi S. A., Navarra, p. 57. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo, 2010: *Responsabilidad Extracontractual*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 371 a 377.

⁷³⁰ *Ibid.*, pp. 57 a 58.

negocio, aunque su acaecimiento se haya producido durante su ejecución. He aquí la justificación de por qué:

«[...] 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)»⁷³¹.

Esto no quiere decir que se pueda invocar la aplicación del régimen contractual a una responsabilidad nacida fuera del ámbito subjetivo del contrato⁷³².

La única salvedad que podemos hallar dentro de este marco doctrinario es aquella relacionada con la regla general de prescripción que preferentemente ha sido adoptada por la jurisprudencia, resultando ser la aplicación de los preceptos que regulan la *responsabilidad civil contractual* lo más beneficioso para los demandantes, sobre todo por la ventaja que esta responsabilidad brinda respecto al plazo para ejercer la acción, totalmente opuesto al que el régimen extracontractual concede⁷³³.

En el otro extremo, algunos doctrinarios defienden que no coexisten dos pretensiones, sino solamente una. En este caso, la *causa petendi* estaría integrada exclusivamente por el elemento fáctico o por el conjunto de hechos, por lo que el demandante debería limitarse a exponer los hechos sobre los que basa la pretensión resarcitoria, sin calificar los hechos ni etiquetar la demanda en virtud del principio *iura novit curia*⁷³⁴.

Doctrinariamente se daría paso a lo que se conoce como la *teoría de la sustanciación*. Si el demandante hiciera caso omiso a lo referido, el efecto sería no vinculante para el órgano jurisdiccional (el tribunal), ya que esta atribución es competencia exclusiva del juez. Él es quien goza de plena libertad y facultad para modificar la calificación de manera diferente (intercambiar los

⁷³¹ ACEDO PENCO, 2011: 343.

⁷³² Vid. análisis de la STS, 1.ª, 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, 2015: 27 a 28.

⁷³³ ACEDO PENCO, 2011: 343-344.

⁷³⁴ REGLERO CAMPOS, 2010: 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 este 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 normal uso de la defensa jurídica, causando indefensión». Vid. REGLERO CAMPOS, 2013: 57-61.

argumentos y acomodarlos) a la que realizó el actor en su pretensión, sin que ello signifique mutación del objeto litigioso ni suponga indefensión para los demandados, siempre que los hechos sirvan de argumento para cualquiera de las dos acciones. Lo importante aquí son los hechos, los cuales se caracterizan por ser inmutables, a diferencia de la cita legal, que es alterable. En consecuencia, si aplicamos el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* («dame los hechos, yo te daré el derecho»), lo afirmado impediría que el fallo adolezca de algún «vicio de incongruencia»⁷³⁵.

Entonces, frente a estas dos posiciones, todavía nos seguimos preguntando: ¿cuál sería la solución para resolver el problema de la concurrencia de las normas de responsabilidad *contractual* y *extracontractual*? ¿Cómo se debería proceder?

En el ámbito del Derecho comparado –como sucede, por ejemplo, en Alemania para resolver los casos que constituyen «zonas mixtas»–, los jueces acuden a la teoría de la «concurrencia de las pretensiones», que concibe que ambos tipos de responsabilidades pueden coexistir, lo cual consiente que se susciten pretensiones individuales y concurrentes. El sustento de esta doctrina radica en que el deber general de no lesionar a los demás persiste en todo momento y está direccionado a todos los sujetos, sin que desaparezca por el hecho de que un contrato exista⁷³⁶.

En cambio, la jurisprudencia francesa y española han considerado frecuentemente que las lesiones corporales y muertes ocasionadas en la fase de ejecución de relaciones contractuales (como el contrato de transporte de pasajeros, en cuyo billete consta expresamente que la compañía está exenta de responsabilidad) son casos de *responsabilidad extracontractual*, aun cuando a toda luz parece ser notoria la naturaleza contractual. De igual manera, los accidentes a consecuencia del trabajo o las enfermedades profesionales contraídas con esta ocasión, que guardan armonía con los derechos consagrados por la legislación laboral y normas de seguridad social (que no definen el tipo de responsabilidad), han sido consideradas por la jurisprudencia española principalmente como supuestos de *responsabilidad extracontractual*. Incluso aquellos casos por daños producidos con ocasión de servicios profesionales médicos o centros hospitalarios son aludidos como casos de *responsabilidad extracontractual*, con abstracción de si la medicina es pública o privada (siendo manifiesta la relación contractual en esta última)⁷³⁷.

⁷³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 134-137.

⁷³⁶ Díez-PICAZO, 2011: 214-216.

⁷³⁷ *Ibid.* El autor defiende que los casos médicos son de naturaleza contractual.

En los últimos años, el Tribunal Supremo español, a pesar de ser consciente de la vertiginosa problemática que esta delimitación conceptual constriñe, ha optado por renunciar a las diversas tesis consideradas, enfocando sus pronunciamientos de diferente manera, en un sentido combinado. Ha concedido al perjudicado el derecho de opción, en conjunción con los principios procesales *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, los cuales guardan relación directa con la doctrina que excluye la vinculación de los órganos jurisdiccionales con la *causa petendi*, cuando esta haya sido calificada y fundamentada jurídicamente por las partes⁷³⁸.

Ahora bien, si el requisito de la congruencia⁷³⁹ se emprende desde una óptica constitucional, parece ser que lo que impera es que el demandado no padezca indefensión (respetando lo que dispone el art. 24.1 CE), la cual podría surgir si, entablada la acción con base en el artículo 1902 CC español, el plazo de prescripción aplicable en relación con lo que dispone el artículo 1968.2 *ibid.* fuese el de un año; es decir, procurando dicho plazo, únicamente se defendería la culpa *extracontractual* del demandado. Por descontado, podría darse la posibilidad de que posteriormente, en la sentencia, se rechace su aplicabilidad por considerar aplicable el plazo de cinco años⁷⁴⁰, en conformidad con el artículo 1964 *ibid.*, por enmarcarse el caso dentro de los supuestos de *responsabilidad contractual*⁷⁴¹.

Ambos tipos de responsabilidades –*contractual* y *extracontractual*–, a pesar de tener ciertos puntos en común, 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 ámbito doctrinario y jurisprudencial. Si a esto le sumamos la posición adoptada por el legislador español al promulgar la norma material, colegimos que la naturaleza jurídica de ambos regímenes es su característica transcendental y distintiva.

⁷³⁸ REGLERO CAMPOS, 2013: 57.

⁷³⁹ A partir de los principios de la *unidad de la culpa civil* y la *yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual*, se ha argüido 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 *extracontractual*, por corresponder a sus facultades la aplicación de la norma pertinente, conforme al principio *iura novit curia*. *Vid. ibid.*

⁷⁴⁰ Antes el plazo era de quince 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 quince a cinco años.

⁷⁴¹ REGLERO CAMPOS, 2010: 371. Análisis de la SSTs, 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, p. 82), Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Casán.

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 la culpa civil» o «yuxtaposición de responsabilidades»⁷⁴².

Por último, quizá, a pesar de todos los esfuerzos plasmados, siguiendo el criterio de Martín-Casals⁷⁴³, todavía hay poca probabilidad de un Derecho de *responsabilidad extracontractual* armonizado o uniforme en esta década a nivel europeo. 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 o el resarcimiento de los daños padecidos por la víctima (el demandante), lo más completo posible a favor de ella. Claro está que la calificación jurídica indemnizatoria de esta pretensión, 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).

2.2. CRÍTICAS DOCTRINARIAS A LA TEORÍA UNITARIA

La práctica y la doctrina jurisprudencial españolas demuestran que han sido varias las teorías que se han venido aplicando (las expuestas), las cuales versan sobre la *conurrencia* de las responsabilidades *contractual* y *extracontractual*, para intentar delimitar si el daño se ha producido dentro del marco *contractual* o si, más bien, su origen ha sido *extracontractual*. Los pronunciamientos jurisprudenciales no han sido muy uniformes, por lo que se aprecia cierta incongruencia en varias sentencias, sobre todo en aquellos casos a los cuales se les ha establecido *responsabilidad contractual*, cuando la acción ejercitada se fundaba meramente en los artículos 1902 y ss. del CC español, atinentes a la *responsabilidad extracontractual*.

Aquí hay que despuntar que la jurisprudencia española se ha pronunciado en sentido favorable con la doctrina de la «unidad de la culpa civil», sobre todo cuando los daños han recaído sobre determinados bienes que, por la relevancia

⁷⁴² REGLERO CAMPOS, 2013: 57.

⁷⁴³ MARTÍN-CASALS, 2007: 13-14.

que implican (como la vida o la integridad física de una persona), originan la posibilidad de ser considerados objeto de un deber general de protección, a pesar de haber sido consecuencia del incumplimiento de cláusulas contractuales. La aplicación de esta teoría ha prevalecido especialmente en el ámbito de la responsabilidad médica, pero –a nuestros ojos– erróneamente, puesto que el régimen especial previsto en las leyes administrativas (LRJSP) es el que en materia sanitaria se debería aplicar⁷⁴⁴.

Este anacronismo ha incitado a que varios dogmáticos se pronuncien respecto a las teorías de la «unidad de la culpa civil» o «yuxtaposición de responsabilidades». Más allá de que hayan sido calificadas, en palabras de Reglero Campos⁷⁴⁵, de «títulos arquetípicos», con un tono más radical y razonado, Díez-Picazo⁷⁴⁶ habla de «fórmulas compendiosas»⁷⁴⁷ para referirse a todas las teorías (la *unidad de la culpa*, el *sistema opcional*; y, en materia procesal, el *concurso de normas sustanciales* y «el *factum* como *causa petendi*» o el *factor como causa de su petición*) que han florecido en el campo jurisprudencial, por medio de las sentencias emanadas por el órgano rector de la justicia (Tribunal Supremo), con el fin de delimitar su ámbito de aplicación ante posibles «zonas grises», a las cuales también las califica el docto profesor como teorías «acientíficas». Fundamenta su declaración sustancialmente en el carácter retórico o argumentativo que conllevan dichas teorías y, por no perfilar ni concluir aquello que pudiese ser el punto de vista dominante, considerando, además, que en algunas ocasiones, los criterios congregados en dichas «fórmulas compendiosas» son contradictorios entre sí y han construido toda la fundamentación jurídica con base en las 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.

En función de lo planteado, exhorta a pensar que el principio de la «unidad de la culpa civil» es «[...] una total falacia», por lo que la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 1104 del CC español a asuntos de carácter netamente *extracontractual* quedaría injustificada, en razón de que la situación de aquel que ha comprometido su actividad o el resultado de esta frente a otro, debiendo cumplir ciertos deberes, difiere completamente de aquel que ha causado un daño a otro sin relación jurídica o compromiso especial previo.

⁷⁴⁴ YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 138 a 140. *Vid.* análisis de la STS, 1.ª, 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, 2015: 27-28.

⁷⁴⁵ REGLERO CAMPOS, 2013: 57.

⁷⁴⁶ Díez-Picazo, 2011: 227.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, pp. 230 a 231.

Evidencia la falta de compatibilidad entre los artículos 1902 y 1104 *ibid.*, resaltando el hecho de que el artículo 1104 habla de la diligencia que la naturaleza de la obligación exige, refiriéndose a un *negocio jurídico* como tal, lo cual no obliga a que deba entenderse como *extracontractual* algo que en realidad no lo es. Un contrato, por ejemplo, puede contener reglas que regulen no solo la diligencia que se va a prestar, sino la distribución de los riesgos, pudiendo incluir también definiciones especiales de responsabilidad.

Siendo así las cosas, el maestro en referencia asevera que:

«[...] 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».

De igual modo, confirma que si:

«[...] 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»⁷⁴⁸.

Por añadidura, si nos remitimos a la LEC española (Cf., art. 218.1), a nuestro parecer se ha conjugado la *teoría individualista*. Quienes administran justicia están obligados a resolver el pleito sin apartarse de la *causa petendi*, atendiendo a los fundamentos de hecho o de derecho, distintos de los invocados por las partes, pero conforme a las normas aplicables al caso, hayan sido o no alegadas por los litigantes de modo asertivo. En concordancia con ello, las sentencias «*deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito*» (Cf., *ibid.*).

La norma invocada se refiere a un requisito obligatorio y que debe ser impecable en las sentencias: la motivación⁷⁴⁹. Esta debe ir acompañada 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 se constituye con la presencia de un ingrediente extra: el

⁷⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, 2011: 231.

⁷⁴⁹ Cf., artículo 218: «[...] 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».

componente jurídico, el cual va de la mano con el principio *iura novit curia*, que reivindica el respeto a la *causa petendi* y limita el propio enjuiciamiento.

Retomando el punto central, el catedrático Yzquierdo Tolsada⁷⁵⁰, en la misma línea de Díez-Picazo, exterioriza su desacuerdo con la *teoría unitaria*. Centra su posición en dos vicisitudes, al tenor de las cuales resalta que:

«[...] 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 [...]».

En su criterio, no es admisible lo que han optado ciertos ordenamientos jurídicos, entre ellos:

«[...] el español, que 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 [...]»⁷⁵¹.

Dentro de este contexto, refuta la extensa discrecionalidad del juez, por lo que propugna:

«[...] 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 [...]»⁷⁵².

Los autores que cooperan con este criterio, entre los cuales se destaca Viney⁷⁵³, proclaman la unificación de ambos regímenes de responsabilidad (dejando dos interrogantes latentes: «¿Pero se dirá que ese régimen único debe ser

⁷⁵⁰ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 134-135.

⁷⁵¹ *Ibid.*, pp. 135 a 136.

⁷⁵² *Ibid.*, pp. 137 a 138.

⁷⁵³ VINEY, 2008: 38-39. La autora critica el régimen francés y concluye que lo que a este le 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». En su criterio, 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», más o menos como ocurre en el ordenamiento jurídico español.

acondicionado según qué modelo?; ¿debe este inspirarse en las reglas extracontractuales o en las normas que se refieren al régimen contractual?») o, por qué no, la adopción de un régimen «autónomo» para eliminar esas «zonas grises», con lo cual se erradicaría totalmente el problema del concurso de pretensiones y de normas que en la jurisprudencia española se han hecho presentes.

Quienes adoptan una posición contraria justifican la diversificación de las responsabilidades en las diferencias sustanciales que, al comparar la estructura del supuesto de hecho básico de una y otra responsabilidad, se encuentran detrás de todas las otras diferencias que cada régimen presenta. La primera radica en la existencia de una relación previa, acordada y consentida entre los 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, la *responsabilidad extracontractual*, se refiere a la condición de desconocidos, tanto de la víctima como del daño⁷⁵⁴.

Visto de esta forma, insisten en la dificultad de calcular el riesgo que, a su juicio, va a ser menos verosímil en el caso del régimen *extracontractual*. Aunque, 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 y la que en las últimas décadas ha adquirido una importancia capital, no solamente en España, sino en algunos países a su alrededor.

En el marco internacional, según se desprende de distintos textos legales⁷⁵⁵, la distinción ha sido mitigada mediante la promulgación de una codificación normativa adherida a la unificación. Suiza es el ejemplo más antiguo⁷⁵⁶. En Europa occidental, Austria es el que mejor comporta el régimen jurídico unánime de responsabilidad⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ PEÑA LÓPEZ, 2013: 54.

⁷⁵⁵ VINEY, 2008: 142.

⁷⁵⁶ 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, párrafo 3: «Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle». Traducido 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». En cambio, otros ven las cosas de distinta manera, considerando 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, 2016: 142).

⁷⁵⁷ Código Civil de Austria (en alemán: *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* y abreviado ABGB), de 1 de junio de 1811, artículo 1295, primer párrafo.

Siguiendo esta 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 delito⁷⁵⁸. En cuanto a los Países Bajos, estos son el ejemplo más contemporáneo, en cuya nueva codificación la *unificación* también se manifiesta⁷⁵⁹.

Junto con la promulgación de estos trabajos de armonización se han elaborado anteproyectos o proyectos de ley⁷⁶⁰. Aunque no sean los únicos, a nivel comunitario se destacan los *Principles of European Tort Law* (PETL) o principios de derecho europeo de responsabilidad civil; las reglas de responsabilidad extracontractual del marco común de referencia (DCFR), y, en el ámbito estadounidense, los trabajos del *Restatement Third of Torts*. En el caso particular de España, si bien existió la *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*, esta no se ocuparía de la *responsabilidad extracontractual*, parte importante del *Derecho de obligaciones*. Por un lado, porque afecta la vida cotidiana de todos los ciudadanos y de quienes sufren accidentes en el país. Por otro lado, porque puede repercutir en la competitividad de las empresas (sobremano en el sector asegurador). En suma, su estudio hasta épocas relativamente recientes ha sido prácticamente inexistente⁷⁶¹.

Una vez más, la experiencia en el extranjero nos permite confirmar que tener un régimen binario o binomio es insuficiente. La tendencia apoyada en la *summa divisio* (división más alta) de la responsabilidad civil, más allá de haber

⁷⁵⁸ VINEY, 2008: 18. La autora también hace mención a la ley yugoslava de 1978, sobre las obligaciones y la enjuicia en el sentido de 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».

⁷⁵⁹ *Ibid.* 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 arriba 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».

⁷⁶⁰ Con la única excepción en materia de daños causados por productos defectuosos que dio lugar una directiva 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, pp. 29 a 33), pero sin el propósito de unificar la legislación de los Estados miembros, sino simplemente de armonizarla.

⁷⁶¹ MARTÍN-CASALS, 2011: 13-14.

generado muchas confusiones en la administración de justicia, se aleja cada vez más de la oportunidad de brindar una solución que permita resolver todos los casos por daños que surjan, de forma ecuaníme e indiferentemente al hecho de que se hayan producido por incumplimiento de una norma *contractual* o por violar el deber genérico de «no dañar al otro». Lo que verdaderamente nos debería importar es que tal imperioso principio romano *naeminem laedere* quede *intacto*. Luego, si este ha sido incumplido, garantizar la protección a la víctima, con la seguridad de que pueda acudir a un sistema que consagre fórmulas sin diferencias injustificadas, viabilizando el derecho al resarcimiento; en palabras de equidad, evitaría injusticias.

Es conveniente acotar que, a pesar de las diferencias que puedan existir entre ambas responsabilidades (*contractual* y *extracontractual*), la doctrina mayoritaria ha considerado que esta distinción es una cuestión de índole puramente dogmática, innecesaria y contraproducente. Dejando al margen que un daño haya acaecido en la esfera *contractual* o no, la doctrina postula que, ante la presencia de un daño, este debe ser reparado por quien lo cometió, siempre que le sea imputable. Lamentablemente, atendiendo al origen del daño, a veces la reclamación (que pretende la indemnización) debe circunscribirse a un régimen jurídico diferente, lo cual puede devenir en un absurdo. Concretamente esto sucede con los daños corporales o morales, y los perjuicios de orden patrimonial que de ellos se deriven. Ocurre lo mismo con la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (Cf., art. 135 y ss. LGDCU⁷⁶²) o a causa del transporte de personas por carretera⁷⁶³ (Cf., art. 1.1. LRCSCVM⁷⁶⁴).

Igualmente, este particular se exhibe en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁷⁶⁵ (Cf., arts. 32 y ss. de la LRJSP).

Quizá en esta década, a pesar de todos los esfuerzos plasmados, siguiendo el criterio de Martín-Casals⁷⁶⁶, todavía hay poca probabilidad de un Derecho de *responsabilidad extracontractual* armonizado o uniforme a nivel europeo.

⁷⁶² RDL 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. Entrada en vigor: 1 de diciembre de 2007).

⁷⁶³ Aunque la uniformidad del régimen, salvo en el caso de la LRCSCVM, afecte tan solo al ámbito en el que es aplicable la responsabilidad objetiva.

⁷⁶⁴ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004. Entrada en vigor: 6 de noviembre de 2004).

⁷⁶⁵ PEÑA LÓPEZ, 2013: 53-54.

⁷⁶⁶ MARTÍN-CASALS, 2011: 13-14.

C. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

La *ley*, el *contrato*, el *delito*, el *cuasicontrato* y el *cuasidelito*, en estricto sentido, son las principales fuentes de las obligaciones. Sin embargo, una *obligación* también podría surgir como consecuencia de aquellos «[...] actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (Cf., art. 1089 CC español).

El precepto legal citado nos da un primer acercamiento al instituto de responsabilidad civil de naturaleza *extracontractual*, lo que nos permite afirmar que esta pertenece al campo jurídico del *Derecho de obligaciones*. En él se recoge la «doble génesis de las obligaciones»⁷⁶⁷, 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 negativo»⁷⁶⁸, por aparecer en contraposición a la anterior: la *responsabilidad civil extracontractual* o *aquiliana*.

La *responsabilidad civil extracontractual* surge porque una conducta determinada (acción u omisión) ha ocasionado un daño, mediando *culpa* o *negligencia* (sin que este hecho configure delito). Viene regida por los artículos 1902 y ss. del CC español⁷⁶⁹, que regulan las «obligaciones que nacen de culpa o negligencia» e imponen el deber de «reparar el daño causado» a quien lo haya causado⁷⁷⁰.

Visto de esta manera, la *responsabilidad civil extracontractual* se edifica como una categoría general, al igual que el *contrato*. Esto no significa que sus normas reguladoras sean las únicas, tal como ocurre con la *responsabilidad contractual*, que no se erige únicamente a partir de los artículos 1254 y ss. (Cf., Título II, «De los Contratos»), sino en virtud de la *teoría general de las obligaciones*, a partir de los artículos 1101 y ss. (sea cual fuere su fuente, independientemente del contrato). Tampoco nos deben colocar dichas normas en un espacio nebuloso que genere confusión, por lo cual hemos de considerarlas como el marco delimitador de su ámbito de aplicación, dentro del cual se cimentan los principios de la *responsabilidad aquiliana* que son «comunes y

⁷⁶⁷ LASARTE, 2014: 371.

⁷⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 108.

⁷⁶⁹ Cf. capítulo II, título XVI «DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENIO», Libro IV «DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS».

⁷⁷⁰ Díez-PICAZO, 2011: 19.

generales en la medida en que se aplicarán cuando entre las partes no se haya convenido, por medio del contrato, un medio voluntario específico»⁷⁷¹.

En este sentido, el propósito de las normas reguladoras sobre responsabilidad es determinar a quién se ha de imputar el daño que ha sufrido una persona en alguno de sus derechos o bienes jurídicos protegidos (como la vida, la integridad física y psíquica, el honor, la intimidad, la imagen o el patrimonio, entre otros). Sin el Derecho de daños no se podría lograr dicho propósito, porque este precisamente actúa como mecanismo coadyuvante, para que quien haya padecido un daño pueda fundamentar su pretensión con el fin de lograr su reparación, atribuyendo la obligación de indemnizar el daño a la persona que lo causó.

1. La responsabilidad civil extracontractual directa por hechos propios

Cuando aludimos a la responsabilidad civil extracontractual *por hecho propios*, hablamos de una responsabilidad de tipo *subjetiva*. Los elementos necesarios que han de concurrir dentro del ordenamiento jurídico español (así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales) para que el sistema clásico de responsabilidad civil opere devienen del artículo 1902 del CC español, los cuales han sido clasificados y ordenados dentro del campo doctrinario y jurisprudencial⁷⁷², con pequeñas discrepancias⁷⁷³, 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 (imputabilidad).
- 4) el *nexo causal* (la existencia probada de la relación entre la acción u omisión culposa o negligente y el daño causado).

⁷⁷¹ YZQUIERDO TOLSADA, 2016: 108-109.

⁷⁷² Vid. STS de 17 de julio 2008.

⁷⁷³ ACEDO PENCO, 2011: 363-364. Este autor reconoce cuatro 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). YÁNEZ VIVERO, Fátima, 2009: «Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. (Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 1.ª ed., Aranzadi S. A., Navarra, pp. 35 a 43. La autora sigue la misma línea que este autor, recalcando que el propio Código Civil español admite otros posibles criterios de imputación, no solo la «culpa o negligencia». No obstante, 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 que es un elemento que no menciona el artículo 1902 del CC español. Sí es la antijuridicidad, en cambio, un requisito necesario en el ámbito penal. LASARTE, 2014: 372 a 375. Este autor prefiere ordenarlos únicamente en razón de tres presupuestos, incluyendo la antijuridicidad como uno de ellos: 1.- Presupuestos objetivos: 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.

Sin la convergencia plena de estos elementos no se podría configurar la responsabilidad civil *extracontractual*, *subjetiva*, *directa* o *por hechos propios*, en virtud de la cual el propio agente es el causante de los daños y, en consecuencia, será quien ha de responder por ellos.

He aquí la necesidad de analizar estos elementos o presupuestos, subjetivos cuantos objetivos⁷⁷⁴, que han de estar presentes para que se logre atribuir responsabilidad al sujeto causante del daño. No obstante, antes de acudir a ellos, debemos decir que estos presupuestos son comúnmente aplicables tanto a la responsabilidad subjetiva como a la objetiva, con excepción del elemento subjetivo «culpa o negligencia»; requisito indispensable para que opere exclusivamente la primera de ellas (la responsabilidad subjetiva).

1.1. PRESUPUESTOS DE CARÁCTER OBJETIVO

1.1.1. *La acción u omisión*

Es la conducta del sujeto que va a ser reprochada por haber causado un daño (Cf., art. 1902 del CC español: «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 meramente puede consistir en un hecho involuntario. Mientras tanto, la *omisión*, que presupone la responsabilidad civil extracontractual, meramente nacerá si el agente ha omitido un deber legal o si se abstuvo de actuar con la intención de dañar, aunque existen varios supuestos en los cuales la duda se ha presentado o podría presentarse a la hora de dirimir un conflicto, en cuyo caso el criterio de «la conducta normalmente exigible»⁷⁷⁵ ha sido y es el más apto para enjuiciar cualquier tipo de *omisión* o determinar su ausencia.

En todo caso, 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*⁷⁷⁶. En este último caso, el artículo 1903 del CC expone claramente los supuestos legales en los que la omisión o conducta omisiva del sujeto dañoso está presente⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Tal como lo hace LASARTE, 2014: 372-375.

⁷⁷⁵ ACEDO PENCO, 2011: 364.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ LASARTE, 2014: 372.

1.1.2. *La ilicitud o antijuridicidad.*

No es un requisito expreso. Este presupuesto 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 haga caso omiso a este requisito, todo acto u omisión que cause daño a otro debe ser ilícito; es decir, contraria a Derecho (antijurídica). Esto no quiere decir que se requiera siempre infringir una norma para ser calificada de esta manera. Bastará que tan solo se vulnere el principio ético y moral *alterum non laedere*, considerado, además, como el axioma principal de la *responsabilidad civil*, que obliga a todos quienes convivimos dentro de una sociedad.

Dentro de este orden de ideas, toda actuación que cause un perjuicio o daño que recaiga sobre una persona, sus bienes o algún derecho subjetivo (daño moral) –sin que tenga el deber de soportarlo– se presume que es *antijurídica e ilícita* civilmente⁷⁷⁸. Sin embargo, cabe la posibilidad de que surjan algunas circunstancias que excluyan la *antijuridicidad*, las denominadas «causas de exoneración», que, a pesar de estar previstas dentro del sistema penal, eximen de responsabilidad no solamente de la penal, sino que son extensibles 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 y desaparece toda *antijuridicidad* cuando el perjudicado, libre y voluntariamente, sin alterar el orden público, acepta por anticipado asumir el riesgo de la actividad que causó el daño⁷⁷⁹.
- c) cuando se obre *en virtud de un derecho*; pero, si el uso del derecho resulta ser abusivo, este puede convertirse en un acto ilícito. Así, se configuraría la teoría del *abuso del derecho*⁷⁸⁰, plenamente recogida en el CC español (Cf., art. 7.2) al establecer que:

«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

⁷⁷⁸ ACEDO PENCO, 2011: 364.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ LASARTE, 2014: 373.

correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Acota Miranda Reyes que una *nota* característica del abuso del derecho es que⁷⁸¹: «Aquel toma la vestimenta de un proceder legítimo, que encuentra amparo en un derecho subjetivo, sin embargo, esa legitimidad es solo aparente, desde que una aproximación más detenida nos permite apreciar la ilicitud en su obrar».

1.1.3. *El daño*

Este presupuesto configura la condición *sine qua non* de la responsabilidad. Sin daño no hay reparación. Es un requisito que impera en todo tipo de *responsabilidad civil extracontractual* y es indiferente el carácter subjetivo u objetivo. Lo que claramente importa es que exista un *daño cierto e indemnizable*; caso contrario, el sistema jurídico de responsabilidad civil no se instaurará. No vamos a inmiscuirnos más en su alcance, tipos de daño y sus principales peculiaridades, por haberle dedicado un capítulo entero, para cuyo discernimiento habrá que remitirse a las primeras páginas de esta obra.

1.1.3.1. Daño moral

Hacemos una particular referencia a este tipo de daño en virtud de un interrogante que ha estado siempre latente; y, aunque de forma general, hemos de resolverlo: ¿los *daños morales* son indemnizables en las obligaciones contractuales y extracontractuales? En el primer caso, la doctrina ha puesto el tema sobre tela de juicio; mientras que, en relación con el segundo caso, se ha mostrado unánime en afirmar que el *daño moral* es indemnizable. Para ello, la doctrina ha tenido que dilucidar si el *daño moral* y el *daño material* conforman un concepto único o difieren entre sí, estableciendo al respecto que únicamente los daños patrimoniales pueden ser resarcidos, pero los *daños morales* no patrimoniales no son resarcibles, solo en algún modo compensables.

Para complementar esta interpretación, el TS ha puntualizado que la pretensión que persigue el pago de una cantidad de dinero cumple con una

⁷⁸¹ MIRANDA REYES, Diego, 2017: «Hacia una delimitación del abuso del derecho a partir de sus fundamentos», *Actualidad jurídica (Uría&Menéndez)*, núm. 47, pp. 33 a 38, en línea :<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5768272&orden=0&info=link>

finalidad compensatoria de los sufrimientos del perjudicado (la cuantía de los daños acometidos ha de ser fijada según el sano criterio del TS) más que con una función reparadora⁷⁸².

1.2. PRESUPUESTO DE CARÁCTER SUBJETIVO

1.2.1. *La culpabilidad*

Este presupuesto reincide –una vez más– 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 lo que al deber de *diligencia* concierne ha motivado o ha sido la causa del daño.

El sistema jurídico, exige siempre –en todas las circunstancias de la vida– un comportamiento apegado a la prudencia, lo que la jurisprudencia conoce como *diligencia exigible*. Este comportamiento se compara con el comportamiento adoptado por quien causó el daño y, si se alcanza (supera), se entiende que no es negligente; por tanto, no quedará obligado a indemnizar los daños causados. Pero, si sucede lo contrario; es decir, que el causante del daño haya adoptado un cuidado que no se ajusta a ese nivel de *diligencia exigible* (quedándose por debajo), será considerado *culpable* o *negligente* y, por consiguiente, deberá indemnizar los daños causados. Cabe enfatizar que 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). Es el tribunal que conozca cada caso el que determine el nivel de *diligencia exigible* en una determinada situación⁷⁸³.

En definitiva, únicamente quien haya actuado «[...] interviniendo culpa o negligencia [...]». Será imputable civilmente y activará el régimen de responsabilidad que trae consigo el efecto de cumplir con el deber legal de «reparar el daño». Así lo ordena el artículo 1902 del CC español, precepto legal rector de esta institución (*responsabilidad civil extracontractual*) y la regla general tradicional de todos los códigos civiles europeos que regulan la

⁷⁸² LASARTE, 2014: 373 a 374.

⁷⁸³ GÓMEZ POMAR, 2016: 12-13.

*responsabilidad por culpa*⁷⁸⁴. Cabe resaltar que la obligación de indemnizar los daños causados también depende de un juicio del comportamiento del causante en términos de *culpa* o *negligencia*.

Si queremos localizar en el CC español una norma que defina qué se ha de comprender por *culpa* (negligencia, imprudencia, etc.), no obtendremos ningún resultado. La *culpa* presenta un carácter borroso que colabora a que se la predique como *imprudencia* o *negligencia*. Afortunadamente, en materia civil, la aplicación de las figuras del dolo, dolo eventual y preterintencional, no constituyen un problema. Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta que la *culpa* es el reverso de la diligencia, lo único que no tiene sentido es hablar de un «reproche culpabilístico» si no se sabe cómo hacer dicho «reproche», el cual se ha de llevar a cabo con alguna dosis de rigor⁷⁸⁵.

Con el fin de encontrar los criterios claves, nos remitimos a las categorías de la *diligencia* que Díez-Picazo⁷⁸⁶ expone, a saber:

1) Los tribunales sitúan a la *culpa* en la «reprobación social». Se hace un juicio de desvalor de la conducta generalizada en todo o en la mayor parte de las áreas sociales, pero sin explicitar las razones sobre las que tal juicio se funda. A veces, esto puede dar la idea de desvalor del resultado producido por el comportamiento de la persona afectada. El docto profesor al que aludimos considera que este proceder metodológico es incorrecto: daño y *culpa* son dos cosas diferentes. Por más importantes que los daños sean, la *culpa* necesariamente tiene que existir.

2) La *culpa* se extrae de lo anterior. Es un criterio que nace de la doctrina inglesa y está circunscrito al mismo ámbito doctrinal de los daños «desproporcionados». No obstante, no se sabe con exactitud en qué consiste la desproporción del daño ni qué puede significar un daño muy importante con una gran pérdida de valores. Igualmente, podría decirse que existe un daño que presenta una relación anómala con el resultado producido.

Esta regla 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 el suceso, sobre todo si el demandado hubiese manejado o tenido bajo su control las cosas con las que el daño se causó. Eso sí, 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.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 12. En igual sentido, Díez-Picazo, 2011: 253-254. La línea que parece seguir el TSE, en opinión del autor, es la de un retorno a la *responsabilidad por culpa*, sentada como un principio, con la consideración excepcional de la *responsabilidad objetiva* o *por riesgo*, porque, si el concepto de culpa no se precisa, ese retorno terminaría siendo menos real y más aparente.

⁷⁸⁵ Díez-Picazo, 2011: 253-254.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, pp. 259 a 262.

Por ejemplo, una infección postoperatoria por tétanos que condujo a la muerte del paciente. Esto significa que se originó por un tratamiento anterior. Se puede suponer que los instrumentos estuvieron esterilizados o podría decirse también que se requieren esterilizaciones especiales para esta enfermedad. Si el tipo de daño pertenece al grupo en que la experiencia detecta con anterioridad la existencia de la culpa, esta puede ser deducida en el caso, arrancando del tipo, sin especial prueba.

3) Los tribunales determinan la presencia de *culpa*, pero no la definen ni la especifican. Por ejemplo, una máquina que había sido manipulada descuidada e imprudentemente, o un extintor caducado que se encuentre abandonado.

4) Los tribunales, para fundar la culpa, arguyen que existían deberes específicos que nadie reconoce fácilmente o son discutibles. Por citar dos ejemplos:

a) Un suicida en un hospital con ventanas sin rejas, pero ¿qué pasaría si hubiese tenido rejas y se producía un incendio? No se explica bien la razón por la cual hay *negligencia* en que las ventanas carecieran de rejas, aunque en caso de haberlas el suicidio pudo ser evitado.

b) Un incendio en una autopista que provoca un choque en cadena inevitable. 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, pero ¿cuáles son las probabilidades de un incendio en las proximidades y la oportunidad de tener una sola persona dedicada a esa tarea? El tribunal decidió sobre la política laboral y organizativa de una empresa.

5) Habrá que esclarecer si los demandados tenían o no deberes específicos en una determinada situación.

En función de lo planteado, la doctrina –dentro del marco de *responsabilidad civil extracontractual*– unánimemente ha sentado un criterio que define la *culpa* como la «desviación» respecto de un «modelo» de conducta o de un «estándar»⁷⁸⁷.

Para comprender de mejor manera este concepto se han planteado los «usos» como «modelos de conducta», sosteniendo que para la ley son «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, los cuales permiten, además, precisar si ha habido diligencia o negligencia en el cumplimiento de una obligación contractual o extracontractual. Sin embargo, la vía de los «usos» conlleva un problema, el cual está relacionado con su alcance. Una de las posibilidades es que los «usos» sean una mera actividad, lo que en la realidad es usual que se practique en un determinado ámbito de actuación, pero, si esto fuera así, no sería útil el concepto, porque bastaría que un alto porcentaje

⁷⁸⁷ *Ibid.*, pp. 262 a 263.

de individuos en el sector sea descuidados para que se construya ese «modelo» a partir de ese dato. Otra 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 se define 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»⁷⁸⁸.

En palabras del mismo catedrático⁷⁸⁹, el «modelo» más cercano para quienes buscan comprender la *culpa* es el valorista. Los defensores del «reproche culpabilístico» siguen esta línea, dotando a la noción de *culpa* de un fundamento ético, e incluso hablan de una concepción social de la *culpa* o de la *culpa* como una conducta socialmente desaprobada y reprochable. El argumento más sólido es que constituye una renuncia a dibujar el «modelo» de cuya desviación se ha aludido, la cual surge solamente tras realizar el juicio de valor y de desvalor. Efectivamente, solo con el último se puede llegar a saber lo que el «modelo» debió haber sido. Una concepción que no sea normativa introduce inseguridad.

Como ya hemos asentido, el *daño* es el resultado de la acción u omisión del agente (que se presume ilícita o antijurídica), pero solo 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*. Por lo tanto, la *culpabilidad* exige la «previsibilidad del daño»⁷⁹⁰. De aquí que la culpa pueda ser calificada de *consciente* o *inconsciente*, dependiendo de si el agente actuó sabiendo a ciencia cierta que el daño se podía producir, aun cuando esperaba que no ocurriese o ignoraba que su actuación dañosa tenía carácter *antijurídico*. Asimismo, la *culpabilidad* del agente puede ser *intencional* (dolosa) o simplemente *imprudente* (culposa o negligente)⁷⁹¹.

1.2.2. La doctrina del agotamiento de la diligencia

Esta doctrina empezó a ser desarrollada por el TS a principios de los años setenta y se refiere a la prueba liberatoria de la *culpa*, en virtud de la cual el causante del daño deberá «agotar» la *diligencia*, pues constituye la única manera para demostrar que no ha sido *culpable* o *negligente*. La jurisprudencia, con respecto a esta teoría, considera que el «agotamiento de la diligencia» implica algo más que

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 262.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, pp. 263 a 264.

⁷⁹⁰ ACEDO PENCO, 2011: 365.

⁷⁹¹ *Ibid.*

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 ⁷⁹².

La STS, 1.^a, 24.9.2002 (RJ 2002\7869), que trata sobre un accidente de trabajo por desprenderse el techo de una cantera, es un buen ejemplo de lo afirmado. El TS resolvió que la empresa no probó 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 impliquen un *riesgo considerablemente anormal* ⁷⁹³ 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 ha 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 ha llegado a eliminar 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, de forma que se identifica 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 (como la navegación aérea, circulación, etc.), extendiendo el principio de *responsabilidad por riesgo* ⁷⁹⁴.

En consecuencia, quien creaba un riesgo con su actividad debía ser responsable objetivamente y, sumado esto a la doctrina del *agotamiento de la diligencia*, conducía casi a eliminar la *responsabilidad por culpa*. Por fortuna, 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 aplique a los ámbitos legalmente establecidos, más no como un principio general; es decir, no se constituye como un principio aplicable a su conveniencia a cualquier caso de daño.

⁷⁹² GÓMEZ POMAR, 2016: 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.

⁷⁹³ Trataremos más adelante el tema de las actividades o cosas anormalmente peligrosas.

⁷⁹⁴ Vid. GÓMEZ POMAR, 2016: 14.

Empero, la regla más básica y de aplicación más amplia para el TS prácticamente sigue siendo el artículo 1902 del CC español: la *responsabilidad por culpa*⁷⁹⁵.

1.3. REQUISITOS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad tiene dos presupuestos básicos⁷⁹⁶:

1) *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*. Definitivamente, la *imputabilidad* se deriva de la *culpabilidad*⁷⁹⁷ y se la debe tener presente por ser una exigencia de la *culpa*, requisito imprescindible para que el sistema de *responsabilidad civil extracontractual subjetiva* se configure.

El término *imputar* (*in putare* en latín) significa «adscribir o atribuir a alguien la responsabilidad dimanante del daño realizado» y *ser imputable* de un acto equivale a tener la capacidad de entender y querer o tener conciencia del alcance de la propia actuación. El autor de un daño debe ser *imputable* para que la *culpa* le pueda ser atribuida. No obstante, el artículo 1902 del CC español no recoge ni hace mención alguna a este factor, el cual ha sido introducido más bien por la doctrina y la jurisprudencia. En la concepción de la *responsabilidad extracontractual subjetiva* desemboca la confusión entre *culpa* e *imputabilidad*, llegando incluso a identificar a sujetos *imputables* y *no imputables* en vez de sujetos *culpables* y *no culpables*⁷⁹⁸.

En el Derecho civil, la *imputabilidad* es un préstamo del Derecho penal, en el que la *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 penales⁷⁹⁹. En el campo del acto ilícito, *imputabilidad* es la capacidad o aptitud del sujeto para comprender y asumir las consecuencias de sus actos. Esto tiene mucho que ver con la capacidad de entender y querer; es decir, de saber en qué consiste la capacidad de obrar.

Tan cierto es lo explicado que aquella persona que incurra en *culpa* en su conducta (por su acción u omisión) sin que necesariamente sea esta 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 trastornos psíquicos o mentales que afectan a su capacidad de comprender y querer las consecuencias de sus actos o menores de edad, etc.)⁸⁰⁰. En efecto, estos sujetos no responderán por los daños causados, porque no son *imputables*.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ LASARTE, 2014: 374.

⁷⁹⁷ *Ibid.*; ACEDO PENCO, 2011: 367.

⁷⁹⁸ YÁÑEZ VIVERO, 2009: 36-39.

⁷⁹⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2010: 361-363.

⁸⁰⁰ YÁÑEZ VIVERO, 2009: 35-43 y 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 (*actiones liberae in causa* del incapaz, que el

Hay que hacer notar que la *imputabilidad* se convierte en un presupuesto previo para que la conducta sea calificada como *culposa* o *negligente*; por ende, al sujeto *inimputable* no se le puede *imputar* la *culpa* ni podrá ser declarado responsable. Sin embargo, aunque la *culpa* o *negligencia* del autor del daño sea un requisito legalmente exigido para establecer *responsabilidad civil*, no hay por qué hacerla depender necesariamente del previo juicio de *imputabilidad*. La *imputabilidad* no es, por tanto, un elemento decisivo para decidir si existe *responsabilidad* en una persona incapaz, de modo que el representante legal es quien deba responder por los daños que aquella pudo causar⁸⁰¹.

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 contractual*⁸⁰² (Cf., art. 1104 CC). Prosperará la *imputabilidad* que conlleva su existencia, pero se ha de estar a las circunstancias específicas de cada caso en concreto⁸⁰³.

2) La *conducta dolosa o culposa por parte del autor del hecho*. Indudablemente, el *dolo* (conducta deliberada y consciente dirigida a producir un daño a otro) es de mayor gravedad que la *culpa*. Por esta razón, este debe ser considerado inmerso dentro de aquellos preceptos que se refieren meramente a la *culpa* (Cf., arts. 1902 y 1903 del CC), entendiendo la *culpa* en un sentido genérico, sin importar el «género de culpa o negligencia» (Cf., art. 1089)⁸⁰⁴. Dicho de otra manera, puede generar *responsabilidad civil extracontractual*, tanto el *dolo* como la *culpa*.

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» y es 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 —crítica 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.

⁸⁰¹ *Ibid.*, pp. 127 a 134. 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 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.

⁸⁰² LASARTE, 2014: 374.

⁸⁰³ ACEDO PENCO, 2011: 365; LASARTE, 2014: 374.

⁸⁰⁴ LASARTE, 2014: 374. Tal como expone el autor, la graduación de la culpa (o sea, *distinguir entre la culpa grave, leve y levisima*) 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.

Visto que la norma que recoge al presupuesto subjetivo de la *culpa* hace caso omiso al *dolo*, las conductas dolosas serán consideradas (excluyendo los delitos o faltas que se ventilarán en la vía penal) siempre que causen un daño indemnizable y recaigan sobre una persona (física o jurídica), sus bienes o derechos, como ya hemos señalado en líneas anteriores⁸⁰⁵.

1.4. LA PRUEBA

Partimos del siguiente interrogante: ¿compete exclusivamente a la víctima (del daño) probar el daño?

En principio, quien sufre un daño es quien debe probar (según se infiere del art. 1902 CC y de reiteradas resoluciones jurisprudenciales) el *daño* y 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. Corresponde al autor del hecho dañoso probar su correcto actuar; es decir, que en su comportamiento (durante la ejecución de la actividad) no incurrió *dolo*, *culpa* o *negligencia*⁸⁰⁶. En otros términos, que actuó en perfecta armonía con el deber de cuidado. No obstante, la doctrina admite la posibilidad de un mero principio de prueba; mientras que la jurisprudencia ha evolucionado en las últimas décadas, considerando la *inversión de la carga de la prueba*, principio en virtud del cual se presume la *culpa* del agente debido al riesgo y la cantidad de accidentes que se producen por el desarrollo de actividades cada vez más industrializadas y tecnificadas, por ser consideradas altamente generadoras de daños.

2. La responsabilidad civil por hecho ajeno (indirecta o directa)

Ante el análisis de la institución de la *responsabilidad civil extracontractual* (subjetiva), la responsabilidad *por hecho ajeno* resulta ser un poco particular, configurándose como una excepción al principio general consagrado en el artículo 1902 del CC español. Se triza de alguna manera y se ve un poco desvirtuado el sistema tradicional (la *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

⁸⁰⁵ ACEDO PENCO, 2011: 365.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

ajeno», «responsabilidad por hecho de otro»⁸⁰⁷; «acto ilícito ajeno» u «obligación por actos ajenos», sin que deje de ser en ningún momento *responsabilidad civil extracontractual*.

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»⁸⁰⁸. En principio, el carácter indirecto y subjetivo aún predominan. El artículo 1903.1 CC afirma lo dicho. La obligación civil de reparar el daño causado extracontractualmente en el que intervienen *culpa* o *negligencia* se origina y «[...] es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder»⁸⁰⁹.

2.1. LOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR HECHO AJENO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Este tipo de responsabilidad no es más que una «obligación impuesta por la ley»⁸¹⁰, apoyada en una presunción *iuris tantum* de *culpa* de prefijadas personas que el CC español (Cf., art. 1903, último párrafo) consagra. De esta manera, los causantes del daño y los sujetos responsables están perfectamente identificados a partir de los siguientes supuestos:

- 1) Los *padres*, respecto de los daños causados por sus hijos⁸¹¹.
- 2) Los *tutores*, en relación con los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía⁸¹².
- 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, por los daños y perjuicios que causen los alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que se hallen bajo el control o vigilancia

⁸⁰⁷ Vid. SANTOS BRIZ, Jaime, 2008: «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, p. 653.

⁸⁰⁸ LASARTE, 2014: 375.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ ACEDO PENCO, 2011: 371.

⁸¹¹ La Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la que incorporó esta redacción. LASARTE, 2014, pp. 375 a 376.

⁸¹² Condiciones ambas que han de darse de forma concurrente.

del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares o complementarias⁸¹³.

Si examinamos cada supuesto, salta a la vista 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» (Cf., art. 1903.1 CC), permitiendo que estas (por ejemplo, un inimputable) causen daños a terceros mediante un comportamiento activo u omisivo.

Esta situación que es permisible en el campo civil; a diferencia de lo que hoy en día la mayoría de los códigos penales establecen, no cabe obligar a alguien para que responda penalmente por los hechos de otro⁸¹⁴.

Sin embargo, cuando se habla de la fundamentación jurídica de la *responsabilidad civil* declarada en el artículo 120 del Código Penal, en esencia es la misma que la prevista en el artículo 1903 del CC. El principio *cuius est commodum eius est periculum* (los intereses o la ventaja de quien está en peligro) al lado de la *culpa in vigilando* o *in eligendo* (base de la responsabilidad subsidiaria por razón de delito) también puede aplicarse a los supuestos de los dueños o directores de establecimientos o empresas y a los titulares o profesores de los centros docentes que alude el artículo 1903. Lo que hay que tener en cuenta es 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 Código Penal no contiene norma análoga⁸¹⁵.

2.2. CRÍTICA AL ARTÍCULO 1903 DEL CC ESPAÑOL

Algunos autores, entre ellos Lacruz⁸¹⁶, consideran que «[...] la enumeración concreta y precisa» que contiene el artículo en cuestión tiene un

⁸¹³ 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, solo 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 (Cf., art.1904.2 CC español). Lasarte, *Curso de...*, 375-376.

⁸¹⁴ ACEDO PENCO, 2011: 371.

⁸¹⁵ SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», pp. 656 a 657.

⁸¹⁶ Lacruz, citado por, SANTOS BRIZ, 2008: 654.

carácter limitativo o exhaustivo, por ceñir la *responsabilidad por hecho ajeno* únicamente a los supuestos que en él se contemplan.

Mientras tanto, otros dogmáticos arguyen que este criterio es erróneo en términos de justicia material. Por citar a alguno, Lasarte⁸¹⁷, a pesar de reconocer que el CC no enumera todos los diversos supuestos posibles (como los responsables de un centro psiquiátrico cerrado, el monitor de un grupo de niños en un viaje de estudios al extranjero, etc.), sostiene que el CC lo único que requiere 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».

Tomando en cuenta este punto de vista, Santos Briz⁸¹⁸ considera la posibilidad de extender –por analogía– a las personas jurídicas como responsables, atendiendo al espíritu y finalidad de las normas civiles (Cf., arts. 3.1 y 4.1 CC que prevé la analogía), sin considerar que la numeración que trae consigo el artículo 1903 CC sea exhaustiva o *numerus clausus*, aunque trate de imponer una obligación; sino más bien meramente enunciativa o *ad exemplum*.

En cambio, la doctrina moderna se muestra contraria a estas afirmaciones. Rogel Vide⁸¹⁹ estima y califica de «artificiosas» las presunciones de *culpa* del artículo 1903 del CC, considerando que la *responsabilidad civil* de padres y empresarios es propiamente de tipo objetivo. Tanto es así que, debido a la normativa sobre patria potestad y otras materias de Derecho de familia, 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 (de las expresamente designadas) cuya responsabilidad se declare por analogía.

Dentro de este contexto, sabiendo que la obligación de indemnizar los hechos dañosos ejecutados por personas diferentes del obligado a su reparación surge solamente en los casos que la ley prevé⁸²⁰, por estar el sistema español de *responsabilidad extracontractual* construido casi en exclusiva sobre una cláusula general (el art. 1902 CC), la doctrina y la jurisprudencia –para inspirarse y actualizar la toma de decisiones sobre el Derecho de daños, en especial cuando guarde relación directa con el artículo 1903 del CC– han acudido a emplear otra herramienta: los PETL.

⁸¹⁷ LASARTE, 2014: 376.

⁸¹⁸ Cf. SANTOS BRIZ, 2008: 654.

⁸¹⁹ ROGEL VIDE, «La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español, introducción al estudio jurisprudencial», citado por SANTOS BRIZ, 2008: 655-656.

⁸²⁰ ACEDO PENCO, 2011, p. 371.

Estos principios consagran tres supuestos que configurarían la norma fundamental de la responsabilidad, la cual permite *imputar* jurídicamente a una persona el daño sufrido por otra y obligarle a repararlo, siempre y cuando la causa del daño provenga de (Cf., arts. 1:101.1 y 2):

- 1) una *conducta culposa*.
- 2) una *actividad anormalmente peligrosa*.
- 3) la *conducta de un auxiliar* (acción u omisión) en el ejercicio de sus funciones.

Esta norma fundamental que el grupo europeo ha consagrado en los PETL menciona la *vicarious liability* (*responsabilidad vicaria*). No obstante, *a posteriori* (Cf., art. 6:101) usa un término más genérico, el de *liability for others* (responsabilidad por otros), que abarca dos situaciones distintas que ya no se enmarcarían en la esfera de la *responsabilidad vicaria*, a saber:

- 1) La responsabilidad por los actos de los menores y de las personas discapacitadas psíquicas, entendida como aquella que depende de la presencia de la *culpa* del *principal* y que se halla fundamentada en la *culpa presunta*, la cual admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum*).

Esta figura anteriormente era desconocida en el Derecho inglés tradicional. Ahora se la encuentra íntegramente introducida en el actual Derecho inglés *of torts*, y la mayoría doctrinaria se refiere a ella como *non-vicarious liability for the acts of others* (responsabilidad no vicaria por los actos de otros).

- 2) La *responsabilidad por los auxiliares*, sustentada en que la *culpa* del *principal* no es el presupuesto de la responsabilidad. Se remite a aquellas situaciones en las que un *principal* (en el sentido más amplio) responde por el daño causado por sus auxiliares. Estaríamos ante un tipo de *responsabilidad objetiva*.

Retomando los PETL, hay quienes sostienen que el supuesto de *responsabilidad subjetiva* al que insinúa la norma fundamental de los PETL (Cf., art. 1:101) —que a su vez dio origen al capítulo de «responsabilidad por otros»— era innecesario, ya que se podrían haber reconducido los fundamentos de imputación subjetiva (a los que se refiere el art. 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 solo en atención a su propia conducta, sino en consideración a la conducta del otro (siempre relevante para determinar la responsabilidad), sin que tenga que responder si esa otra persona cumple con el estándar de *conducta exigible* (art. 4:102, *ibid.*)⁸²¹.

⁸²¹ MARTÍN-CASALS, Miquel, 2007: «La responsabilidad por hecho ajeno en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La*

Dentro de este marco jurídico (de la «responsabilidad por otros»), el grupo trata solamente 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) no puede ser equiparado o considerado auxiliar (Cf., art. 6:102, *ibid.*), precisamente por esa falta de control por parte del comitente.

En otros ordenamientos jurídicos, su aplicación es distinta. Así, por ejemplo, en el francés, todos los supuestos recogidos 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. Cabe señalar, en lo concerniente la responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado, que el grupo no ha instituido ningún principio⁸²².

3. Los presupuestos de la responsabilidad del principal por los hechos de los auxiliares

1) *La 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* o *extracontractual*. Cada ordenamiento jurídico traza esa línea fronteriza de manera diferente. En Alemania, por ejemplo, la *culpa* del *principal* es una presunción *iuris tantum*, mientras que, en otros ordenamientos jurídicos, como el inglés o el italiano, no existe esta presunción legal. En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, dentro de este se ha prescindido del elemento subjetivo de la *culpa* del *principal* como presupuesto de la responsabilidad, tal como los principios lo denotan. En concordancia con ello, la jurisprudencia española ha considerado la

responsabilidad civil y su problemática actual, Dykinson S. L., Madrid, pp. 493 a 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. Siguiendo esta línea, es notable la falta de regulación uniforme que encontramos tanto en la «Norma Fundamental» como en el capítulo IX, que alude a la «Pluralidad de causantes del daño» (Cf., arts. 9:101 y 9:102 PETL).

⁸²² *Ibid.*, p. 496.

objetivación de la responsabilidad, razón por la cual queda rezagada la posibilidad de que el *principal* pueda quedar exento de responsabilidad (dificultando incluso la prueba cuando ha actuado con diligencia u otros mecanismos) en los casos de daños causados por los *auxiliares*⁸²³.

2) *La relación entre el auxiliar y el principal: la condición del auxiliar y la relación de subordinación o dependencia*. En todos los ordenamientos jurídicos, para imponer algún tipo de responsabilidad a los empresarios por los hechos de sus empleados, se exige cumplir ciertas condiciones. En EE. UU., 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 *contrario sensu*, en España, la regla general que prima para que se pueda imputar responsabilidad al *principal* es que la responsabilidad del empresario (*principal*) no depende de algún tipo de relación contractual (permanente u ocasional) con el *auxiliar* ni del hecho de percibir o no remuneración, sino de la obligación que recae sobre el *auxiliar* de cumplir instrucciones. Dicho de otro modo, no se requiere que entre las partes exista algún tipo de contrato de servicios, basta la simple relación de dependencia o subordinación, sin que a cambio de dicha prestación exista incluso una remuneración (prestación de servicios gratuita). Hay dependencia o subordinación con el *principal*, únicamente si este goza de la potestad de impartir instrucciones. De aquí que se denomine «auxiliares» a las personas que están obligadas a acatar instrucciones de otra y «principales» a quienes tienen la potestad de impartirlas.

En suma, 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*. Cabe revelar que tampoco es imprescindible que el auxiliar –concreto– que causó el daño sea identificado o individualizado. Será suficiente con que el demandante pruebe que uno de los *auxiliares* del *principal* es quien causó el daño.

Por el contrario, si se tratase de *responsabilidad contractual*, no estaríamos ante un *auxiliar* en la ejecución sino ante un *auxiliar* en el cumplimiento. En estos casos, en Europa (ya sea por disposición legal expresa, jurisprudencia o doctrina según cada ordenamiento) se ha admitido que el deudor ha de responder 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 únicamente se exonerarán cuando el daño o el hecho que

⁸²³ *Ibid.*, p. 509.

impidió cumplir con la prestación se deba a una fuerza mayor, circunstancia externa al círculo de actividad del deudor⁸²⁴.

Asimismo, lo han dispuesto expresamente los principios de derecho contractual europeo (PECL): «La parte que encomienda a un tercero el cumplimiento del contrato seguirá siendo responsable de dicho cumplimiento» (Cf., art. 8:107).

Evidentemente, en los principios se cede ante reglas más estrictas de *responsabilidad contractual*. Los *auxiliares* son referidos en forma plural (Cf., art. 6:102 PETL), ante lo cual es preciso distinguir la «responsabilidad por los auxiliares», que procede cuando estos han violado el estándar de conducta exigible (Cf., art. 4:101, *ibid.*) de la «responsabilidad de la empresa» (Cf., art. 4:202, *ibid.*), a la cual puede imputarse responsabilidad, incluso cuando el daño haya sido causado por un *auxiliar* sin que haya intervenido *culpa* en su actuar (es decir, sin 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) en la empresa o en su organización (Cf., art. 4:202.2, *ibid.*).

Frente a esto, Martín Casals⁸²⁵ 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*.

Desde esta perspectiva, un empleado también podría ser considerado «auxiliar»; es más, cualquiera que esté deseoso de ayudar y que actúe bajo la supervisión de quien deba responder podría alcanzar esta categoría. 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* (un empresario cede o presta temporalmente a otro empresario a uno de sus trabajadores para que haga alguna de sus funciones). Si durante ese tiempo de la cesión se causa algún daño, el empresario (cesionario que ostenta el poder de impartir instrucciones) será el responsable. Indiscutiblemente, en los ordenamientos jurídicos 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. Este es el único medio a través del cual el empresario cedente puede eximirse de responsabilidad⁸²⁶.

3) *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

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 517.

⁸²⁵ *Ibid.*, pp. 508 a 509.

⁸²⁶ *Ibid.*, pp. 509 a 510.

más complicados de determinar. La norma fundamental de los principios manda que, para que se logre imputar el daño al *principal*, los *auxiliares* debe haber actuado «en el ejercicio de sus funciones».

Moreteau⁸²⁷ 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». Por este motivo, postula dos criterios orientativos:

a) «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»⁸²⁸.

b) «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»⁸²⁹.

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: (i) un modo inapropiado de hacer lo que el *auxiliar* debe hacer y (ii) aprovechar la ocasión que el empleo o relación de subordinación ofrece para causar el daño. Países como 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 que desempeña, aun cuando el motivo que lo condujo a actuar de tal manera sea exclusivamente personal. Mientras tanto, otros países como EE. UU., Israel o Sudáfrica han acudido a verificar la intención que ha motivado al *auxiliar* a actuar de determinada manera: (i) favorecer los intereses de su principal, en cuyo caso la actuación todavía se encontrará dentro del ejercicio de sus funciones, o (ii) intenciones puramente personales, en cuyo caso su actuación quedará excluida del ámbito del ejercicio de sus funciones⁸³⁰.

⁸²⁷ Moreteau, citado por MARTÍN-CASALS, 2007: 512.

⁸²⁸ *Ibid.* Con respecto a este criterio, el profesor Martín-Casals comenta que ni los *principios* ni el comentario de Moreteau 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 derive de él.

⁸²⁹ *Ibid.*, pp. 511 a 512. En cuanto a este criterio, el docto maestro Martín-Casals 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.

⁸³⁰ *Ibid.*, pp. 510 a 511.

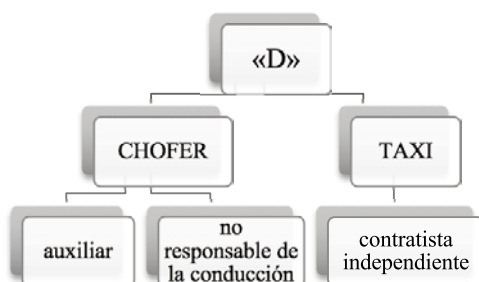
4) *La culpa del auxiliar*. El capítulo cuarto de los *principios* trata de la «Responsabilidad por culpa» y para que esta sea instaurada con respecto de los *auxiliares*, estos tendrán que haber «violado el estándar de conducta exigible» (Cf., art. 6:102.1); es decir, la víctima no podría solicitar compensación alguna si el demandado demuestra que el *auxiliar* ha cumplido con dicho estándar.

Por el contrario, si no existe prueba alguna que justifique que el daño fue causado por *culpa* del *auxiliar*, a efectos de los *principios* esto no significa que la víctima no recibirá ninguna indemnización. Más bien, el hecho nos coloca ante un supuesto de «responsabilidad vicaria», que al mismo tiempo constituye uno de los posibles casos de «responsabilidad por hecho ajeno» (en términos genéricos), pero en ningún caso, como bien enfatiza Martín-Casals⁸³¹, estaríamos ante un supuesto de «responsabilidad objetiva».

5) *El contratista independiente*. Los *principios* fueron tajantes al incorporar como regla específica la exclusión de la «responsabilidad por hecho ajeno» cuando un daño haya sido causado por un *contratista independiente* (Cf., art. 6:102.2).

Prestemos atención al siguiente gráfico:

Ilustración 10. Auxiliar vs contratista independiente



⁸³¹ *Ibid.*, p. 512. El autor se remite al comentario hecho por Moretau, en el cual cita como ejemplo el caso del cirujano que sufre de un ataque al corazón y no culmina la operación provocando un daño al paciente. En primer lugar, al considerar 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 caber 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».

Por medio de esta figura podemos ilustrar el ejemplo propuesto por Moreteau⁸³²: Cuando «D» contrata a un chofer, este 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*, de modo que puede asegurarse frente a los efectos adversos de su *culpa* (criterio de la mejor posición). No obstante, esta regla de exclusión de responsabilidad se rompe en algunos ordenamientos jurídicos. Tal es el caso de Inglaterra y EE. UU. (*Common Law*), cuyos ordenamientos jurídicos consagran la regla de *non delegable duties* (deberes no delegables), en virtud de la 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)⁸³³.

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, aun cuando se haya subcontratado a otro para que realice el trabajo. Incluso, el *contratista principal* puede convertirse en responsable en aquellos casos en los que la víctima se encuentre en una situación de «error excusable» respecto del carácter independiente del *contratista*, confiando en que depende del *principal* (criterio de la apariencia) o que este deba responder objetivamente en virtud de una norma que vincula la responsabilidad con el desarrollo de la actividad⁸³⁴.

6) *Especial análisis de la responsabilidad de las personas jurídicas mercantiles: empresarios-empleadores y empleados*. Toda la fundamentación jurídica que ha servido de base para instituir la «responsabilidad por hecho ajeno» es aplicable también a las *personas jurídicas mercantiles* con respecto a sus *dependientes*. En torno a esta situación, dentro del ordenamiento jurídico español, la presencia de la *culpa in eligendo* (en la selección) o *in vigilando* (en la vigilancia) nos sitúa ante el supuesto cuarto del artículo 1903 del CC español: «Los dueños o directores de un establecimiento o empresa deberán

⁸³² Moreteau, citado por MARTÍN-CASALS, 2007: 515.

⁸³³ MARTÍN-CASALS, 2007: 515.

⁸³⁴ *Ibid.*

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».

Así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia, la cual ha venido exigiendo un requisito *sine qua non* –para que pueda operar la responsabilidad del empresario–: la «relación jerárquica de dependencia» entre el causante del daño y la empresa demandada⁸³⁵.

Ciertamente, la existencia de este vínculo laboral (relación de dependencia) es el punto de partida para que la responsabilidad se instaure. Sin embargo, la regulación del precepto legal referido 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»⁸³⁶.

En cambio, si las *personas jurídicas* son *sociedades anónimas* o de *responsabilidad limitada*, estas quedan sujetas también 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 Anónimas⁸³⁷ 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 (Cf., art. 6)⁸³⁸, a cuyo tenor expresamente se contempla 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

⁸³⁵ Cf. ACEDO PENCO, 2011: 374.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ El texto refundido de esta ley fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, vigente hasta el 1 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.

⁸³⁸ 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.

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.

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».

Ahora bien, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio⁸³⁹, se aprobó el texto refundido vigente de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo capítulo v, de la «Responsabilidad de los administradores», se instauraron los presupuestos de la responsabilidad (Cf., art. 236⁸⁴⁰), los cuales posteriormente fueron modificados por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre⁸⁴¹, que no solo incluyó nuevos presupuestos, sino la extensión subjetiva de la responsabilidad (Cf., art. único veinte), a saber:

«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 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».

⁸³⁹ Mediante el cual se derogó la Ley de Sociedades Anónimas.

⁸⁴⁰ Vid. 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».

⁸⁴¹ Se introdujo esta ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Cabe subrayar que, en virtud de la promulgación de la Ley 31/2014⁸⁴², se derogó la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁸⁴³ y la *responsabilidad de los administradores* de este tipo de *sociedades*, al igual que el de las *sociedades anónimas*, pasaron a ser reguladas por el régimen de responsabilidad consagrado en la ley vigente. Eso sí, a todos los supuestos de responsabilidad –ya sea de los administradores, de los socios o incluso de la junta general y otros órganos sociales– se les puede aplicar –así sea supletoriamente– las normas del CC (Cf., arts. 1902 y 1903)⁸⁴⁴.

Paralelamente a lo expuesto, existe un nuevo matiz de la responsabilidad civil que afecta a las *sociedades de auditoría*. Esta responsabilidad se basa en la actuación de la *sociedad de auditoría* y los *funcionarios* o *auditores individuales*, quienes actúan en la causación de daños a terceros en razón de los informes realizados, al ser los afectados por la responsabilidad reclamada⁸⁴⁵.

Jurisprudencialmente, se han proclamado ciertos postulados, los cuales están vinculados a la *responsabilidad de los administradores* de las *personas jurídicas* (anónima o limitada). Estos supuestos son⁸⁴⁶:

1) 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).

2) Queda excluida la responsabilidad de que se trata por daños causados por *culpa* leve o levísima (criterio tradicional en el Derecho español a partir del CC de 1829, inspirado 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).

3) Se trata de una *responsabilidad de los administradores*, evidentemente subjetiva, que debe referirse a hechos concretos en los que (como observa la sentencia de 12 de abril de 1989) se pueda apreciar o indagar una conducta dolosa o negligente, y no un repaso de toda la vida social (S. de 13 de octubre de 1986).

En algunos ordenamientos jurídicos –como, por ejemplo, en Austria–, se concibe la posibilidad de atribuir *responsabilidad civil extracontractual* (*responsabilidad por hecho ajeno*) a las *personas jurídicas* por los daños causados por sus *órganos* o *representantes*, sin que la ausencia de *culpa* sea una causa de exoneración de responsabilidad. De esta manera, se ha logrado

⁸⁴² Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014).

⁸⁴³ Anteriormente, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 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» (Cf., art. 29.1).

⁸⁴⁴ SANTOS BRIZ, 2008: 661.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 660.

aplicar la misma regla que se establece para imputar responsabilidad a los auxiliares cuando estos 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). Empero, existen ciertos ordenamientos jurídicos que someten la *responsabilidad de las personas jurídicas* a reglas que difieren de la *responsabilidad por hecho ajeno*⁸⁴⁷.

Este criterio también ha sido adoptado por la LOE⁸⁴⁸, la cual establece *responsabilidad civil por hecho de otro*, aunque ese otro no sea un *dependiente*, sino un *contratista*. De esta manera, se ha logrado aplicar la misma regla que permite imputar responsabilidad cuando los *auxiliares* han cometido daños. Análogamente, los PETL también reconocen 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 (*responsabilidad por hechos propios*)⁸⁴⁹.

Frente a ello, la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han vertido ha sido propugnada sobre la base de una *responsabilidad vicaria*; es decir, consideran que la *responsabilidad del empresario por hecho del dependiente* ha de ser de corte objetivo, de forma que los *empresarios* quedan imposibilitados para tratar de exonerarse acreditando el empleo de la *diligencia debida* para evitar del daño⁸⁵⁰.

En cuanto al comportamiento de los *empleados* de cualquier *persona jurídico-mercantil*, este resulta ser de especial relevancia cuando su actuación (al desarrollar sus funciones) ha causado daños con la intervención de los elementos de *culpa* o *negligencia*, ante los cuales el *empresario* puede interponer una «acción de repetición»; efecto directo del derecho expresamente contemplado en el CC español (Cf., art. 1904)⁸⁵¹. En otras palabras, será responsable el *empleado* que trabaja por cuenta ajena si, durante el ejercicio de sus funciones, han concurrido efectivamente los ingredientes de *culpa* o *negligencia* en su conducta (la causa del daño), siempre que esta no sea

⁸⁴⁷ MARTÍN-CASALS, 2007: 515-516.

⁸⁴⁸ Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999).

⁸⁴⁹ ÁLVAREZ OLALLA, 2015: 40.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 40. 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».

⁸⁵¹ Cf. CC. español, artículo 1904.1: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho».

constitutiva de delito (Cf., art. 1903.3 CC). Ya para los casos en los que el daño provenga de una conducta delictiva del *empleado*, el Código Penal español establece *responsabilidad subsidiaria* del *empleador*⁸⁵² (Cf., art. 120).

Un punto de alto relieve, cuando nos referimos tanto a la regulación civil como a la penal, versa sobre la *dependencia* en la relación laboral. No se extiende la aplicación de los anteriores preceptos a los *subcontratistas*. Del mismo modo, en los PETL, los *subcontratistas* han sido excluidos como sujetos de los que deba responder el *empresario principal* (Cf., art. 6:102 [2]). Esta situación difiere plenamente de la posible *responsabilidad contractual* del *contratista* frente al *dueño de la obra*, quien sí «es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra», por la sencilla razón de la obligación contractual (que versa sobre la entrega de la obra) estipulada con el *dueño de la obra*, la cual está expresamente recogida en el CC español (Cf., art. 1596 CC).

Respecto a la parte procesal, todavía nos queda por saber con exactitud a quién hemos de demandar. ¿Podrían ser demandados ambos, *empresa* y *dependiente*, o es posible demandar únicamente al *empresario*? Una parte del sector doctrinario considera que, para lograr que el *empresario* responda, hay que demandar necesariamente al *empleado* causante del daño, pues es menester que su responsabilidad quede acreditada para que pueda desencadenarse la responsabilidad del *principal*. La razón que aducen quienes defienden esta postura es que, en caso de ejercitar la acción de repetición por parte del *empresario*, la primera sentencia no puede afectar al *empleado*, pues no fue parte en ese pleito. Si, en el segundo pleito, el *empleado* resulta absuelto, ello significará que la 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 responder⁸⁵³.

⁸⁵² ÁLVAREZ OLALLA, 2015: 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».

⁸⁵³ ÁLVAREZ OLALLA, 2015: 40-45. 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».

En el ordenamiento jurídico español es posible demandar conjuntamente a ambos (al *empleado* y la *empresa*), en cuyo caso la responsabilidad será solidaria o independientemente a cada uno de ellos (al *empleado* o a la *empresa*). Esta ha sido la posición que mayoritariamente ha adoptado la doctrina y la jurisprudencia, aunque podría surgir un problema relevante cuando se ignore qué empleado –en concreto– ha causado el daño. Mientras tanto, si acudimos al Derecho comparado, por ejemplo en Francia, no se admite que se demande al *empleado* conjuntamente, sino simplemente al *empresario* ⁸⁵⁴.

D. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

En adición a lo que hemos venido exponiendo, aquel marco normativo que el Derecho clásico o tradicional instauró épocas atrás con respecto a las obligaciones y el instituto de *responsabilidad civil* ha evolucionado. En la actualidad, la imputación por *culpa* que caracteriza a la *responsabilidad aquiliana* comparte dos criterios distintos en atención a la conducta del sujeto causante del daño, repartiéndose la función determinadora de la *responsabilidad civil* con otros títulos de imputación de naturaleza objetiva. A partir de aquí, se segmentan dos regímenes jurídicos de responsabilidad (sin que sean excepcionales) en los que se utilizan dichos criterios: 1) el *subjetivo* o basado en la *culpa* y 2) el *objetivo*.

1. El sistema de responsabilidad subjetiva

En términos generales, 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, pero apoyada en el principio *causis sentit dominus* (el dueño soporta la causa). No obstante, las consecuencias de un suceso accidental o fortuito deben ser soportadas por quien las sufre ⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁵⁵ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, 2014a: «Los sistemas de responsabilidad civil», en REGLERO CAMPOS, Fernando & BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 1.ªed., Aranzadi S. A., Navarra.

En habidas cuentas, este sistema responde al principio de carácter general: *Ninguna responsabilidad sin culpa*. De ahí que la *responsabilidad civil extracontractual subjetiva* halle pleno fundamento en la *culpa*, lo cual nos obliga a remitirnos nuevamente al art. 1902 del CC español. Dicho de otra manera, para este sistema, los ingredientes de *culpabilidad* o *negligencia* que recaen sobre la persona (el sujeto causante del daño) son los principales detonantes para que la *responsabilidad extracontractual subjetiva* se pueda instaurar, en la medida en que la conducta del autor de un daño sea merecedora del reproche jurídico, ya sea por su actuar o por su falta de cumplimiento del deber de diligencia. En palabras más simples, hablamos de una responsabilidad que alude, por un lado, al acto (conducta culposa) y, por otro, a su resultado (el daño).

Sin embargo, a pesar de que este sistema goza de características propias que lo hacen distinto a los demás, existen ciertas excepciones en las cuales se hace caso omiso a la *culpa* del agente (*Cf.*, arts. 1903, 1904, 1905, 1908 y 1910 CC español). Hablamos de normas que consagran diferentes supuestos legales, en los que los daños han sido causados por otra persona distinta de quien debe responder. Por ello, dentro del campo doctrinario, se ha preferido hablar de *responsabilidad por culpa presunta del principal* o *responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos* o *responsabilidad con inversión de la carga de la prueba*, sin que ello signifique que el carácter subjetivo deje de subsistir (es decir, no deja de ser un tipo de *responsabilidad civil extracontractual por culpa* o *responsabilidad subjetiva*). En tal virtud, el artículo 1902 del CC español constituye el Derecho común del sistema de *responsabilidad extracontractual* y su aplicación puede ser extendida a cualquier supuesto carente de regulación específica, supliendo de esta manera las eventuales lagunas que regímenes que han incorporado criterios de imputación especiales pudiesen padecer⁸⁵⁶.

Desde el punto de vista procesal y siguiendo el esquema de este sistema, para que la reparación del daño prospere, la víctima debe probar no solamente que el daño sufrido se produjo debido a la actuación de cierto agente, sino que este ha incurrido en *culpa* o *negligencia*. Por su parte, el agente o autor de un daño tendrá la obligación de repararlo, solo cuando su conducta pueda ser reprochada, porque ha incurrido algún tipo de *culpa* o *negligencia* en su acto y, consecuentemente, en el daño.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 64. Lo que pretende demostrar el autor 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.

2. La evolución de la responsabilidad subjetiva a la objetiva

Con el advenimiento del maquinismo (la introducción de la máquina de vapor mejoró enormemente la capacidad de producción industrial), consecuencia directa de la revolución industrial –entendida como el proceso de transformación económico, social y tecnológico (iniciada en el siglo XVIII en Inglaterra y que se extendió en diversas épocas, primero a Europa continental y Estados Unidos, luego al resto del mundo) 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 (empresas industriales y fabriles, la construcción de barcos y ferrocarriles a vapor, vías férreas, canales, carreteras, el desarrollo del motor de combustión interna y la energía eléctrica), así como el incremento constante de bienes de producción y servicios (que trajo consigo la división de trabajo, considerando uno de los efectos de la producción) generaron, además, varias ventajas a los trabajadores, concentradas en la facilidad de acceso a ciertos bienes que antes habrían 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)⁸⁵⁷.

Inevitablemente, a causa de ese mismo desarrollo tecnológico y empleo de la nueva maquinaria en la ejecución de las actividades humanas, por el peligro y alto riesgo que aquello implicaba, el proceso industrial conllevó algunas desventajas. Se ocasionaron varios daños a los demás, entre los que destacaron como más comunes los accidentes de tráfico causados por vehículos motorizados. Motivo suficiente para que el desarrollo social llegase a tener múltiples impactos en el campo jurídico⁸⁵⁸ y que los conceptos de *peligro* y *riesgo* comenzaran a jugar un rol preponderante, aunque desde el punto de vista sociológico no se los haya considerado sinónimos. Por este motivo habrá que entenderlos de forma independiente. Los *peligros* son aquellos representados por los acontecimientos naturales que siempre han puesto en peligro a la humanidad (las tempestades, animales salvajes en tierra y mar, epidemias, terremotos, tsunamis, entre otros), mientras que los *riesgos* son los

⁸⁵⁷ BRÜGGEMEIER, Gert, 2013: «Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia», *European Review of Private Law*, núm. 4, pp. 931 a 939.

⁸⁵⁸ Vid. OLIPHANT, Ken, 2014: «Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England», *McGill Law Journal*, 819 - *Revue de droit de McGill*, vol. 59, núm. 4, pp. 826 a 832. El autor, al analizar los impactos que trajo consigo la innovación tecnológica en materia de daños –*Tort Law*–, destaca como uno de ellos el transporte moderno, representado por los ferrocarriles y el vehículo a motor.

peligros contingentes causados por el hombre (surgidos sobre todo con el desarrollo industrial y técnico), que han colaborado para que se hable incluso de la «sociedad del riesgo» o la «edad del riesgo»⁸⁵⁹.

Prusia (Alemania), a pesar que el ferrocarril fue desarrollado en Inglaterra⁸⁶⁰, fue el Estado agrario pionero (contaba con un único ferrocarril para operar entre Berlín y Potsdam) en demostrar un verdadero acoplamiento a la evolución socioeconómica, desechando el criterio tradicional de la culpa y promulgando la primera norma especial⁸⁶¹ que establecería la *responsabilidad objetiva* o *por riesgo* causado por el transporte ferroviario privado. Por medio de esta norma, se obligaba a tanto a las víctimas dañadas por causa de dicho transporte, extendiendo su protección incluso a quienes no fueran viajeros, incluyendo sus bienes, lo cual hizo que su aplicación –en un inicio– no fuese muy clara⁸⁶².

Con la entrada en vigor de la *Imperial Liability Act* o *RHPfG*⁸⁶³, se determinó de manera precisa la base de la responsabilidad, el alcance de la

⁸⁵⁹ BRÜGGEMEIER, 2013: 924.

⁸⁶⁰ 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.

⁸⁶¹ Railway Act of 1838 (en su origen *Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen*, *Preußisches Gesetzesblatt [GS] 1838*, es la ley prusiana de transporte ferroviario de 3 de noviembre de 1838, en la que estableció la responsabilidad por riesgo).

⁸⁶² 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 (art. 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 cuasicontractual 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 solo podría evitarse en casos de fuerza mayor. De esta manera, se estableció que las compañías de transporte ferroviario podrían exonerarse de dicha responsabilidad solo 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 constituía uno de esos factores. El objetivo principal del artículo 25 era la protección de la integridad de las personas y las mercancías transportadas, pero 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 de este precepto legal se extendió al personal ferroviario, cuya culpa tenía que ser imputada a la empresa. Un paso hacia la *gefährdungshaftung* o «responsabilidad objetiva» 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 del artículo 25 BGB (CC alemán) está 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. Con respecto a la *Railway Liability Law*, vid. BRÜGGEMEIER, 2013: 928 a 931.

⁸⁶³ *Reichshaftpflichtgesetz*, *German Imperial Liability Act*, de 7 de junio de 1871.

protección y las excepciones a la responsabilidad. Esta *act* dejó de ocuparse del carácter contractual del transporte y más bien centró su atención en la operación técnica. Ahora, el daño causado por el funcionamiento regular del transporte no conduciría a responsabilidad, sino las lesiones causadas por los *accidentes* producidos en la operación del ferrocarril. El alcance de la protección se limitó a las personas (la propiedad se excluyó), las muertes o los daños de las personas transportadas, del personal ferroviario y de terceros. Esta vez, la responsabilidad de las compañías ferroviarias sería de carácter vinculante; ya no quedaría sujeta a disposición de las partes contratantes (sin que se haya previsto un límite máximo para la responsabilidad). En lo que concierne a las causas de exclusión de responsabilidad, estas se fundamentaron en los actos de Dios (que sustituyen la noción del factor externo inevitable) y en los casos de *negligencia contributiva*⁸⁶⁴ de la persona lesionada.

Cabe matizar que, posteriormente, con la entrada en vigor del *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB⁸⁶⁵ (CC alemán), todo lo expresado cambió. Se llegó a aplicar un régimen de *negligencia comparativa*⁸⁶⁶, con una reducción proporcional de la cantidad de los daños en vez de la confiscación o decomiso (Cf., art. 254 BGB). Por lo que respecta a los daños económicos, al contrario de lo que disponía el BGB, los daños indirectos (el lucro cesante o los pagos anuales por personas dependientes) serían recuperables⁸⁶⁷.

Así fue como Alemania se acogió a la doctrina del *riesgo* y extendió el ámbito de aplicación de la responsabilidad a las empresas⁸⁶⁸, presumiendo que

⁸⁶⁴ En EE. UU., a este tipo de negligencia se la ha identificado como «negligencia concurrente» y es utilizada también para evaluar las demandas por accidentes automovilísticos. Conforme a esta teoría, es posible que se deniegue un resarcimiento completo al actor si tuvo algún grado de responsabilidad en el accidente.

⁸⁶⁵ Emitido el 24 de agosto de 1896. En vigor desde el 1 de enero de 1900.

⁸⁶⁶ Basada en un porcentaje de la negligencia. Si la negligencia de una persona es menor que la de la parte contra la cual se reclama para recuperar un daño, la recuperación será proporcional a la cantidad de negligencia atribuida a dicha parte. Esta teoría reconoce que hay una cantidad de factores que contribuyen al accidente y determina una responsabilidad compartida en función de los hechos del caso. Varios estados —entre ellos Arizona, California, Florida y Nueva York— se rigen por lo que se conoce como «negligencia comparativa pura». En estas jurisdicciones, hasta el actor que haya sido un 99 % responsable del accidente puede obtener un resarcimiento por daños y perjuicios. Los demás estados han adoptado el principio de «negligencia comparativa modificada», en virtud del cual la parte actora puede obtener un resarcimiento por daños y perjuicios siempre que se determine que tuvo un 50 % de culpa (doce estados) o más del 50 % de culpa (veintiún estados). En todos estos casos, la proporción de los daños se reduce por el porcentaje de culpa asignada a la parte actora.

⁸⁶⁷ BRÜGGEMEIER, 2013: 932-933.

⁸⁶⁸ En Alemania, la primera respuesta legal a los accidentes laborales fue la *Unternehmenshaftung* («responsabilidad empresarial» o *enterprise liability*), de conformidad con la RHPfG. 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*

estas siempre serán responsables⁸⁶⁹, salvo que se demuestre que el accidente ha sido causado por fuerza mayor o por culpa de la víctima (herida o muerta)⁸⁷⁰. Estas nuevas estrategias regulatorias sirvieron para hacer frente a los riesgos fuera de la línea trazada por la doctrina jurídica romanista-pandectista (adoptadas frente al nuevo mundo técnico-industrial en relación con los accidentes ligados al lugar de trabajo y la motorización), lo que produjo en el Derecho privado en general un cambio bastante innovador, pero no con respecto al ámbito contractual, sino atinente a la institución de responsabilidad civil.

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 presunción de culpa en contra de las empresas ferroviarias o de sus empleados), en virtud de la cual se desarrolló la moderna *Gefährdungshaftung*. Esta regla y excepción es lo que el legislador del Código Civil alemán (BGB) tenía en mente cuando insistió en no sobrecargar el CC 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 CP 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 Managment Act/Wasserhaushaltsgesetz of 1957; Environmental Liability Act/Umwelthaftungsgesetz of 1990*) y tecnología genética. En cuanto a la responsabilidad objetiva del fabricante por productos defectuosos, esta ocupa un lugar especial a nivel internacional, entre responsabilidad cuasiojetiva 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, 2013, pp. 927 a 928 y 934 a 938.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, pp. 933 a 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).

⁸⁷⁰ MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel, 2008a: «Accidentes en los ferrocarriles. Hechos de los animales. Caza», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, pp. 1109 a 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 personas 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 por la propia culpa del fallecido o lesionado o perjudicado en sus cosas. A pesar de que esta responsabilidad pueda ser de naturaleza contractual o extracontractual, la tendencia de la jurisprudencia civil es que se trata de una responsabilidad procedente de culpa extracontractual.

Aquella institución de responsabilidad subjetiva, dominante desde el Derecho romano⁸⁷¹ (donde se originó⁸⁷²) hasta bien entrado el siglo xx, sufrió durante este mismo siglo una transformación radical, en virtud de la cual el principio general (que en el CC español lo recoge el art. 1902) extendió su pantalla a mutaciones que lograron integrar caracteres no solamente subjetivos, sino también objetivos que desnaturalizan su faceta clásica. Se observa, por tanto, una clara relajación del criterio de la culpa, que puso de manifiesto la insuficiencia del sistema jurídico tradicional que erigía un régimen de responsabilidad civil fundamentada esencialmente en la culpa. No obstante, la instauración de un sistema de responsabilidad que permita romper los esquemas clásicos de la culpa debía 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 debían recaer sobre otra persona, por estar relacionada con una actividad dentro de cuya esfera acaeció el hecho o evento dañoso.

La evolución producida en paralelo al desarrollo industrial se convirtió en diversos sectores, como el de los daños causados por los vehículos a motor, en un régimen de *responsabilidad objetiva*, lo cual confirma que el desarrollo industrial fue el propulsor de este sistema. Desde un inicio, la *responsabilidad objetiva* se centró en la situación de riesgo y fue instaurada con el fin de reparar los daños suscitados por el transporte ferroviario, los vehículos a motor y los animales. Luego, se generalizó en el ámbito de los accidentes de trabajo, que obligaba siempre al empresario a responder, con la única exclusión de la culpa intencional del asalariado víctima del accidente⁸⁷³.

De manera más específica, la *responsabilidad objetiva* en el Derecho civil, más comúnmente conocida como *responsabilidad sin culpa*, empezó abordando varios asuntos *inter alia*: los vinculados con las garantías contractuales; asuntos relacionados con los sucesores de la *actio ex recepto* romana, acción concedida al *argentarius* (quien operaba con dinero) una vez

⁸⁷¹ El Derecho romano consagró los principios fundamentales que llegaron a ser fuente inspiradora de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los diversos países occidentales de origen latino, para adoptar, instituir y codificar un régimen de *responsabilidad subjetiva* basado en la *culpa* de quien lo causó (factor que permitió delimitar el alcance y atribuir el calificativo de *subjetiva* o *por culpa* a esta institución).

⁸⁷² Todo ello, sin desatender, además, los precedentes constituidos por los canonistas medievales y la doctrina iusnaturalista, acogidos en el *Code* napoleónico de 1804 (*Cf.*, art. 1382), que proliferó años después en el vigente Código Civil español de 1888 (*Cf.*, art. 1902).

⁸⁷³ Para profundizar sobre la evolución de la responsabilidad subjetiva a la objetiva, *vid.* REGLERO CAMPOS, 2014a: 64-66.

que haya expresado su compromiso de pagar la deuda de su cliente, la cual nacía del acuerdo informal entre el propio *argentarius* y el receptor de su promesa, esto es, el acreedor de la deuda; la responsabilidad sin culpa de los empleadores por los delitos o daños de los empleados y ejecutivos; la compensación por el sacrificio de activos (*doctrine of sacrifice of assets*); la responsabilidad del vecino por *nuisances* (molestias), por los daños causados por los animales o por las cosas que pudiesen caer de los edificios; la responsabilidad por productos defectuosos, y la responsabilidad por los riesgos de las instalaciones técnicas, independientemente de sus defectos ⁸⁷⁴.

Fue así que la oscilación comparable entre la excesiva responsabilidad por culpa (que prevalecía especialmente en Francia) y la tendencia hacia la indemnización sin culpa en el derecho de la propiedad caracterizaron el desarrollo jurídico de la mayoría de los Estados industriales europeos modernos. Notablemente, el sistema objetivo de responsabilidad llegó a dominar la totalidad de los ámbitos de riesgo ⁸⁷⁵ y varios ordenamientos jurídicos lo recogieron y difundieron mediante la creación de leyes especiales (como ocurrió en Suiza, 1881; Austria, 1887; Noruega, 1894; Inglaterra, 1897; Francia, Italia y Dinamarca, 1898; Bélgica, 1903, y España, 1900) o por la tendencia jurisprudencial, que se destacó España ⁸⁷⁶, aplicando el artículo 1902 CC.

Con respecto a esta última alternativa, cabe recordar que en España, en múltiples ocasiones, cuando se buscaba aplicar la doctrina objetivadora de la culpa, el ente juzgador justificaba su interpretación en tres supuestos: i) en el artículo 1104 CC, que ordena atender a las circunstancias en cada caso en particular para acreditar una apreciación de la culpa en la que los cuidados exigidos son todos los que la prudencia imponga para prevenir los hechos dañosos; ii) en la culpa levísima o la culpa social, y iii) en los requisitos de la previsibilidad y la evitabilidad del daño, con declaraciones genéricas acerca de la previsibilidad de ciertos eventos o sucesos, por ejemplo, que el incendio siempre sería un hecho previsible, por lo cual el demandado habría actuado descuidadamente. Incluso, el TSE solía recurrir al «agotamiento de la

⁸⁷⁴ BUYUKSAGIS, Erendem & VAN BOOM, Willem, 2013: «Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn, between objects, activities, and their risk», *Georgetown journal of International Law*, vol. 44, pp. 926 a 928.

⁸⁷⁵ ACEDO PENCO, 2011: 348-350.

⁸⁷⁶ Por ejemplo, al peatón le bastaba acreditar que ha sido atropellado para reclamar su resarcimiento, aunque quien originó realmente la situación de riesgo de atropello haya sido el automovilista (cumpliendo o no las normas de circulación). *Vid.* sentencia STS, de 10 julio 1943 (RJ 1943, p. 856), la cual marcó la evolución el sistema de la *responsabilidad objetiva* al introducir el TS al casar la sentencia de la Audiencia (que absolvía al demandado) la inversión de la carga de la prueba, presumiendo la culpa y obligando al demandado a desvirtuar dicha presunción.

diligencia», en virtud del cual, si se probaba el daño y la causalidad, era suficiente para demostrar que el demandado no actuó diligentemente y, por lo tanto, este debía resarcir dichos perjuicios. Con este argumento, totalmente desechado en la actualidad, se eliminaba toda posibilidad de culpabilidad del sistema común de responsabilidad español⁸⁷⁷.

En otros países de la Europa latina, particularmente en Francia, los tribunales desarrollaron un régimen de *responsabilidad* verdaderamente *objetiva* por medio de la *custodian liability* (responsabilidad del custodio). El alcance de esta responsabilidad ha llegado a ser, en la práctica, mayor que el de la responsabilidad basada en la culpa⁸⁷⁸; característica inexistente en otros sistemas de Derecho europeo⁸⁷⁹. Correlativamente, para los daños resultantes de aquellas actividades peligrosas no mencionadas en ningún texto legal, varios tribunales crearon –de forma *ex post*– un nuevo estándar⁸⁸⁰ para poder condenarlos, por ir en contra de la buena fe, estándar que facilitó a los jueces la posibilidad de imputar responsabilidad al dañador.

Dentro de este orden de ideas, es valioso recordar que la tendencia de ampliar el alcance de la *responsabilidad objetiva* comenzó en Austria, a principios de los años cincuenta⁸⁸¹. Austria fue uno de los pocos países que permitió la extensión de la responsabilidad por analogía, más allá de las *enumerated statutory provisions* (disposiciones legales enumeradas),

⁸⁷⁷ REGLERO CAMPOS, 2014a, pp. 70 a 72.

⁸⁷⁸ BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 613-614.

⁸⁷⁹ *Ibid.* 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 solo de los daños que causa por su propio acto, sino también por lo que es causado [...] por las cosas que están bajo su custodia». El guardián o custodio del objeto no puede eludir su responsabilidad al probar que el daño fue causado por fuerza mayor, es decir, esta se instaura, aunque el potencial herido no podría haber evitado el accidente. Por lo tanto, se cambió el fundamento de dicho artículo, en un mandato de responsabilidad objetiva para el guardián/custodio de las cosas. En igual sentido, *Cf.*, artículo 2051 ItCC o Codice Civile Italiano.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, pp. 619 a 623. 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 por incluir en tal concepto todavía están en debate.

⁸⁸¹ BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 614-617.

desarrollando una especie de responsabilidad objetiva para ciertas actividades comerciales peligrosas, limitando su alcance sobre todo a las operaciones comerciales, por conllevar un riesgo mayor que el nivel aceptable, basado en la frecuencia del peligro, y la gravedad del daño⁸⁸².

Mientras tanto, en países como Alemania, Suiza y Turquía, la extensión por analogía era vista como *preemption* (derecho preferente) del poder legislativo; por consiguiente, se la consideraba impropia. Notoriamente, los tribunales alemanes fueron más reacios que los austriacos a la hora de extender la *responsabilidad objetiva*. El ordenamiento jurídico alemán atribuía responsabilidad al comportamiento o conducta negligente del *tortfeasor* (autor del daño). Solamente de manera excepcional, el legislador alemán preveía la *gefährdungshaftung* o *responsabilidad objetiva* (para aquellas situaciones en las que encontró la necesidad de incursionar dentro del principio de negligencia) dentro de la esfera de los riesgos técnicoindustriales⁸⁸³. Desde esta perspectiva, las reglas pueden relajarse de varias maneras para permitir un alcance más amplio de *responsabilidad objetiva*. Por ello, los tribunales de los países referidos desarrollaron dentro de la responsabilidad por negligencia un nuevo concepto: *verkehrssicherungspflicht* (deber de mantener la seguridad); es decir, el *deber de cuidado*, para proteger al público de lesiones, el cual intensificó el *standard of care* (nivel de cuidado o precaución) en determinadas áreas, de tal manera que el causante del daño no podía aportar ninguna *exculpatory proof* (prueba de descargo)⁸⁸⁴.

⁸⁸² 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, consideró que otras fuentes de peligro, como el funcionamiento de un negocio de construcción o el funcionamiento de una excavadora, permanecen por debajo del umbral aceptado. *Vid., ibid.*, p. 616. BAZOZABAL ARRUE, Xavier, 2015: «Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general, primera edición», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, pp. 28 a 30.

⁸⁸³ BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 926-928.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, pp. 617 a 619. Los autores ponen como ejemplo a los arquitectos, quienes –en el contexto alemán, de conformidad con la BGB– 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 cuasiobjectiva, 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 (Yargıtay) 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 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

España no se quedó tan distante de este modelo. Inicialmente, su CC (Cf., art. 1902 y sus homólogos) contemplaba dos supuestos en los cuales operaría la *responsabilidad civil extracontractual objetiva* por los daños causados por alguien, a pesar que no haya intervenido en su conducta ningún tipo de culpa o negligencia: i) el poseedor frente a los daños causados por sus animales (Cf., art. 1905 CC) y ii) el propietario de árboles colocados en sitios de tránsito por su caída (Cf., art. 1908.3 CC)⁸⁸⁵. Al no quedarse conforme el legislador español con estas normas y las referentes a los accidentes laborales, ha venido promulgando e incorporando con el paso del tiempo dentro de su ordenamiento jurídico normas especiales que contemplan *responsabilidad civil objetiva*, ante todo para aquellos casos por daños que se hayan ocasionado en ciertas situaciones de especial riesgo (energía nuclear); hayan sido consecuencia de accidentes automovilísticos (tráfico de vehículos a motor); hayan sido causados por medios de transporte (navegación aérea) o por practicar actividades riesgosas (la caza), o por la Administración pública (terrorismo), entre otros. Eso sí, si el daño ocasionado ha resultado ser un caso de fuerza mayor o por culpa de la víctima, los agentes causantes del daño quedan exentos de responder.

En relación con todo lo expuesto, la institución de la *responsabilidad civil objetiva* ha requerido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos una respuesta diferente, procurando contar con otra percepción de la culpabilidad del agente. Dado que los riesgos técnicos, las empresas y los

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 transeptoras 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 esta 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, lo que provoca que la responsabilidad basada en la culpa grave hacia la responsabilidad objetiva de *Gefahrensatz* (responsabilidad por daños o responsabilidad civil extracontractual).

Ibid. Los autores 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 pueden 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).

⁸⁸⁵ LASARTE, 2014: 376. El autor recalca el valor relativo que estas normas tienen en comparación con las otras disposiciones legales 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 expresa 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.

seguros se convirtieron en los nuevos paradigmas del mundo industrial, un mecanismo social de distribución de riesgos y pérdidas vino a reemplazar la cultura de la *personal liability law-fault-based liability* (responsabilidad individual), profundamente arraigada antes de la revolución industrial, por otra de carácter impersonal: la *impersonal liability* (responsabilidad impersonal). Las bases de esta nueva distribución del riesgo y la canalización de la responsabilidad en las empresas se han amparado en la propagación de pérdidas a través de los esquemas de los seguros (el seguro social estatal y el seguro privado de responsabilidad civil) y la transferencia de sus costos a empleadores, empleados y clientes⁸⁸⁶. Así, la responsabilidad de la empresa ha llegado a ser *stricter* (más objetiva); ya no está fundada en la culpa.

3. La responsabilidad objetiva. Responsabilidad por riesgo o sin culpa en Europa y EE. UU. Conceptualización y elementos

3.1. ÁMBITO EUROPEO: ESPAÑA

El nuevo *sistema objetivo*, que responde al constante progreso de una sociedad cada vez más industrializada, mucho más propensa a generar *riesgos* o *peligros* que podrían provocar daños, y desde luego repercutir sobre las personas (las posibles víctimas), tiene como finalidad que cualquier víctima quede indemne frente a cualquier situación lesiva. Digamos que, ahora, la preocupación del sistema gira en oposición al sistema clásico de *responsabilidad subjetiva*, que fija su atención en la víctima, desatendiendo la conducta del agente causante del daño (la *culpabilidad*), la cual, en el sistema de *responsabilidad objetiva*, va a ser sustituida por otro criterio de imputación: el *riesgo*.

Originariamente, el concepto de la *responsabilidad objetiva* se consolidó a partir de dos principios: *ubi est emolumentum, ibi est onus esse debet* (donde está la ganancia o lucro debe haber una carga) y *cuius commoda, eidus incommoda* (quien obtiene ventajas debe padecer también los inconvenientes). Ambos principios, sustento de la teoría utilitaria, concibieron esta responsabilidad como el régimen legal, en virtud del cual quien emprendiere una actividad (generadora de riesgos a terceros) con el propósito de obtener un beneficio tiene la obligación de indemnizar/reparar los daños que de tal actividad se derivaren, sin importar su *culpa*. En efecto, la *responsabilidad objetiva* se basaba en la mera existencia y producción del *riesgo*. Sin embargo,

⁸⁸⁶ BRÜGGEMEIER, 2013: 924-925.

el postulado del *riesgo-beneficio* podía invocarse cuando la actividad fuera susceptible de reportar beneficios para su titular, generalmente una explotación profesional o empresarial. Única y exclusivamente quien se beneficiare de una actividad debía soportar los *riesgos* que esta le generare e indemnizar los daños que se causasen, por haber estado aprovechándose de los frutos que esta le genera⁸⁸⁷, razón por la que se le negó una validez general.

Asimismo, con la creación y la innovación que representó el seguro de responsabilidad civil y de los seguros patronales, la idea *riesgo-provecho* se fue desvaneciendo. Lo que hay que destacar aquí es la idea de justicia distributiva, ya que el seguro de responsabilidad civil, sobre todo, trajo consigo una evolución del sistema de responsabilidad objetiva, cuyo fundamento residía no solo 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 debía soportar el riesgo –por sí inculpable, proveniente de su actividad empresarial–, no era culpable por beneficiarse de esta, sino por encontrarse en la mejor situación para repercutirlo en el precio de los bienes y servicios. Esta idea es la que se extendió a todo aquel que, sin ser necesariamente empresario, realizara alguna actividad generadora de riesgos para terceros y se encontrara en disposición de asegurar su responsabilidad⁸⁸⁸.

Hace algún tiempo, Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz⁸⁸⁹ 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», esta deriva del hecho de que el demandado ha creado un *riesgo* o ha incrementado su probabilidad y, por eso, cuando el *riesgo* se concreta y produce el daño, el causante ha de responder obligatoriamente.

Acercándonos un poco más al elemento subjetivo *culpa*, echamos de ver que existe una posición doctrinal que considera que la *responsabilidad por riesgo* se ha equiparado al principio de *culpa* como base de la responsabilidad

⁸⁸⁷ REGLERO CAMPOS, 2014^a: 67. De este modo, 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 extra que deberá ser tomado en consideración a la hora de determinar su rentabilidad. En igual sentido, ACEDO PENCO, 2011: 349; BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 612-613.

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo & RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, 2002: «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia (Nota a las SSTs, 1a, 5.7.2001 y 17.10.2001)», *Revista para el análisis del Derecho* núm. 2, vol. 2, ISSN-e 1698-739X.

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 la *responsabilidad por riesgo*. No obstante, no hay unanimidad en que esta última sea una explicación satisfactoria de la *responsabilidad objetiva*, estimando que esta solo 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 parecería aceptable para todos los casos, como, por ejemplo, en materia de accidentes de circulación, debido al extendido uso de vehículos a motor. Por último, este criterio doctrinal acude a fundamentar la responsabilidad en la idea de buscar la seguridad del tráfico entendido en sentido amplio⁸⁹⁰.

De ahí que algunos seguidores de la *responsabilidad objetiva* sostengan que la noción de este tipo de responsabilidad parte del «carácter negativo»⁸⁹¹ del axioma «no hay responsabilidad sin culpa». En tanto, para otros como Reglero Campos⁸⁹², 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 tipos de responsabilidad caracterizados por un denominador común: la no exigencia de la *culpa*. Cada uno de estos contiene en su criterio:

«[...] 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».

En igual sentido, González Poveda⁸⁹³ aduce que no es totalmente identificable la *responsabilidad objetiva* con la idea de la «responsabilidad sin culpa». En su criterio, «no es necesario que dicha responsabilidad se base en la culpa del responsable»; es decir, la *culpa* no constituye el fundamento de esta responsabilidad, sino que más bien se instaure en contraposición a dicho axioma, debiendo recaer las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aunque lícitas y permitidas, sobre quien ha creado a través de ellas «riesgos» o «peligros» para terceros. En definitiva, un daño es imputable al

⁸⁹⁰ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, 2008b: «La responsabilidad por riesgo», en Sierra Gil, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.ªed., editorial Bosch, Barcelona, pp. 701 a 704.

⁸⁹¹ BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 613-614.

⁸⁹² REGLERO CAMPOS, 2014a: 77-78.

⁸⁹³ GONZÁLEZ POVEDA, 2008b: 699-700.

obligado y será quien deba resarcirlo, en virtud del principio del *control del riesgo* y de las características de los *riesgos específicos inherentes*.

Ante la concepción doctrinal de que la *responsabilidad por riesgo* no debe ser caracterizada solamente por la nota negativa de ser una «responsabilidad sin culpa», el profesor propone que, conjuntamente con la doctrina moderna, se reconozca que la *responsabilidad objetiva* 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 ⁸⁹⁴.

Para esquematizar lo afirmado, ha identificado los factores o elementos que caracterizan a la *responsabilidad objetiva*, tanto desde el punto positivo como negativo ⁸⁹⁵, siendo estos los siguientes: *riesgos* o *peligros*.

1) La *mera causación* (la *relación causal material*) no es la base de la imputación derivada de la «responsabilidad por riesgo». 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 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 de que aparezca un hecho pretérito en el momento de establecer el *nexo causal*. Este viene determinado por el titular de la esfera de riesgo en que el daño tenga su origen.

En sentido opuesto, 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» ⁸⁹⁶.

2) Un cierto *riesgo de peligro*, el cual debe ser el específico derivado de la empresa o de circunstancias objetivas. Deben excluirse los *peligros generales inherentes* a toda actividad humana. Debe tratarse, como los define Acedo Penco ⁸⁹⁷, de «riesgos especiales, más allá del riesgo de la vida general», como, por ejemplo: la navegación aérea o la generación de energía nuclear, etc.

3) 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 cumplir, las cuales traen consigo fines públicos y privados

⁸⁹⁴ *Ibid.*, pp. 699 a 701.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ LASARTE, 2014: 372.

⁸⁹⁷ ACEDO PENCO, 2011: 350. Deja en claro el autor 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.

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 suma, únicamente se considera como *actividades generadoras de riesgos*, aquellas que por mandato expreso de la ley (normas especiales) se establezcan. Será la ley la que demarque sus requisitos, contenido y alcance, para que este régimen les sea aplicable.

4) La *coacción*, que, por cada individuo, las circunstancias sociales determinan para tolerar el *peligro* y la inexistencia de que el eventual perjudicado posea estructura o medios propios de defensa (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.

5) El daño sobreviene en relación interna con la *f fuente de riesgo*; es decir, debe tener lugar, precisamente, como realización del *riesgo* por el que responde el obligado.

6) La ley fija la delimitación cuantitativa de las indemnizaciones que surgen de este tipo de responsabilidad, considerando sumas máximas.

Todos estos elementos han coadyuvado para que la doctrina y las legislaciones modernas instauren el nuevo principio de la *responsabilidad sin culpa* frente al tradicional principio de la *culpa*, ajustándolo a las exigencias contemporáneas, así como para que el maestro en referencia establezca un neto dualismo. En su opinión, el principio de la *responsabilidad por culpa* no debe ser defendido a ultranza ni debe considerarse que le brinda más sentido a la responsabilidad individual, porque la *responsabilidad por riesgo* extiende y no comprime el área tradicional de la responsabilidad, lo que genera mayores probabilidades de resarcir un daño, lo cual eleva aún más el sentido de la responsabilidad.

En una primera impresión, la diferencia entre *responsabilidad por culpa* y *responsabilidad objetiva* parece estar muy clara. Sin embargo, al conectar ambos elementos, *culpa* y *riesgo*, para instituir un concepto a partir del cual se pueda imputar responsabilidad, aparecen ciertas dudas y conflictos. Para esclarecer esta situación, recurrimos a cuatro supuestos que Gómez Pomar⁸⁹⁸ ha propuesto:

1) Los accidentes de circulación. La conducción de automóviles se rige por una regla de *responsabilidad objetiva*. Si sufro un infarto y me 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 me 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.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 13.

2) La responsabilidad de los administradores, por no promover la disolución de la sociedad en clave de responsabilidad civil, es por *culpa* y no un caso de *responsabilidad objetiva* (Cf., vid. STS, 1.^a, 28.4.2006 [RJ 2006\4087]).

3) Un alumno piloto fallecido al estrellarse el ultraligero que pilotaba. La actividad de formación de pilotos implica *responsabilidad objetiva* y seguro obligatorio (Cf., vid. STS, 1.^a, 15.4.2009 [RJ 2009\1764]).

4) La caída a la vía del tren. Es el renacer de la *negligencia*; es decir, un caso de *responsabilidad por culpa*. Se rechaza la *responsabilidad por riesgo* de RENFE (Cf., vid. STS, 1.^a, 25.3.2009 [RJ 2009\1663])⁸⁹⁹.

Gómez-Pomar⁹⁰⁰ continúa exponiendo y reluciendo la diferencia entre *responsabilidad objetiva* y *por culpa*, y demuestra que esta última se ha visto reducida principalmente por dos actuaciones del TS:

1) *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, ya que la presunción de culpa requiere de una prueba de algún hecho antecedente que permita apoyar esa inversión (Cf., vid. STS, 1.^a, 25.7.2002). Entre algunos ejemplos, tenemos los siguientes:

a) 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 (Cf., vid. STS, 1.^a, 18.3.2002 [RJ 2002\2413]).

b) Un accidente en una autovía sin alumbrado por el choque con un animal: recae sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la que causó el daño (Cf., vid. STS, 1.^a, 12.4.2002 [RJ 2002\2607]).

c) 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 (Cf., vid. STS, 1.^a, 25.7.2002 [RJ 2002\7864]).

d) El desalojo de locales y viviendas como consecuencia del incendio de un local en un edificio adyacente. El TS establece la inversión de la

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 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.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 13 a 14.

carga de la prueba en la regla de responsabilidad por culpa, desde luego en el ámbito de control del poseedor de la cosa (Cf., *vid.* STS, 1.^a, 3.2.2005 [JUR 2005\61644]).

2) La *responsabilidad por riesgo*. González Poveda⁹⁰¹ ofrece una mayor depuración de la idea de la *responsabilidad por riesgo*, distinguiéndola de la llamada *responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas y permitidas*, entendiendo que aquella surge por un resultado dañoso derivado de *riesgos no controlables* completamente (como, por ejemplo, la tenencia de animales, la explotación de ferrocarriles, la tenencia de vehículos de motor, el tráfico aéreo, las instalaciones productoras de energía nuclear, entre otros), cuya dificultad de dominación conllevó a que se prohiba su explotación o uso de no darse para su admisión un interés general predominante, pero como la explotación o su uso beneficia de antemano al empresario o al usuario, es justo que quienes los tienen –y no la comunidad– sean quienes soporten los riesgos específicos no controlables. *Riesgos no dominables* que imponen la obligación de resarcir los daños, no meramente por los riesgos descritos, sino también por 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 el catedrático 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.

La razón o el fundamento de la obligación compensatoria no radica en estos supuestos en la antijuridicidad del acto, ya que estos 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 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 lícitas⁹⁰² (hoy regulado por la LPC y la LRJSP).

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. En la materia relativa a las relaciones de vecindad entre predios contiguos, autores como Josserand y Ripert⁹⁰³ han acudido a la

⁹⁰¹ GONZÁLEZ POVEDA, 2008b: 701-703.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ Cf. JOSSERAND & RIPERT, citado por GONZÁLEZ POVEDA, 2008b: 701-703.

teoría del riesgo para fundamentar la responsabilidad surgida de las perturbaciones motivadas por el propietario colindante. El primero de ellos estima que la responsabilidad nacida de las perturbaciones entre inmuebles contiguos es extraña a la idea de culpa y solamente 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 sencillamente 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 producción de un riesgo.

En cuanto al contrato de compraventa de mercancías, con vista a justificar la responsabilidad del fabricante frente a terceros, Diedereichsen⁹⁰⁴ llegó a una conclusión negativa, sobre todo por carecer el supuesto contractual de una presunción general de riesgo en la manera en que esta 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.

Esta finalidad está presente en la mayoría de las legislaciones y, para alcanzarla, han acudido e incorporado dentro de sus ordenamientos 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 plantea 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 comprendiera todo riesgo; en consecuencia, ya no estarían dentro del Derecho privado. Por el contrario, hay quienes estiman que la incorporación de un seguro total se contrapone 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»⁹⁰⁵.

González⁹⁰⁶ asevera que el fundamento de la *responsabilidad por riesgo* se asienta en la justicia distributiva: «La coacción social que impone la asunción

⁹⁰⁴ DIEDEREICHSEN, citado por GONZÁLEZ POVEDA, 2008b: 701-703.

⁹⁰⁵ Cf. *ibid.* p. 704.

⁹⁰⁶ En igual sentido, REGLERO CAMPOS, 2014^a: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 solo en

de peligros por los perjudicados es desplazada sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida ha creado los riesgos».

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 social⁹⁰⁷.

A pesar de la gran acogida que respecto del seguro ha primado en la mayoría de las legislaciones, no quiere ello decir que el Derecho civil deba desaparecer o deba «ser borrado ante los seguros», en palabras de González Poveda⁹⁰⁸. Aunque lo que sí es cierto es que el armazón civil debe ser

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 de este. 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.

⁹⁰⁷ *Ibid.* «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 oscurece en modo alguno la responsabilidad individual ni la idea de culpa; piénsese solamente en el derecho de regreso de las compañías aseguradoras contra el responsable directo, derecho que, venciendo una resistencia bastante justificada, se le va reconociendo actualmente de manera general; en el aspecto penal, el seguro de responsabilidad civil nada influye. El grado de culpa del responsable sigue siendo de gran interés para medir su responsabilidad no solo penal, sino también civil, ya frente a la aseguradora y afrente a perjudicado. En otros aspectos, tampoco puede decirse que en la situación actual las normas sobre responsabilidad, 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, una parte 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)».

⁹⁰⁸ *Ibid.* 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 responsabilidad general, sería presumir responsable del daño a toda persona que a través de sus actos o de sus cosas atente a la integridad física de otras persona. Solo la culpa de la víctima excluiría o disminuiría la responsabilidad y también la fuerza mayor en sentido clásico. En cuanto a esta última, la tendencia de las legislaciones es admitir la responsabilidad incluso por fuerza mayor en supuesto de accidente en la navegación

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». Somos conscientes de 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 responsabilidad ante los seguros sociales y voluntarios, sin que deba dejar de existir.

Siguiendo esta línea de discusión, los juristas Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz⁹⁰⁹ exponen dos casos jurisprudenciales para ejemplificar las razones por las cuales manifiestan su rechazo a la tesis relacionada con la *responsabilidad sin culpa*, por constituirse en oposición a la *responsabilidad por culpa*, insistiendo en que la primera se deriva de la simple causación material de los daños, mientras que la segunda exige, además, la negligencia del causante; es decir, la falta de precauciones razonables o su ausencia total. Tales casos, de forma resumida, versan sobre las siguientes sentencias:

- 1) La STS, 1.^a, 5.7.2001⁹¹⁰, en la cual una niña de ocho años fue atrapada por la puerta basculante de un garaje, fue asfixiada y murió pocos días después. Su

aérea o de explotación de energía nuclear». Respecto a la pugna establecida entre el principio tradicional de la responsabilidad subjetiva y el moderno de la responsabilidad por riesgo, el autor considera que se podría decir que «[...] conserva el primero su preeminencia en todas las legislaciones, siendo en ellas la responsabilidad 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 existencia de un principio general de riesgo o de exposición al peligro que puede situarse al lado del tradicional principio de la responsabilidad por culpa».

⁹⁰⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo & RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, 2002: «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia (Nota a las SSTs, 1a, 5.7.2001 y 17.10.2001)», *Revista para el análisis del Derecho* núm. 2, vol. 2, ISSN-e 1698-739X, pp. 2 a 4.

⁹¹⁰ *Ibid.* Estudio de la STS, 1.^a, 5.7.2001 (Ar. 4991; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). 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, 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. 6.º). 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, y no se 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. No se 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 solo los empresarios–: el *homo economicus* no es necesariamente un

padre demandó a la comunidad de propietarios del edificio, reclamando una indemnización. Este alegaba que los demandados «crearon una situación de riesgo objetivo». El ponente relacionó 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. La demanda fue desestimada en las dos instancias y, a su vez, el STS desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante.

2) El segundo caso tiene que ver con la STS 17.10.2001⁹¹¹, en la que un joven de veintinueve años haciendo *rafting* en el río Gállego cayó de la balsa neumática en el Paso del embudo (un desfiladero de especial dificultad), se golpeó la cabeza y murió. En esta ocasión, el padre y heredero del fallecido también demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. En el pleito civil, las dos sentencias de instancias fueron desestimatorias y el TS desestimó el recurso de casación del actor. En este caso, se planteó la cuestión de si la asunción de un riesgo implica por sí sola responsabilidad civil cuando el riesgo se concreta en un daño. Se confirió razón al ponente de esta sentencia, quien manifestó 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 4.º)».

comerciante. Lo anterior es 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.

⁹¹¹ *Ibid.* La STS, 1.ª, 17.10.2001 (Ar. 8639; MP: Jesús Corbal Fernández). Para argumentar el fallo, se ha recurrido 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». Por el hecho, se siguieron diligencias penales, posteriormente archivadas.

Lo que ha ocurrido en varios países como Alemania, Francia e Italia es que dentro de su ordenamiento jurídico han integrado 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. Determinan, simplemente, que quien ocasiona un daño debe repararlo, así, *objetivamente*.

Carlos Lasarte⁹¹² es uno de los dogmáticos que ha defendido cabalmente esta modalidad de responsabilidad. En palabras suyas:

«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 [...]».

Sin desacreditar lo mencionado, también ocurre en Europa que muchos marcos legislativos nacionales (codificaciones europeas) han limitado el alcance de la *responsabilidad objetiva* a las fuentes específicas de *peligro* enumeradas por la ley o por instrumentos legislativos específicos que establecen actividades u objetos extremadamente definidos o *anormalmente peligrosos*. Básicamente, esto obedece a razones históricas en gran medida.

A la luz de los desarrollos industriales de comienzos del siglo xx, la responsabilidad por los daños causados por actividades u objetos que presentaban un *riesgo residual* significativo –es decir, aquel que no se elimina ni siquiera cuando se toma un cuidado razonable– fue considerada tradicionalmente como una excepción a la *generally fault-centered Tort Law* (responsabilidad civil generalmente centrada en la culpa). El sistema tolera una serie de actividades u objetos que presentan algún *riesgo residual*⁹¹³, en la medida en que se consideren necesarios para el bien de la sociedad. Ahora bien, cuando los accidentes ocurren y hallan su causa en este *riesgo*, la responsabilidad basada en la 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 busca erradicar los *riesgos residuales* incrementales. En algún momento, los costos de

⁹¹² LASARTE, 2014: 376.

⁹¹³ 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. Por ello, los accidentes resultantes del *riesgo residual* fueron concebidos incluso como «inevitables», en el sentido de que el agente humano no puede evitarlos.

atención adicional compensarían el probable valor del *riesgo evitado*. Por esta razón, 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. Por consiguiente, la filosofía de la imposición de la *responsabilidad objetiva* es utilitaria.

Esta receta (fuentes específicas de *peligro*) ha conllevado, por una parte, a un tratamiento dispar de *peligros* aparentemente similares, ya que legislativamente se cubren algunas situaciones *inherentemente peligrosas*, pero no otras. A decir verdad, los tribunales han llegado incluso a sentirse –a veces– incómodos al ampliar el ámbito de aplicación de las instancias legales, ya que ello conduce a soluciones contradictorias. Por otra parte, ha contribuido a reflexionar sobre la adopción de una *cláusula general*⁹¹⁴ dentro del 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. Un planteamiento que doctos académicos (en el actual debate académico europeo sobre la elaboración de normas satisfactorias⁹¹⁵) han sugerido como una reacción al llamado doctrinal por la coherencia y porque ven necesario ampliar el alcance de las cláusulas de la *responsabilidad objetiva*. Para conseguirlo, han ofrecido soluciones estatutarias y propuestas dirigidas a lograr un equilibrio entre los dos extremos opuestos: a) restricción de la aplicación de las fuentes legales de *responsabilidad objetiva* o b) utilizar una *cláusula general de responsabilidad objetiva*, con el único propósito de que la *judicial policymaking* (formulación de políticas judiciales) moldee la *responsabilidad objetiva* sin restricciones.

3.2. EL ÁMBITO DE LOS EE. UU.

Dentro del ámbito doctrinario estadounidense, Buyuksagis y van Boom⁹¹⁶ son quienes han tomado la posta en este planteamiento. Motivados en alcanzar el equilibrio esbozado, han recurrido a tres requisitos fundamentales: la *seguridad jurídica*, la *previsibilidad* (por ende, el aseguramiento) y la *igualdad*

⁹¹⁴ Vid. LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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 [...]».

⁹¹⁵ La cuestión de fondo es saber si la intervención judicial que se ha relajado en la interpretación de las leyes específicas (como han sucedido con varios tribunales europeos) resuelve el problema, de tal manera que haga innecesaria una posible aplicación legislativa de una *cláusula general de responsabilidad objetiva*. Vid. BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 609-611.

⁹¹⁶ Vid. BUYUKSAGIS & VAN BOOM, 2013: 609-611.

de trato de las mismas fuentes de peligro. Paralelamente, también se han referido al ámbito de aplicación de las normas, cuestionándose si deberían limitarse las normas a la realización de *abnormally dangerous activities* (actividades anormalmente peligrosas) o al control de *abnormally dangerous objects* (objetos anormalmente peligrosos).

Si prestamos atención con detenimiento, el primer requisito (la *seguridad jurídica*) guarda relación directa con el interrogante formulado. Visto de esta forma, debemos comprender, ante todo, que el concepto de *actividad* prácticamente puede abarcar cualquier empresa humana o profesional, pero, tal como lo han argumentado los doctrinarios nombrados, la adopción de una *actividad peligrosa* como criterio para una *cláusula general* haría impredecible su alcance. Lo que ellos defienden es la adopción como criterio central para la *responsabilidad objetiva estatutaria*, de un *objeto* más que una *actividad*, por las dificultades de evaluar y comparar la *peligrosidad* de las actividades, promoviendo así una política de *responsabilidad objetiva* coherente, viable y sólida⁹¹⁷.

En lo que concierne al segundo requisito (la *previsibilidad*), este también está íntimamente conectado con el objeto central de la imposición de la *responsabilidad objetiva*, el cual, como bien exponen los doctrinarios, pretende incentivar al causante la evitación de los accidentes que pudieran derivarse de la práctica de actividades anormalmente peligrosas o el uso de *objetos peligrosos*, más que lo que otros doctrinarios insisten, en el sentido de que esta *responsabilidad* 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 cualquier enfoque varían de una cultura jurídica a otra.

Lo mismo ocurre con el tercer requisito (*igualdad de trato de las mismas fuentes de peligro*) y, en el caso europeo en particular, no se podría afirmar, por ejemplo, que no existe un «núcleo común» europeo de principios jurídicos de *responsabilidad objetiva*; incluso, en la mayoría de los ordenamientos jurídico-europeos, las disposiciones legales dan derecho a las víctimas a una compensación porque han sufrido un daño debido a la exposición a un *riesgo específico*. En efecto, en la mayoría de estos países se ha adoptado el sistema de *responsabilidad objetiva*, por ejemplo, para las centrales nucleares, la contaminación del ambiente, los operadores de ferrocarriles, los propietarios o guardianes. Estos regímenes específicos han sido tradicionalmente interpretados de manera estrecha y, en las últimas

⁹¹⁷ *Ibid.*, pp. 613 a 614.

décadas, la tendencia ha sido apartarse del concepto tradicional para extender la *responsabilidad* más allá de su ámbito original. Muchos tribunales han relajado su interpretación legal como respuesta a la tensión presente entre las restricciones legales y la necesidad percibida de extender esta *responsabilidad a fuentes similares de peligro*⁹¹⁸.

En *confrontis* con el sistema estadounidense de Derecho de daños, más comúnmente conocido como *Tort Law*, existe un tipo de responsabilidad que está vinculada a ciertas doctrinas o conceptos intrigantes como el *special risk* (riesgo especial) y el *special risk inherent in the work* (riesgo especial inherente a la obra), entre otros. Sin embargo, alrededor de estas nociones gira y destaca sobremanera la *peculiar-risk doctrine*⁹¹⁹ (doctrina del riesgo peculiar), que ha sentado una base sobre la cual instaurar una *responsabilidad diferente* porque difiere de otras acciones, estándares, entre ellos: *intention* (intención), *recklessness* (imprudencia), *negligence* (negligencia), *nuisance* (molestias) o *abnormally dangerous activities* (actividades anormalmente peligrosas), que en el marco del *Tort Law* también desencadenan responsabilidad.

La *peculiar-risk doctrine* es una pieza fundamental dentro del Derecho estadounidense, que aparece en varios casos estatales y federales. Para tener claro cuál es su verdadero alcance, nos remitimos al *Restatement (Second) of Torts*⁹²⁰ (que básicamente importó esta doctrina del *Restatement (First) of Torts*⁹²¹), el cual establece que un *peculiar risk* lo constituyen los riesgos especiales o peculiares/proprios del trabajo que debe ser realizado y que surgen de la naturaleza o fuera del lugar donde dicho trabajo debe ser ejecutado, contra los cuales un hombre razonable reconocería la necesidad de tomar precauciones especiales⁹²² (*Cf.*, § 413).

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, por ejemplo, sino que constituye un «peligro especial» para los vecinos o terceros, que aparece de la situación particular

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Cf.* PRYOR, Ellen S., 2011: «Peculiar Risk in American Tort Law», *Pepperdine Law Review: Symposium: Does the World Still Need United States Tort Law? Or Did it Ever?*, núm. 2, vol. 38, pp. 393 a 395.

⁹²⁰ Un tratado emitido por el American Law Institute. En él se resumen los principios generales del Derecho consuetudinario del Derecho de daños o Tort Law de EE. UU.

⁹²¹ Los artículos 413, 416 y 427 del *Restatement (Second) of Torts*, que articulan la doctrina del *peculiar risk*, son prácticamente importados de los artículos 413, 416, y 427 del *Restatement First of Torts*.

⁹²² Traducción personal de la descripción de *peculiar risk* que brinda el “*statement (Second) of Torts* en el comentario b), insertado en el § 413. Justamente, el § 413 es la primera norma que alude al *peculiar risk* e instaura su definición, a pesar de no referirse a la *responsabilidad vicaria*, que posteriormente lo hacen sus preceptos hermanos (§ 416 y 427).

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 solo a un «peligro especial»⁹²³ y reconocible que surge de la obra misma. Entre la amplia gama de actividades involucradas en litigios por *peculiar risk* se destacan los trabajos de construcción, transporte, recreación o uso de productos.

Esta doctrina, guarda una estrecha semejanza con lo que, en el continente europeo, los PETL regulan bajo el concepto de *responsabilidad vicaria* (Cf., art. 4:202⁹²⁴).

En función de lo planteado, lo que la doctrina del *peculiar-risk* alega es que, si el trabajo implica un *peculiar-risk* y el *independent contractor* (contratista independiente) es *negligente*, el contratante quedará bajo el techo de la *responsabilidad vicaria* por los daños causados por dicho contratista. En resumen, uno de los casos de *responsabilidad vicaria* lo es también el *peculiar risk*. No obstante, el principio rector que rige en esta área del *Tort Law* es que la persona que trabaje con un contratista independiente no está sujeta a responsabilidad alguna por los daños causados por la *negligencia* de este último⁹²⁵, salvo que concurra alguna de las siguientes excepciones⁹²⁶:

- 1) Cuando el contratante ha sido el *negligente* (contratación negligente).
- 2) Si surgen casos de *responsabilidad vicaria*, tales como: *nuisance*, daños por la ejecución de *abnormally dangerous activities*, daños por el mantenimiento de carreteras u otros lugares públicos, el incumplimiento de precauciones requeridas por estatutos o reglamentos, entre otros.

Cabe subrayar que el concepto de «riesgo peculiar», tanto en el *Restatement (Second) of Torts* como en la amplia jurisprudencia, sigue siendo distinto de los conceptos de *negligence* y de *abnormally dangerous activity*,

⁹²³ PRYOR, 2011: 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, lo que impide *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.

⁹²⁴ Cf., artículo 4:202. «Responsabilidad de la empresa: (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».

⁹²⁵ 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» (El empleador de un contratista independiente no es responsable de los daños físicos causados a otro por un acto u omisión del contratista o sus sirvientes).

⁹²⁶ PRYOR, 2011: 394-395.

aunque este último puede servir de fundamento para entablar *responsabilidad objetiva* sobre quien desarrolle una actividad de este tipo, *peligrosa*⁹²⁷. De hecho, en el escenario del *independent contractor*, el *Restatement* expresamente ha reconocido este supuesto, contemplando que quien contrate a un *contratista independiente* para llevar a cabo una *actividad anormalmente peligrosa* quedará sujeto a *responsabilidad vicaria* en la misma medida en la que el contratista será responsable (objetivamente) cuando ocasione un daño, interviniendo negligencia⁹²⁸.

Lo curioso es que los artículos 416 y 427 del *Restatement* pretenden diferenciar el *peculiar risk* del *inherent danger* (*daño inherente*)⁹²⁹. En lo esencial, el § 416 alude a la *responsabilidad vicaria* por los daños causados por *negligencia* del contratista independiente, en virtud de la cual el contratante es responsable por haber empleado a un contratista independiente para hacer un trabajo que el contratante debió haber previsto que durante su ejecución podría crear un riesgo particular y, al mismo tiempo, devenir en un daño físico para terceros, a menos que se tomen precauciones especiales⁹³⁰.

⁹²⁷ *Ibid.*, pp. 396 a 398. 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 aun cuando se haya ejercido un cuidado razonable, mientras que sucede lo contrario con el «riesgo peculiar», el cual es un «especial peligro», 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 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, solo 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.

⁹²⁸ *Vid. Restatement (Second) of Torts* § 427, a) «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» (Quien emplea a un contratista independiente para realizar un trabajo que implica un peligro especial para otros que el empleador sabe o tiene motivos para saber que es inherente o normal al trabajo, o que contempla o tiene motivos para contemplar al hacer el contrato, es sujeto a responsabilidad por daños físicos causados a otras personas por el hecho de que el contratista no haya tomado las precauciones razonables contra dicho peligro). La traducción pertenece a la autora de esta obra.

⁹²⁹ El *First Restatement* incluyó esta doctrina en el artículo 427 e incorporó una disposición distinta (art. 416) referente al *peculiar risk*, que sirvió como vía para explicar el requerimiento de que el daño realizado por el contratista independiente debe estar conectado con el trabajo.

⁹³⁰ *Vid. 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» (Quien emplea a un contratista para realizar un trabajo que el empleador debe reconocer como necesariamente probable que cree durante su progreso un riesgo peculiar de daño físico a otros, a menos que se tomen precauciones especiales, está sujeto a responsabilidad por el daño físico causado a ellos por la falla de que el contratista ejerza un

Indiscutiblemente, la aplicabilidad de esta *doctrina del riesgo* con respecto a un hecho particular requiere esclarecer la presencia de dos elementos:

- 1) Si es probable que el trabajo vaya a crear un riesgo particular de sufrir daños si no se toman precauciones especiales.
- 2) Si el empleador debió haber identificado que el trabajo era susceptible de crear tal riesgo.

Por lo que se refiere al § 427, este también menciona la *responsabilidad vicaria*, estableciendo que será instaurada por negligencia de un contratista independiente en los casos en los que el empleador/contratante haya empleado al contratista para realizar cualquier trabajo que implique un «peligro especial» para otros, conociendo que ese *peligro* es «inherente» o «normal» a la obra o tiene razones para saberlo. El fundamento para imputar responsabilidad al empleador/contratante deviene en ocasión de los daños físicos causados a otros, por la falta de toma de precauciones razonables del contratista contra tal *peligro*.

La única diferencia entre ambas normas –si es que la hay– radica en que el § 416 es comúnmente más aplicado cuando el tipo de precaución es específica⁹³¹, mientras que el § 427 se aplica cuando los *peligros* del trabajo requieren una serie de precauciones. De cualquier forma, conceptualmente, el *Restatement* considera estas normas como un reflejo de la misma noción, las cuales se han aplicado más o menos de forma intercambiable, a casos del mismo tipo. Dicho de otro modo, ambas disposiciones legales tienen el mismo significado sustantivo, traducido en diferentes formas de declaración de la misma regla general.

Durante varios años, la doctrina del *peculiar risk*, tanto en Inglaterra como en EE. UU., fue semejante (1935). Concretamente, a partir del año 1965, con la introducción del *Restatement (Second) of Torts*, se marcó una diferencia notable. La doctrina del *peculiar risk* ganó una posición doctrinaria dominante en EE. UU., persistiendo sin mucha controversia⁹³², a diferencia de lo que

cuidado razonable para tomar tales precauciones, aunque el empleador haya previsto tales precauciones en el contrato o de otro modo). La traducción pertenece a la autora de esta obra.

⁹³¹ Vid. *Restatement (Second) of Torts* § 416, a).

⁹³² Para profundizar en el tema y estudiar las razones por las cuales esta doctrina no predominó en Inglaterra y sí en los Estados Unidos, así como por qué aún persiste dicha distinción, a pesar de la reforma de la *American Tort*, vid. PRYOR, 2011: 393-394 y 398-408, quien al respecto plantea que en Estados Unidos la doctrina ha escapado en gran medida a las críticas que detuvieron su aplicación, que fue más mansa debido a dos factores que los destaca como claves: 1) En los últimos años, los tribunales estadounidenses 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

sucedió en Inglaterra y otros países, que la rechazaron o limitaron severamente por su falta de definición, la indeterminación decisional, además de las justificaciones históricas y normativas, debido a la evolución que se logró al 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 la doctrina del *peculiar risk*, esta fue adoptada como una excepción a la regla general («los contratantes no son responsables por el trabajo realizado por el contratista independiente») para aplicarla cuando un trabajo es *peligroso* en sí mismo, sin importar si fue hecho cuidadosamente o —como varios casos jurisprudenciales lo evidencian— si el propio cuidado no fue tomado (como por ejemplo, en los casos de *blasting* o voladura, la demolición con explosivos), lo cual aún sigue persistiendo como un concepto distinto⁹³³.

Sin embargo, en Inglaterra, a partir del caso *Honeywill & Stein Ltd. v. Larkin Bros*, se aplicó la doctrina de la *inherently dangerous activity* para atribuir responsabilidad a las empresas por la negligencia de un contratista independiente, aplicando la excepción para las *extra-hazardous or dangerous operations* (operaciones extrapeligrosas o peligrosas). Si bien el caso atrajo severas críticas, la aplicación y alcance de la doctrina aparecieron como una forma de explicar el requisito crucial de que el daño estuviera conectado al trabajo. Así, mientras la decisión de *Honeywill* anunció un concepto controvertido —tal vez innecesario— para imponer responsabilidad a quien

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, 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 (Cf., *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, mas 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.

⁹³³ PRYOR, 2011: 411.

contrate un contratista independiente, el *First Restatement* (que apareció en EE. UU. a la par de la decisión sobre este caso) enunció una doctrina similar atada al concepto del *peculiar risk*, que incluía la noción del *inherent risk* desde un contexto diferente, lo que le permitió adquirir más solidez⁹³⁴.

⁹³⁴ *Ibid.*, pp. 412 a 417. Para resolver la duda de si la doctrina estadounidense del *peculiar risk* ofrece alguna lección para la *Tort Law* fuera de EE. UU., Pryor arguye que esta doctrina en 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, la historia del *peculiar risk* en la *American Tort Law* –recalca la autora– 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 solo 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 esta 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 de identificar, si existe la habilidad de monitorear esas precauciones al empleado/agente y si se da 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: ¿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, los actores bien asegurados también pueden ser insolventes por grandes daños. Si bien los actores no saben *ex ante* la lesión o juicio que se derivará de sus acciones, 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, se plantea si 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).

Como puede verse, la responsabilidad culposa o subjetiva no es la única ni la que impera en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales. Como se ha venido explicando, en el ordenamiento jurídico español, el sistema clásico de responsabilidad civil extracontractual fundamentado en la culpa (subjetiva) ya no resulta ser la regla general, sino más bien la excepción, transponiéndose a aquella la responsabilidad civil de carácter objetivo, la cual ha ido cobrando cada vez mayor fuerza y ha sido recogida con bastante frecuencia en la contemporaneidad en los considerandos de las sentencias emitidas por los altos tribunales de justicia.

No obstante, ciertos dogmáticos⁹³⁵ han venido sosteniendo que la responsabilidad subjetiva se cohesiona con supuestos de *responsabilidad objetiva*. He aquí que en los últimos tiempos haya surgido una tendencia doctrinaria construida sobre la base de la mayoría de los asuntos que resuelve el TS, aplicando la conocida *doctrina objetivadora de la culpa*. El TS se ha limitado al momento de establecer la culpabilidad del demandado, sin argumentar cómo se tenía que haber comportado determinado sujeto para no haber incurrido en responsabilidad. El efecto colateral de esta posición va

El efecto crucial de esto no radica solo 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 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.

⁹³⁵ Así lo reconocen varios autores: ACEDO PENCO, 2011: 350; LASARTE, 2014: 372.

ligado con los futuros demandados (del mismo sector de actividad), quienes se ven impedidos de adoptar las medidas necesarias para evitar el posible daño como futuras condenas, así como con el sistema de responsabilidad por culpa, para que se logre instaurar una corriente preventiva de daños. Justifican su postura debido a que, desde el año 2005, esta tendencia advirtió 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*⁹³⁶ únicamente en los supuestos en los que la actividad del demandado hubiese generado un riesgo superior a los estándares normales.

En cambio, para otros doctrinarios⁹³⁷, no son dos los sistemas que coexisten dentro del ordenamiento jurídico español y que conforman las reglas de imputación de la *responsabilidad civil extracontractual*, 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, quien debe demostrar que su actuación no incurrió en culpa o negligencia (inversión de la carga de la prueba). En virtud de este sistema, 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.

Corolario a lo expuesto, la evolución de la doctrina del *peculiar risk*, su viabilidad y la propia institución de la *responsabilidad civil objetiva* encontraron aforo también desde la óptica de los seguros. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, entre ellos el español, la institución de la *responsabilidad civil objetiva* va acompañada de esta figura jurídica que el legislador ha creado 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*⁹³⁸.

Lo que se busca con la contratación de los *seguros*⁹³⁹ es asegurar que todas aquellas personas que se encuentren en situación de crear riesgo o que

⁹³⁶ REGLERO CAMPOS, 2014a: 72. El autor ha tomado como base la manifestación hecha por el presidente del TS para exponer los argumentos de esta tendencia.

⁹³⁷ Cf. ACEDO PENCO, 2011: 250. Vid. REGLERO CAMPOS, 2014a: 78.

⁹³⁸ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (*versión actualizada por José Manuel Busto Lago*), 2014b: «El Seguro de Responsabilidad Civil», en REGLERO CAMPOS, Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 215 y 249.

⁹³⁹ 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 solo pueden ser comprados 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.

utilicen medios peligrosos colaboren para sufragar los daños que se produzcan en el sector⁹⁴⁰. Los casos que más se han puesto de manifiesto dentro de este mercado son aquellos por daños causados por contratistas independientes, los cuales son manejados a través de *pólizas de seguro estándar y especializadas*. Propiamente, estas pólizas advierten dos categorías de cobertura:

- 1) La compensación de los trabajadores; es decir, el seguro que cubre los beneficios requeridos por la Ley estatal de compensación de los trabajadores.
- 2) Un seguro de responsabilidad del empleador, que cubre su obligación legal de pagar los daños sufridos por un trabajador a causa de un accidente o enfermedad. Este tipo de cobertura se conoce como *tort coverage* (cobertura de daños) y entra en juego exclusivamente si el empleado tiene una demanda de responsabilidad civil en contra de su empleador. En suma, 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 este haya causado a terceros⁹⁴¹.

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.* BRÜGEMEIER, 2013: 928 y 934.

⁹⁴⁰ 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 (*vid. Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor –LRSCVM–, 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 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.*, GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, 2008a: «La responsabilidad civil derivada del uso y circulación del motor», en Sierra Gil, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, editorial Bosch, Barcelona, pp. 13 a 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 (arts. 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, art. 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 (*vid.* LASARTE, 2014, p. 377). El seguro es obligatorio, como dice el autor, aunque no saquen los vehículos del garaje, *vid.* REGLERO CAMPOS, 2014b: 253-295.

⁹⁴¹ *Vid.* PRYOR, 2011: 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

Evidentemente, una gran porción de la cobertura de los seguros de empresas es la póliza que cubre la compensación a los trabajadores y la responsabilidad del empleador, a diferencia de lo que ocurre en EE. UU., donde existe la obligación de proveer el seguro de compensación al trabajador, aunque en algunos estados se podría optar por someterse al *Tort Law*. Esto no quiere decir que no haya otro tipo de *pólizas de seguro estándar*, como, por ejemplo, el seguro de responsabilidad civil comercial, que excluye de su cobertura aquellas lesiones que surjan en el ámbito del empleo (porque son lesiones cubiertas por las políticas de compensación de los trabajadores o de responsabilidad de los empleadores).

E. CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Buyuksagis y van Voom⁹⁴² reflexionan sobre los dos criterios que existen para fundamentar la *responsabilidad objetiva*, los cuales han encontrado acierto dentro del entorno jurídico europeo. Uno de ellos 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 el primer criterio, mientras que los legisladores italianos, portugueses, turcos, el Grupo Europeo de Derecho de la Corrupción, así como los franceses y suizos, decidieron adoptar el segundo criterio.

a) el criterio del «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 de imputación, a pesar de las críticas sobre las posibles complicaciones de aplicación, es que hacen una distinción entre objetos peligrosos y no peligrosos, o más peligrosos y menos peligrosos. 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

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. Algunas de estas 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.

⁹⁴² Cf. BUYUKSAGIS y VAN BOOM, 2013: 623-634.

que el poseedor de sustancias (químicas, sólidas, líquidas o gaseosas, incluidos los microorganismos) o el operador de una instalación (móvil o bajo construcción o no en uso) serán responsables de las lesiones personales, la pérdida de propiedades y pérdidas consecuentes, causadas por esa sustancia o por las 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.). Por supuesto, la responsabilidad dependerá de la alta probabilidad de que la sustancia o la emisión causare tales daños, a menos que se haya controlado adecuadamente o se haya cumplido con las normas legales de control de la sustancia o gestión de la instalación (Cf., VI. -3:206⁹⁴³).

Desde esta perspectiva, se comprende que 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 consiguiente, la persona que ejerce el control sobre una sustancia o una instalación, y la utiliza en el escenario de una actividad lucrativa, será responsable de las lesiones y pérdidas personales causadas por la sustancia o las emisiones de la instalación si es altamente probable que, dada su cantidad y características, 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 para realizar una *actividad peligrosa*, siempre y cuando el poseedor ejerza control sobre ellas para su oficio, negocio o profesión.

b) el criterio de «la práctica de una actividad peligrosa»

Los 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» en lugar del «control de las cosas peligrosas», a saber:

⁹⁴³ «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 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».

«(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» (Cf., art. 5:101).

Da la impresión de que esta disposición se ha apoyado en gran medida en el artículo 20 («Abnormally dangerous activities») del *Restatement (Third) of Torts* de EE. UU. (§ 20, 2010), en el que se establece *responsabilidad objetiva* para las *abnormally dangerous activities*, a las cuales las ha definido 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»⁹⁴⁴.

Ciertamente, la formulación a la que aludimos («la práctica de una actividad peligrosa») plantea muchas cuestiones, particularmente en lo que se refiere a la definición de un *riesgo* altamente significativo y previsible, así como el alcance de las *actividades de uso común*. En EE. UU., 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; es decir, no existe un principio rector común a todos los Estados miembros. Las legislaciones nacionales simplemente han otorgado un margen considerable al poder discrecional de los jueces con respecto a estas cuestiones, lo que ha dado lugar a una amplia variación de la *responsabilidad objetiva* en Europa. Así, por ejemplo, en Italia, su *Código Civil*, prevé que:

«Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un' attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» (Cf. art. 2050, «Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose»)⁹⁴⁵.

Mientras tanto, legisladores turcos, los redactores de la *Reforma francesa del derecho de obligaciones* (FrRLO) y redactores de proyectos suizos han preferido no hacer referencia a las nociones del «riesgo previsible» o de la

⁹⁴⁴ (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 pertenece a la autora de esta obra.

⁹⁴⁵ 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». La traducción nos pertenece.

Ilustración 11. Lista de actividades peligrosas y no peligrosas

ACTIVIDADES NO PELIGROSAS	ACTIVIDADES PELIGROSAS
PORTUGAL	ITALIA
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	Dar lecciones de equitación
	Organizar un espectáculo de fuegos artificiales
	Molestias por el uso de un martillo de perforación
	Quemar basura del jardín cerca de una carretera principal
	Un proceso de fabricación del cual escapan sustancias peligrosas al ambiente

«actividad de uso común» para evitar posibles complicaciones relacionadas con su definición ⁹⁴⁶.

Tomando en cuenta estos planteamientos, Buyuksagis y van Voom ⁹⁴⁷ consideran que no existe un criterio objetivo para que los tribunales evalúen la *peligrosidad* de las actividades como tal. De hecho, se preguntan si las actividades en sí mismas pueden ser *peligrosas*. 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 exoneraciones de culpa, etc. Estas medidas judiciales y legislativas han reducido la importancia del principio de la culpa, pero al mismo tiempo han suscitado un creciente interés entre los académicos por la *responsabilidad objetiva* y las polémicas acerca de la incertidumbre de su significado y sus límites. Esta incertidumbre se hace

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 629.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 630 a 634.

evidente cuando se comparan varios sistemas nacionales de daños en Europa, entre ellos los sistemas legales de Portugal e Italia, los cuales abordaron una lista de actividades que fueron y no consideradas como *peligrosas*.

Estos ejemplos son los que han servido de base a los profesores referidos para esquematizar y demostrar que es difícil sostener firmemente un concepto de *riesgo* y categorizar racionalmente las actividades debido a las consecuencias que trae consigo instaurar una *cláusula general* de responsabilidad para *actividades peligrosas*. Esta tarea es aún más difícil en los regímenes que sostienen que la anomalía del *peligro* se evalúa con respecto a la gravedad y a la probabilidad del daño resultante de la actividad. En estos sistemas legales, la misma categoría incluiría accidentes menores (que ocurren con alta frecuencia) y accidentes catastróficos ⁹⁴⁸ (que ocurren con baja frecuencia) ⁹⁴⁹.

Al ser más explícitos, la mezcla de acontecimientos comunes y extraordinarios en un único régimen de responsabilidad pondría, por ejemplo, la explosión catastrófica de una fábrica de municiones al mismo nivel que un accidente de tráfico, a pesar de que la naturaleza de los accidentes difiera considerablemente. Desde la perspectiva social, los acontecimientos nose pueden comparar. Los mecanismos causales, la exposición masiva, las consecuencias y el aseguramiento son totalmente diferentes e incomparables. En palabras de los dogmáticos citados, poner estos dos extremos en la misma categoría no es útil y el criterio de «uso común» en la *responsabilidad objetiva* por *actividades peligrosas* parece impracticable, de modo que el concepto de «actividades peligrosas» resulta ser demasiado vago ⁹⁵⁰, por lo que se muestran correligionarios de que el «objeto anormalmente peligroso» es preferible –a la «actividad»– como criterio central, siendo necesaria la adopción de una tabla de peligrosidad.

Igualmente, la propia jurisprudencia, a nivel global, muestra lo lejos que están los tribunales para ser los asesores del *riesgo* perfecto y que el sistema de *Tort Law* típicamente acarrea casos que no involucran a las *actividades más peligrosas*. Ante algunas de las fuentes más importantes de *riesgo* para la salud humana –por citar algunas: fumar, el alcoholismo, la obesidad, la comida insalubre, los accidentes de tránsito, la contaminación del aire–, el *Tort Law* no está absolutamente comprometido con todos los riesgos a los que se enfrenta la sociedad. Por ejemplo, ¿por qué un vehículo a motor se considera una fuente de *peligro inherente* en EE. UU.? En Suiza, por citar una excepción, practicar

⁹⁴⁸ Tal combinación de dos extremos también se puede divisar en los PETL.

⁹⁴⁹ BUYUKSAGIS y VAN BOOM, 2013: 630-632.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 632 a 634.

un deporte es cinco veces más peligroso que conducir un coche. Quizá sea porque las estadísticas muestran que el tráfico es una fuente importante de accidentes mortales, pero esta respuesta, si bien puede ser correcta, también es peligrosa. El *Tort Law* no debería derivar su categorización del *riesgo* de estadísticas porque puede estar dirigiendo los riesgos incorrectos: «accidentes exóticos», en los cuales la causación es fácil de probar, pero que no deja de ser un acontecimiento estadísticamente insignificante⁹⁵¹.

c) *Common usage*: el criterio impracticable

Los legisladores que favorecen el criterio de la «actividad anormalmente peligrosa» defienden que, cuanto más *común* sea la actividad, más probable es que sus beneficios afecten a la comunidad. Dentro de este contexto, la *responsabilidad objetiva* estaría justificada cuando los riesgos de una actividad se impongan al público, y sus beneficios se acumulen únicamente en unos pocos. Cosa distinta sucede con una actividad perseguida por un gran número de personas, que, por lo general, será una cuestión de *common usage* (uso común); aunque al revés no es necesariamente cierto. Incluso si solo unas pocas personas o empresas persiguen una actividad o prestan ciertos servicios públicos que conllevan un *riesgo* altamente significativo de causar daños, como la transmisión de electricidad por medio de líneas eléctricas o la transmisión de gas mediante las líneas de metro, podrían ser consideradas actividades cotidianas o de «uso común». Tales actividades quedarían comprendidas dentro del artículo 5:101 (2b) de los PETL⁹⁵² y, por ende, estarían fuera del ámbito de la *cláusula general de responsabilidad objetiva*.

⁹⁵¹ *Ibid.*, pp. 633 a 634. 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, desde un punto de vista estadístico, en estos casos, los riesgos 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 con 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».

⁹⁵² BUYUKSAGIS y VAN BOOM, 2013: 634-635. El problema con esta 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.

Para justificar la aplicación de la *responsabilidad objetiva*, los PETL exigen expresamente que el *riesgo* debe estar vinculado a una práctica «poco común» (Cf. art. 5:101 2b). Visiblemente, los autores de los PETL han sido influenciados por el *Restatement (Third) of Torts*⁹⁵³ para limitar el alcance de la *cláusula general* a las «actividades exóticas», o sea, a las *uncommon activities*⁹⁵⁴.

Frente a ello, Buyuksagis y van Voom⁹⁵⁵ se han atrevido a plantear como fundamento de la *responsabilidad objetiva*, en lugar del criterio de la *dangerous activity*, el criterio del *control of ultra-hazardous dangerous things* (control de las cosas ultrapeligrosas).

Han acudido a la jurisprudencia de algunos países europeos para resaltar que los tribunales europeos suelen declarar y ampliar las circunstancias que justifican la *responsabilidad objetiva* sobre la base de que quienes mantienen o utilizan (el poseedor o usuario) máquinas o sustancias peligrosas sitúan a las potenciales víctimas en una situación peligrosa, mientras que las víctimas no colocan a ninguna persona ante ningún riesgo (riesgos no recíprocos).

No es una coincidencia –para los maestros– que, más de dos siglos después de la Revolución industrial, la noción de *dangerous things in one's care* (cosas peligrosas en el cuidado de uno) continúe siendo el criterio para imponer *responsabilidad objetiva* en la cultura jurídica latina europea (Cf. el art. 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. En tanto que, en un sistema apoyado en el criterio del *control of the ultra-hazardous dangerous things*, impera la necesidad de una tabla de peligrosidad para las sustancias (como los organismos genéticamente modificados) y las emisiones (como la radioactividad), ya que proporcionará los datos necesarios que permitirán

⁹⁵³ Vid. *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). La traducción pertenece a la autora de esta obra.

⁹⁵⁴ 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, 2013: 636.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 637 a 639.

establecer valores científicos para precisar la probabilidad de la ocurrencia, así como la gravedad del riesgo⁹⁵⁶.

De esta manera, quien utilice sustancias peligrosas u opere una instalación peligrosa que esté sujeta a *responsabilidad objetiva* estaría prevenido y, en consecuencia, tendría más probabilidades de quitar el seguro que cubre el *riesgo* en cuestión⁹⁵⁷.

A partir de este análisis, los catedráticos ponderan que una *cláusula general* ofrecería una mayor claridad que el actual método «fragmentario» europeo, que amplía «[...] lenta e intermitentemente los límites de la responsabilidad objetiva. Asimismo, reflexionan que tal *cláusula* haría de la *responsabilidad objetiva* una contrapartida más manejable que la responsabilidad estándar por negligencia. La cuestión sustancial sería dilucidar qué debe incluir una *cláusula general*. Para formularla en Europa, proponen dos maneras, las

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 637. Arguyen los autores que, bajo las leyes europeas y estadounidenses, la razón de la adopción de la prueba del «control de las cosas ultrapeligrosas» es que permite que la doctrina de la *responsabilidad objetiva* se aplique más fácilmente a los casos en los que no hay actividad, pero que materiales anormalmente peligrosos, sustancias o emisiones están implicados.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 638 a 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 deben 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 establecidos 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 se* reglas de responsabilidad por daños. Sin embargo, 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 considerar al *keeper* (poseedor) como responsable objetivamente por el daño causado. También le proporcionaría las herramientas necesarias para decidir si este cumplió debidamente con sus deberes o se desvió del estándar de cuidado que ciertos estatutos establecen para situaciones particulares. Critican 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, lo que contribuye, además, a brindar seguridad jurídica respecto con la aplicación de la responsabilidad objetiva.

cuales están ligadas a la adopción como criterio cardinal para establecer *responsabilidad objetiva* de alguna de las siguientes opciones⁹⁵⁸:

- 1) la «actividad anormalmente peligrosa» o
- 2) los «objetos peligrosos».

De su investigación indican que una actividad coherente y un sistema de *responsabilidad objetiva* normativa deben estar unidos a los *objetos* en lugar de las *actividades*, por tres razones principales⁹⁵⁹:

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 como proporcionar papas fritas a los que tienen sobrepeso u ofrecer actividades recreativas a los incapaces o no aptos.

b) El criterio de la «actividad anormalmente peligrosa» se basa en la idea de que, cuanto más común sea la actividad, menos justificada será la *responsabilidad objetiva*. Por lo tanto, el alcance de la *cláusula general* se reducirá a «actividades exóticas», lo cual sería impracticable e impediría que se cuente con una norma coherente de *responsabilidad objetiva* que beneficie a la mayoría de las víctimas, por ir en contra de la finalidad misma de una *cláusula general*.

c) Ante los riesgos no recíprocos, un sistema que adopte los «objetos peligrosos» –en lugar de las «actividades peligrosas»– como criterio central para constituir una *cláusula general* funcionará mejor si combina la *cláusula general* de la legislación primaria con listas no exhaustivas y más detalladas de sustancias peligrosas, instalaciones y emisiones en la legislación secundaria. Esta solución proporcionaría una mejor orientación, tanto a los tribunales como a las personas que trabajan en estas actividades u objetos.

En cuanto a la legislación de EE. UU., esta contiene disposiciones explícitas sobre *responsabilidad objetiva* por «actividades anormalmente peligrosas». Ha habido muchos casos (incluso de titulares de aeronaves o de instalaciones de energía nuclear) en los que se sostiene que quien para sus propios propósitos mantiene «cosas anormalmente peligrosas» es *objetivamente responsable* ante los otros por el daño generado⁹⁶⁰.

d) la posición actual del tribunal supremo español con respecto a la responsabilidad civil extracontractual: la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno. El riesgo

⁹⁵⁸ BUYUKSAGIS y VAN BOOM, 2013: 639.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 639 a 640.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 637.

Tradicionalmente, la *responsabilidad civil por hechos propios* y la *responsabilidad por hecho ajeno* fueron concebidas como variantes de la *responsabilidad civil extracontractual* (que en principio tiene un carácter netamente subjetivo), en las que se ha distinguido como factor principal la *culpa*: 1) *in vigilando* (por no haber vigilado adecuadamente al menor, al mayor incapacitado, etc.); 2) *in eligendo* (por haber elegido inapropiadamente al empleado) ⁹⁶¹, o 3) *in educando* (por no haber educado correctamente a los alumnos) ⁹⁶², 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 CC español: el *riesgo*.

Existen varias teorías que giran en torno al *riesgo* como criterios objetivos de imputación objetiva, entre ellas las teorías del «riesgo provecho o beneficio» y del «riesgo creado». 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 ⁹⁶³. 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 podría, en ninguna circunstancia, corresponder a la víctima ni a la sociedad, sino a los responsables de la misma.

En efecto, el *peligro* o el mero *riesgo* creado por el sujeto o por la institución responsable de la persona concreta que causa el daño se han convertido en la plataforma sobre la cual la doctrina jurisprudencial se ha apoyado para construir y justificar la *objetivización de la responsabilidad*. La concepción jurisprudencial actual tiende a considerar que el agente ha causado un daño directamente, transformando el carácter indirecto que caracterizaba el sistema de *responsabilidad*

⁹⁶¹ SANTOS BRIZ, 2008: 655.

⁹⁶² ACEDO PENCO, 2011: 371; GONZÁLEZ POVEDA, 2008b: 704.

⁹⁶³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y Tunc, André, 1963: *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 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 ínsito un provecho.

civil extracontractual en uno directo. Lo que pretende la progresiva *objetivación* y su fundamento en la *teoría del riesgo* es que el sujeto causante del daño cumpla con la obligación de repararlo directamente debido al «incumplimiento de deberes que imponen la convivencia social». En otros términos, el autor del daño 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 consagrada en el artículo 1902 del CC (*responsabilidad subjetiva*). Lo afirmado denota que existe una responsabilidad directa con una presunción basada en la *culpa in operando* (en la actividad) respecto del sujeto causante el daño⁹⁶⁴.

En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Supremo ha tendido a proliferar esta *objetivación* de la *responsabilidad civil extracontractual* como consecuencia de la prosperidad de la *doctrina del riesgo*, pero no es menos cierto que concibe la aplicación de esta doctrina únicamente en aquellos supuestos en los que la posibilidad de *peligro* o *riesgo* es extraordinaria (*riesgo* considerablemente *anormal* en relación con los parámetros medios). Además, todavía reconoce que la *doctrina del riesgo* 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 aumenta⁹⁶⁵.

En definitiva, 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, lo que exige una diligencia extrema acorde con las circunstancias. De esta manera, entabla la necesidad de que se adopten 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 jurídico⁹⁶⁶.

A partir de aquí, el TS centra sus más recientes posturas en que la institución de la *responsabilidad civil objetiva* no se funda exclusivamente en el resultado o en el *riesgo* creado como tal (que no encaja en el art. 1902 del CC español)⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ ACEDO PENCO, 2011: 371-372.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 379.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 380.

⁹⁶⁷ Además, en palabras de ACEDO PENCO, 2011: 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

Esto quiere decir que el TS no se ha deslindado definitivamente del sistema clásico subjetivo o que su posición implique prescindir definitivamente del elemento especial de la *culpa* (consagrado en el art. 1902 del CC y demás preceptos aplicables), pero sí es verdad que existen varios matices; es decir, aún es notable 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 eludida⁹⁶⁸.

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 este 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»⁹⁶⁹.

Dentro de este orden de ideas, nos 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 daño» (Cf. art. 1903.6 CC) quedarán exentas de responsabilidad. Situación que nos coloca ante lo que Acedo⁹⁷⁰ bien nos recuerda: la «norma civil en blanco», pues no existe normativa legal para que dichas personas funden que en su actuar no han incurrido en falta o negligencia alguna,

que la objetivización de la responsabilidad civil no se adecúa a los principios que informan su regulación positiva».

⁹⁶⁸ ACEDO PENCO, 2011: 379.

⁹⁶⁹ Cf. STS de 14 de marzo de 2011, FJ, 3 b).

⁹⁷⁰ ACEDO PENCO, 2011: 373.

quedando al exclusivo criterio del juzgador la posibilidad de declararlos exonerados de responsabilidad, lo cual es muy limitado.

La *tendencia objetivadora* ha generado que, excepcionalmente, pocos sean los casos en los que aquellos presuntos *responsables* quedaren exentos de este tipo de responsabilidad ante el daño causado (sobre todo 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*, a pesar de que, en el caso de los *empresarios*, la responsabilidad sea directa y no subsidiaria⁹⁷¹.

Todos estos antecedentes inequívocamente nos permiten observar que, al instituir el régimen de responsabilidad, al lado de la regla de *responsabilidad por culpa* está también la de la *responsabilidad objetiva (sin culpa)*⁹⁷² o *por riesgo*, como desafortunadamente la llama a veces el TS), 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 surja algún factor extraordinario que anule la responsabilidad, el cual varía según qué tipo de *responsabilidad objetiva* se trate. Por poner un ejemplo, en la conducción de automóviles son dos los factores extraordinarios: 1) la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento normal del vehículo y 2) la culpa exclusiva de la víctima⁹⁷³.

F. LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

El efecto consiguiente al establecimiento de la relación de causalidad es la atribución de la responsabilidad a quien haya causado el daño. Esto lo tenemos claro. No obstante, tal como doctrinariamente se discute, a diferencia de la civil, laboral, administrativa, penal, entre otras, existe otro tipo de responsabilidad que versa no solamente en atención a la presencia o no de los elementos subjetivos, sino en atención al objeto de la materia que regulan. La responsabilidad ambiental es un ejemplo de dicha variedad, la cual está regulada por la DRM (a nivel comunitario) y por la LRM (a nivel estatal-español), que transpuso a aquella dentro del ordenamiento jurídico de España.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 372.

⁹⁷² En la legislación estadounidense también se refieren a este tipo de responsabilidad como *non-fault strict liability*.

⁹⁷³ GÓMEZ POMAR, 2016: 13.

Empero, siguiendo a Valencia Martín⁹⁷⁴, en el espectro del Derecho, simple y básicamente existen 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 define Lozano Cutanda⁹⁷⁵–, 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 venido estudiando y, en la misma línea del profesor referido, diremos que, al calificarse como «medioambiental» la nueva legislación (DRM y LRM), así como al mecanismo de responsabilidad que a su vez constituye su objeto de regulación, ha servido meramente para revelar que la finalidad de la normativa se centra en la reparación del daño ambiental en sentido estricto, sin que se implique a los

⁹⁷⁴ VALENCIA MARTÍN, 2010: 7-8.

⁹⁷⁵ LOZANO CUTANDA, 2008b: 284.

daños tradicionales asociados a este, reparación que se ha de pretender alcanzar a través de los cauces civiles ordinarios (Cf. arts. 3.3 DRM; 5 LRM). No obstante, 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 medioambiental»⁹⁷⁶. Compartiendo la sugerencia del autor, cuando hagamos referencia a la reparación de los daños tradicionales en el texto presente, recurriremos a la terminología de «responsabilidad civil por daños ambientales».

Ahora bien, para enforcarnos en la protección del ambiente, diremos que esta se ha derivado en primer lugar, aunque indirectamente, del artículo 1908 CC español. Solo en virtud de esta norma se impone a aquellas personas (los propietarios) que hubiesen causado daños de tipo ambiental responsabilidad con 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

⁹⁷⁶ En armonía con este criterio, BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, 2010: «Nuevas tendencias en el Derecho ambiental. Perspectiva general introductoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, pp. 1 a 16. El profesor se refiere a la institución de la responsabilidad ambiental «[...] es una especie del género 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 incentivadores de la adopción de todas las medidas adecuadas para la evitación del daño porque las consecuencias de su producción hacen recaer unas pesadas consecuencias sobre el considerado objetivamente como responsable». En igual sentido, ESTEVE PARDO, 2008a, pp. 91 a 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 producen «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, aun 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.

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 debidas⁹⁷⁷.

Dentro de este contexto, hemos de distinguir, por un lado, la regulación del CC español que contiene los supuestos clásicos de *inmissio in alienum* (arts. 1908.1, 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 español⁹⁷⁸ –establecido previamente 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.

Para algunos dogmáticos, como Martínez-Pereda⁹⁷⁹, el artículo 1908 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 apuntalado a la largo del trabajo, los artículos 1902 al 1908 del CC español –como bien refieren Álvarez Lata, Busto Lago, Gómez Calle, Parra Luccán, Peña López, Reglero Campos, Roviara Sueiro, Vicente Domingo, entre otros⁹⁸⁰– en verdad demuestran que:

«[...] el régimen de responsabilidad civil por daños ambientales siguiendo su curso en el ámbito de estas normas generales del CC y especiales (la responsabilidad

⁹⁷⁷ MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel, 2008b: «Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones industriales y ruidos», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, , Barcelona, 2.ª ed., p. 1001.

⁹⁷⁸ 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».

⁹⁷⁹ MARTÍNEZ PEREDA, 2008b: 1001-1002.

⁹⁸⁰ ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 407.

nuclear y de hidrocarburos) sirve para dar respuesta al resarcimiento de daños patrimoniales o personales que origina o puede originar el daño al ambiente (daño ambiental tradicional)».

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 ende, dicha normativa de lo que se preocupa es del *daño ambiental personal*, mas no del *ecológico puro*.

Empero, no se puede tornar la página sin desconocer que el régimen de responsabilidad civil extracontractual no solo puede ser concebido como un primer mecanismo de resarcimiento ante cualquier tipo de daño ocasionado, sino que el daño marca el primer condicionante previo y, a la vez, resulta ser el puntapié para que el régimen clásico de responsabilidad se instituya, por lo que se requiere que el daño verdaderamente exista. En otras palabras, que haya *certeza* para que la dimensión reparadora del instituto de responsabilidad se active. Lamentablemente, este 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).

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, este solamente aplicaría 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 público⁹⁸¹.

En el ámbito europeo, la DRM es la normativa que ha instaurado un régimen de responsabilidad ambiental y que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europa la han traspuesto a sus ordenamientos jurídicos en virtud de su mandato previsto en el artículo 19⁹⁸².

⁹⁸¹ ADAIRE JONES *et al.*, 2015: 11035.

⁹⁸² La DRM, 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».

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 (Cf., art. 1 DRM, que regula el objeto). España no fue la excepción. El legislador español aprobó e incorporó a su ordenamiento jurídico interno la LRM, la cual, a la vez, transpone la DRM (a pesar de que fue tardía en relación con lo que dicha directiva prescribió).

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. Si se tienen en cuenta el daño ambiental producido y el riesgo de contaminación ambiental —*de las instalaciones y de las actividades empresariales*—, estos 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 jurídicos⁹⁸³.

La legislación ambiental estatal española se erige también 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» (Cf., art. 45.1 Constitución española)⁹⁸⁴.

Del mismo modo, la LRM tiene como objeto principal regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños ambientales, con miras a cumplir con el mandato constitucional citado (Cf., art. 45) y de acuerdo con los principios de prevención y de «quien contamina paga» (Cf., art. 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

⁹⁸³ Vid., DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 114.

⁹⁸⁴ 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».

según el caso correspondan, ya sean de carácter administrativo, penal, así como la obligación de repararlo (*Cf.*, art. 45, 2 y 3 Constitución española)⁹⁸⁵.

Todos los objetivos que este cuerpo articulado de normas de tipo ambiental engendra 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, el cual se distancia de la teoría clásica de la responsabilidad civil⁹⁸⁶, excluyendo el rol que desempeñan los jueces para dirimir los conflictos en sede judicial, hasta el punto de que, como manifiesta Esteve Pardo⁹⁸⁷, se ha configurado «[...] un modelo de responsabilidad medioambiental en el que los rasgos más característicos de la responsabilidad civil no resultan concebibles».

En efecto, la administrativización de la responsabilidad ambiental se ha producido con la DRM y la LRM. Tal como advierte el autor, la responsabilidad civil siempre se ha venido dirimiendo por los tribunales, los cuales conocían directamente los reclamos que se planteaban, sin intervención de ninguna instancia previa. Con la LRM ocurre algo diferente. Esta pone a merced de un 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. Sin embargo, «el protagonismo primario de los Tribunales, característico de la responsabilidad civil, se pierde aquí por completo»⁹⁸⁸.

⁹⁸⁵ *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 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».

⁹⁸⁶ VAN DEN BROEK, Berthy, 2009: «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 (June), p. 117., doi: <https://doi.org/10.18352/ulr.98>. Esta profesora también reluce 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».

⁹⁸⁷ ESTEVE PARDO, 2014: 96.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 96.

Otra razón para aislar la responsabilidad por daños ambientales de la tradicional es que es una responsabilidad de carácter objetiva e ilimitada ⁹⁸⁹.

Al poner énfasis en la restauración íntegra de los recursos naturales y de los servicios que estos prestan, se prima el valor ambiental, el cual no se puede comprender que ha sido satisfecho con una mera indemnización dineraria. En consecuencia, esta responsabilidad no solo será de carácter objetivo, sino que 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 contrapone el deber de lograr que los recursos naturales dañados vuelvan a su estado original («estado básico»), para lo cual se deberá sufragar también la totalidad de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras que la Administración gravara. En todo caso, lo fundamental de la reparación se arraiga en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que estos 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 responsabilidad opera una vez que el daño ambiental se ha producido ⁹⁹⁰.

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

⁹⁸⁹ DE MIGUEL PERALES, 2002: 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 invertir 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».

⁹⁹⁰ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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*, desdeñando 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, 2016: 152-153.

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 DRM 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 II es lo que conocemos como *daño ambiental*.

Indudablemente, el concepto de daño ambiental responde a la dimensión reparadora que la DRM 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 simplemente la restauración de los recursos naturales dañados, sino que, además, impone deberes legales de prevención de daños ambientales⁹⁹¹. En aplicación directa y exhaustiva del principio comunitario de prevención, que contempla y manda la DRM (Cf., considerando 15)⁹⁹², el cual se ha consagrado 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 disímil⁹⁹³.

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. No obstante, 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,

⁹⁹¹ PERNAS GARCÍA & ÁNIMAS MADRAZO, 2005: 16.

⁹⁹² DRM, 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».

⁹⁹³ Código Civil español, capítulo II, «De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia».

precisamente, esos impactos ambientales (efectos adversos) significativos, que para la legislación de responsabilidad ambiental son los que tienen relevancia (Cf., art. 2 de la DRM 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 esta 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 contaminación⁹⁹⁴, cuyo objetivo en esencia es el mismo:

«[...] evitar 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» (Cf., art. 1).

Su finalidad radica en la evitación frente a la reparación que procura la legislación de responsabilidad, a pesar de que la reparación sirva 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 estas han ocasionado. La finalidad inmediata no puede ocultar la estratégica impuesta incluso constitucionalmente⁹⁹⁵.

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 esta se plantea ante la posibilidad del daño (teórico), pero tampoco se puede afirmar que sea de reparación, pues esta 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 cualquier caso, el objetivo principal ha de ser el de contribuir a la evitación del daño; a la prevención en ambos sentidos, constitucional y genérico⁹⁹⁶.

Asimismo, 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

⁹⁹⁴ Publicado en el *BOE* núm. 316, de 31 de diciembre de 2016.

⁹⁹⁵ Betancor Rodríguez, 2018: 1737-1738.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 1738.

tipo de comportamientos, tanto delictivos o negligentes como de naturaleza meramente accidental o imprevisible⁹⁹⁷.

Justamente lo que se pretende con este régimen previsto por la DRM 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 la práctica, este nuevo sistema articulado significa 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 solamente supone la imposición de sanciones administrativas o penales, sino la obligación de restaurar el daño en el ambiente degradado⁹⁹⁸.

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. Este régimen de responsabilidad tiene por objeto reglar la relación de la administración con el operador, pero no confiere a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños ambientales. A criterio de la autora, 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»⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 444-445. En igual sentido, ESTEVE PARDO, 2014, p. 96. Este es un rasgo que, como bien expone el autor, es característico del modelo de responsabilidad ambiental que la LRM configura, el cual pretende restaurar o recuperar el estado natural afectado, atendiendo no solo 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, *vid.* PERNAS GARCÍA & ÁNIMAS MADRAZO, 2005: 16. Los autores recalcan la importancia de la directiva en cuanto esta «[...] 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 [...]».

⁹⁹⁸ MARTÍN DÍEZ, Rocío, 2005: «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», *Páginas de información ambiental*, núm. 21 (septiembre), p. 24. 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».

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 25.

Hilando este enfoque con la prohibición que la DRM 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» (Cf., considerando 14 DRM, preámbulo II y art. 5.1 LRM).

Comprender los alcances y los efectos de la DRM y la LRM resulta factible e ineludible para poder comprender el instituto de responsabilidad ambiental, el que permitirá a la vez, garantizar su operatividad ante un hecho dañoso ambiental. De modo general, 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 es su reparación (*in natura*).

Recorriendo por esta nueva vía jurídica de responsabilidad, Esteve Pardo¹⁰⁰⁰ arguye 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). En su criterio: «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».

En su opinión, su foco de atención y protección lo constituyen los recursos naturales¹⁰⁰¹. La propia LRM así lo reconoce y enfatiza (Cf., art. 5.1¹⁰⁰²), guardando siempre perfecta armonía con lo que manda la DRM (Cf., considerando 14¹⁰⁰³).

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

¹⁰⁰⁰ ESTEVE PARDO, 2014: 96.

¹⁰⁰¹ 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».

¹⁰⁰² LRM artículo 5, «Daños a particulares»: «1. Esta Ley no ampara el ejercicio 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».

¹⁰⁰³ DRM, 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».

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 ¹⁰⁰⁴. En otros términos, 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) ¹⁰⁰⁵, y, en su caso, la penal.

Sin embargo, 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 otra manera, 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 ¹⁰⁰⁶.

Ahora, cuando una persona particular resulta ser la víctima de un daño producido en sus bienes, pudiendo estos 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

¹⁰⁰⁴ URRUTIA GARRO, 2008: 102.

¹⁰⁰⁵ 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, 2014: 98).

¹⁰⁰⁶ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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 art. 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.

sistema público de responsabilidad porque la Administración Pública, *stricto sensu*, ya cumplió con este deber. La razón se fundamenta en que «la doble reparación está totalmente prohibida» (facultad reconocida en el considerando 29 DRM y art. 16.2; así como por el art. 5.2 LRM). Por consiguiente, 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 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 ambiental¹⁰⁰⁷. 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 inapropiado¹⁰⁰⁸.

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 relación con 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 (Responsabilidad Patrimonial de la

¹⁰⁰⁷ URRUTIA GARRO, 2008: 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.

¹⁰⁰⁸ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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» (art. 16.2).

Administración *stricto sensu*) resultaría poco factible para la Administración Pública debido a las notables insuficiencias que aquel presenta¹⁰⁰⁹.

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 adecuadamente a la reparación de daños ambientales, no simplemente 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 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) ¿Cómo individualizar los daños producidos en el suelo, agua, flora y fauna si estos bienes son sustento directo de vida de quienes habitan en la Amazonía? ¿Cómo se evalúan económicamente esos daños?

¹⁰⁰⁹ Vid. DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 119-120 y 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 o contaminación ambiental (daños producidos en recursos naturales y costes de restablecimiento 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 se 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 LRM 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 & LAZCANO BROTONS, 2007: 446.

Igualmente, por el hecho de que determinadas personas pudieran, hipotéticamente, recibir una compensación económica por los daños causados (quizá solo cabrían los no ambientales, pues la compensación por los ambientales no es susceptible de individualización¹⁰¹⁰), cabe determinar si dicho sistema –el civil– sirve realmente para proteger el ambiente de los daños sufridos o de potenciales amenazas.

El instituto de responsabilidad civil viene a ser ineficiente también si se pretendiera 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. Podrían existir incluso «bienes huérfanos» o *res nullius*¹⁰¹¹, respecto de los cuales no haya 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) dañado¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ 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 (art. 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»).

¹⁰¹¹ ESTEVE PARDO, 2008a: 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 & ALLI TURRILLAS, 2008: 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.

¹⁰¹² ESTEVE PARDO, 2014: 94. No obstante, el autor asevera que «habrá 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.

Tal como hemos venido desarticulando, existen notables diferencias entre la institución de responsabilidad civil extracontractual o la de petición de responsabilidad patrimonial a la Administración y el sistema de responsabilidad ambiental. Un hecho diferenciador extra revela el problema que gira en torno 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 cada ámbito del derecho, es decir, al comparar entre el régimen administrativo ambiental y el régimen civilista, a saber:

1) 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.

2) La DRM 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 debiera ser exonerado por concurrir las circunstancias legales pertinentes (por ejemplo, cumplir una orden o instrucción de la autoridad o por hechos provenientes de terceros)¹⁰¹³, 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 común¹⁰¹⁴.

3) 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, estos 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 realmente debería ser

¹⁰¹³ *Vid.*, DRM, artículo 8: «Costes de prevención y reparación», número 3; LRM, artículo 14: «Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes».

¹⁰¹⁴ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 422.

perseguido¹⁰¹⁵. 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, esta 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.

G. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LOS OJOS DE LA DRM 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 espolcado 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 fórmulas legales para asegurar la internalización de los riesgos ambientales en relación con la propia actividad económica que los genera y para garantizar la corresponsabilidad. Sobre esta legítima pretensión, se han configurado sistemas jurídicos (régimenes de derecho privado 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)¹⁰¹⁶.

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

¹⁰¹⁵ LOZANO CUTANDA & ALLI TURRILLAS, 2008: 181 y 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.

¹⁰¹⁶ *Vid.*, DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 118-119. En cuanto al último aspecto, discrepamos de la profesora, negando la instauración de un modelo mixto tanto en la DRM, 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.

en los países desarrollados, el cual se basa en sistemas regulatorios mixtos que cuentan con un nuevo enfoque normativo. Sistemas que exigen la corresponsabilidad 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 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 indemnización¹⁰¹⁷.

En el ámbito europeo y en el orden jurídico español, este modelo mixto no se encuentra instaurado en una sola normativa, sino que 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 DRM y la LRM. El instituto de responsabilidad creado por ellas ha llegado a ser un sistema complementario a todos los sistemas tradicionales de responsabilidad¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, 119-120.

¹⁰¹⁸ LOZANO CUTANDA & ALLI TURRILLAS, 2008: 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 art. 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, 2008: 100-101, hace hincapié en la viabilidad de la aplicación de otras normas diferentes a

Tanto la DRM¹⁰¹⁹, así como la LRM¹⁰²⁰ han instaurado los supuestos en los cuales va a operar el sistema de responsabilidad ambiental, los cuales están recogidos en su ámbito de aplicación (*Cf.*, art. 3 de ambos instrumentos legales). No obstante, podemos colegir que uno de los avances que ofrece la LRM es que el sistema que ha adoptado en relación con la protección del ambiente es menos

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 ambiental 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 ambientales (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 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.

¹⁰¹⁹ 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».

¹⁰²⁰ *Vid.*, 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 solo 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».

restrictivo en comparación con el instaurado por la DRM. Orteu Berrocal¹⁰²¹, expone una doble justificación sobre la cual descansa esta afirmación:

1) 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.

2) 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 solo a las que figuraban en su anexo III.

Dejando de lado esta apreciación, el sistema elegido por la DRM y la LRM, a más de ser uno de los máximos avances¹⁰²², en lo que a la protección ambiental se refiere, es la elección del carácter objetivo de su responsabilidad, cuando se desarrollan determinados tipos de actividades, la que las particulariza. En el ordenamiento jurídico español, la LRM, a partir del preámbulo de la ley (Cf., 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 naturales, pues los daños medioambientales con origen en la comisión de infracciones administrativas o penales ya estaban tipificados por las distintas normas sectoriales¹⁰²³, 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

¹⁰²¹ ORTEU BERROCAL, Eduardo, 2008: «Ámbito de aplicación de la Ley (Artículos 3 a 6 y definiciones relacionadas)», en LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Ley 26/2007, de 23 de octubre, Civitas, Navarra, pp. 187 a 188.

¹⁰²² PEDRAZA LAYNEZ, 2016. 155.

¹⁰²³ Excluyendo las regulaciones autonómicas, en materia ambiental, se destacan entre otras, la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; Ley 43/2002, de 20 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 Decreto Ley 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 Ley 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental.

medioambientales desde la sociedad hasta los operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales».

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 estos 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.

Tal como expone Esteve Pardo¹⁰²⁴, la responsabilidad «solo 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 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, debido a 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 de que la imputación por culpa ha cedido lugar dentro de los sistemas de responsabilidad civil, frente a la progresiva objetivación 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 motor¹⁰²⁵, como bien lo hemos descrito en el transcurso de este trabajo. De esta manera, la figura jurídica de

¹⁰²⁴ ESTEVE PARDO, 2014: 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».

¹⁰²⁵ BONORINO RAMÍREZ & LEAL, 2010: 43.

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 y Vicente Domingo¹⁰²⁶ consideraron que el artículo 1902 del CC español, al determinar que la obligación de resarcir, solamente 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 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 pasivo¹⁰²⁷ (principio *alterum non laedere*).

Asimismo, 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 ya se ha producido. Es insuficiente.

De esta manera es como nació la institución de responsabilidad objetiva. Lo que esta pretende, a diferencia de la responsabilidad subjetiva, es indemnizar a la víctima del daño, pero sin atender los elementos subjetivos –culpa o

¹⁰²⁶ ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 421 y 428.

¹⁰²⁷ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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.

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 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 este 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 humanos¹⁰²⁸.

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 primordial que desempeña cuando de actividades industriales se trata. De hecho, la responsabilidad ambiental germina del riesgo. 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 actuar¹⁰²⁹, 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 aquellos 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. En cambio, en la teoría de objetivación pura de la responsabilidad, la culpa está ausente en forma total, por lo que aquí cabría la demostración de la culpa exclusiva de aquel que ha sufrido el daño¹⁰³⁰. Si nos enfocamos en el quehacer diario de dichas activida-

¹⁰²⁸ ESTEVE PARDO, 2014: 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, por supuesto, el impacto que sobre el ambiente tienen ciertas actividades industriales, es uno de ellos.

¹⁰²⁹ Las determinadas en la DRM (Cf., arts. 6, 7 y 8); la LRM (Cf., arts. 9, 17, 19 y 24.1) y la normativa autonómica respectiva.

¹⁰³⁰ ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 426-427.

des, es difícil prescindir del alto grado de probabilidad de que las máquinas o alguno de sus componentes tecnológicos presenten alguna falla¹⁰³¹.

Este hecho es el que conduce a la posibilidad de que se provoque un daño, pero no meramente a nivel empresarial, sino que conlleva, además, un impacto sobre el ambiente, que se traducirá en un resultado dañoso: en un *daño ambiental*.

¹⁰³¹ 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 este, 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, 2010: 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 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 por lo 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 esta 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. 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).

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 con 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 ¹⁰³².

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 responsables para que se hagan cargo de los costes y las medidas de prevención y reparación de manera más rápida. Igualmente, 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 manifestados a largo plazo de manera muy difuminada; y, generalmente, son caros o imposibles de reparar. Situaciones, que justifican aún más, la viabilidad y la plena aplicación de este sistema de responsabilidad objetiva ¹⁰³³.

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. 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 estos dos planteamientos, Pedraza ¹⁰³⁴ 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 (DRM y la LRM) son los instrumentos legales garantes del instituto

¹⁰³² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 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.

¹⁰³³ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 152-153.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, 153.

administrativo de responsabilidad ambiental. Sin embargo, al analizar los supuestos sobre los cuales esta normativa tiene aplicación, estos 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 la presencia del dolo, culpa o negligencia. En este punto, infaliblemente, es cuando opera y se instaura el régimen de imputación de responsabilidad ambiental.

No obstante, ninguna de las dos define 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, al cual se lo puede calificar de híbrido¹⁰³⁵, pues resulta que es objetivo para ciertos casos mientras que, en otros, se exige la presencia de los elementos subjetivos de dolo, culpa o negligencia.

Visto desde esta óptica, 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 mismo¹⁰³⁶. He aquí el pleno relevo que cobra el listado de actividades a las cuales se refiere el ámbito de aplicación de la DRM (*Cf.*, art. 3.1.a¹⁰³⁷), así como el de la LRM (*Cf.*, art.3.1), que en ambos casos

¹⁰³⁵ BORREGO & RIERA, 2009: 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 & LAZCANO BROTONS, 2007: 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, 2014: 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».

¹⁰³⁶ MARTÍN DÍEZ, 2005: 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 objetivo, sin la necesidad de requerir de un juicio de culpabilidad para la imputación del daño, es decir, que la culpabilidad del operador, se determine independientemente de que haya actuado o no con la debida precaución.

¹⁰³⁷ «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».

está desglosado en el anexo III¹⁰³⁸ y que alude a actividades con potenciales efectos que podrían recaer sobre la salud humana o en el ambiente¹⁰³⁹, con la diferencia de que en la directiva son doce¹⁰⁴⁰ sus apartados diferenciados mientras que la LRM ha incorporado dos actividades extras¹⁰⁴¹ (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 manera¹⁰⁴²:

¹⁰³⁸ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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».

¹⁰³⁹ MARTÍN DÍEZ, 2005: 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 por lo 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.

¹⁰⁴⁰ *Vid.*, DRM. anexo III «Actividades a que hace referencia el apartado I del artículo 3». Los doce apartados a los que se refiere el anexo, en forma sintetizada, son: (i) 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; (ii) 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; (iii) Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa; (iv) Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa; (v) El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro; (vi) La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa; (vii) 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; (viii) El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes; (ix) La explotación de instalaciones sujetas a una autorización; (x) Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente; (xi) Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente, y (xii) El traslado 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.

¹⁰⁴¹ *Vid.*, 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 DRM, 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».

¹⁰⁴² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 96-97; RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2006: «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*, núm. 71, p. 739, ISSN: 0212-6206. Este último profesor critica esa diferenciación entre «actividades mayormente peligrosas y menos lesivas». Considera al respecto que incluso aquellas actividades no contempla-

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 Contaminación¹⁰⁴³.

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 cuál será su normativa reguladora.

Por una parte, esta inclusión de ambos grupos de actividades ha sido duramente criticada por la doctrina.

Ruda González y Pardo Leal¹⁰⁴⁴ critican drásticamente el sistema elegido por el legislador nacional, ya que esa diferenciación entre las actividades mayormente peligrosas y las menos lesivas no debería ser tan tajante, puesto que muchas de las actividades que figuran en dicha lista podrían implicar menores riesgos que todas aquellas que están excluidas de la misma. En otras palabras, aquellas actividades no contempladas en el anexo III de la LRM podrían ocasionar igual perjuicio o peor aún, uno mayor que aquellas actividades por el consagradas. Objeta la elección que ha hecho el legislador, creyendo que con bastante probabilidad corresponde a una elección de carácter aleatorio. Asimismo, ha destacado que las normas incluidas en este anexo son consecuencia de la transposición de las directivas enumeradas en el anexo III de la DRM, lo cual pone de manifiesto la materialización del rechazo hacia una norma general de responsabilidad ambiental¹⁰⁴⁵.

Valencia Martín¹⁰⁴⁶ considera que el hecho de que dentro de este anexo haya actividades que estén reguladas por normativa autonómica (relacionadas con las distintas clases de vertidos, pero no con aquellas actividades sujetas a autorización

das en el anexo III de la LRM pueden ocasionar no solo igual perjuicio sino aún mayor que aquellas actividades por el consagradas. Objeta la elección que se ha elegido, creyendo que con bastante probabilidad corresponde a una elección de carácter aleatorio. En igual sentido, MULLERAT, 2005: 238.

¹⁰⁴³ (BOE, núm. 157, de 2 de julio de 2002).

¹⁰⁴⁴ Cf. RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2006: «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*, núm. 71, p. 739, ISSN: 0212-6206.. 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 solo igual perjuicio sino aún mayor que aquellas actividades por el consagradas. Objeta, pues, la elección que se ha elegido, creyendo que está corresponde a una elección de carácter aleatorio. En igual sentido, MULLERAT, 2005: 238.

¹⁰⁴⁵ RUDA GONZÁLEZ, 2006: 98.

¹⁰⁴⁶ VALENCIA MARTÍN, 2010: 10.

ambiental integrada) es una indeterminación y un capricho innecesarios que generará inseguridad jurídica, cuando es la seguridad jurídica la que debe primar.

Por otra parte, esta serie de actividades del anexo III de la DRM y de la LRM, poseen características comunes. Al ser ejecutadas, estas crean un riesgo significativo que no puede ser eliminado acogiéndose a una conducta diligente. Las funciones que realizan también precisan de una alta especialización mediante técnicas específicas, a pesar de que, generalmente, son útiles para la comunidad. No obstante, la mayor de sus cualidades es que son actividades que pueden provocar un grave daño. Está más que justificada su inclusión en dicho 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.

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 DRM 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 ¹⁰⁴⁷.

Sin embargo, la existencia de determinados convenios internacionales, entre otros motivos, promovió 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 ¹⁰⁴⁸.

De esta manera, la DRM ilustra su marco de acción para atribuir responsabilidad, objetiva o subjetiva, por la ocasión de un daño ambiental, instituyéndolo en dos supuestos (*Cf.*, art. 3), que vendrían a ser la bifurcación de dos de los considerandos sobre los cuales esta 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:

- 1) Se aplicará la DRM a aquellos daños ambientales 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

¹⁰⁴⁷ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 94.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, 95.

alguna de esas actividades, que resulten riesgosas de manera potencial o real para la salud humana o el ambiente propiamente dicho ¹⁰⁴⁹.

En este supuesto reluce la teoría del riesgo, constituyéndose el afamado régimen de responsabilidad objetiva ¹⁰⁵⁰, por resultar indiferente la presencia de algún elemento subjetivo (dolo, culpa o negligencia).

2) A los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos, será aplicable la DRM 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 cualquier amenaza inminente de tales daños, debidos a la ejecución de esas actividades, que implique de igual modo, un riesgo real o potencial para la salud humana o para el ambiente. No obstante, se deberá imputar responsabilidad al operador, únicamente si ha incurrido en culpa o negligencia ¹⁰⁵¹ (preminencia de elementos subjetivos).

¹⁰⁴⁹ 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.

¹⁰⁵⁰ MARTÍN DÍEZ, 2005: 26. A criterio de la profesora, este tipo de responsabilidad, legalmente, está recogida solo 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.

¹⁰⁵¹ LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 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 cuyos daños 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 DRM. 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 a provocar un ámbito de aplicación muy exiguo. *Vid.*, MARTÍN DÍEZ, 2005: 26. En cuanto al sistema de responsabilidad subjetiva, la profesora señala que este 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 solo a las especialmente peligrosas del anexo III). En este caso, los operadores solo 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

En este mismo ejido, el ámbito de aplicación de la LRM (Cf., art. 3), marca una diferencia *en confrontis* con aquel que la DRM 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 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 (Cf., 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 daño¹⁰⁵².

Mientras tanto, 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 aquel caso, la responsabilidad surge siempre; mientras que, en este último caso, solo cuando se pruebe el ánimo de dañar¹⁰⁵³.

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

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.

¹⁰⁵² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1745.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, 1746.

por la DRM, ya que esta 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 su comportamiento para que este devenga 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 comprare, 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 por lo que se exige que cualquier daño que recaiga sobre ella deberá ser reparado, teniendo un efecto indirecto reflejado en un sistema de prevención impremeditado ¹⁰⁵⁴.

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, exclusivamente 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 supuesto, a la intencionalidad o negligencia del causante. Para su adecuada apreciación se deben contemplar tres elementos ¹⁰⁵⁵:

- 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 (Cf., art. 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:

¹⁰⁵⁴ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 153-157.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, 157.

«1. Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas comunitarias sobre responsabilidad medioambiental más 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 objetiva¹⁰⁵⁶.

No obstante, en cuanto a la precisión citada en el punto cuarto, Ruda González¹⁰⁵⁷ se ha comedido en catalogarla de innecesaria, justificando su posición en dos razones:

1) Porque el Estado y las comunidades autónomas continúan gozando de poder suficiente para hacer una legislación más restrictiva, independientemente de que esto se postule o no expresamente.

2) 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 tripartito (*Cf.*, art. 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 estos 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.

¹⁰⁵⁶ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 99. En igual sentido, URRUTIA GARRO, 2008: 100-101.

¹⁰⁵⁷ *Cf.* RUDA GONZÁLEZ, 2009: 24-25.

Se insta 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» (Cf., art. 3.1 segundo párrafo). Por consiguiente, 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 solamente, la adopción de las medidas preventivas y de evitación. Por lo tanto, el régimen de responsabilidad que prevalece es de carácter subjetiva.

3) Por lo que respecta a la adopción de medidas reparadoras, en el mismo caso; es decir, respecto de las actividades excluidas del anexo III, estas se exigirán solo «cuando medie dolo, culpa o negligencia». Entonces, hay que tener presente que las medidas de prevención y evitación de daños inminentes serán exigibles siempre, aun cuando no medien esas circunstancias.

Notamos, claramente, que no todos los supuestos aquí descritos se enmarcan en una responsabilidad de tipo objetivo en forma exclusiva. Al enlazar los elementos de culpa, negligencia o dolo, estaríamos cumpliendo con la condición de 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 este pueda haber incurrido y el tipo de medida que debe adoptar el operador.

Analizando cada supuesto, sacamos las siguientes conclusiones:

1) El primer supuesto 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 se despliega es una presunción legal ¹⁰⁵⁸ (que la DRM no la contempla) en virtud de

¹⁰⁵⁸ Ya fue profundizado este análisis cuando tratamos sobre la relación de causalidad (art. 3 «Ámbito de Aplicación», número 1, párrafo segundo).

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 este se produzca, si atendiendo a la naturaleza intrínseca o a la forma en la que estas han sido desarrolladas se determina que han sido apropiadas para causarlo.

Al confirmar esta presunción, esta se 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.

2) En el segundo supuesto, se amplía el régimen de responsabilidad si lo comparamos con el primero. Incluye, a las actividades establecidas taxativamente en anexo III de la LRM, pero también abarca a cualquier otro tipo de actividad económica o profesional que se encuentre o no incorporada en el anexo III de la ley ¹⁰⁵⁹. 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*.

3) A partir de aquí, fisgonamente, 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 DRM 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 DRM, la vigoriza ¹⁰⁶⁰. Establece expresamente que ante una «amenaza inminente de daños ambientales», consecuencia del ejercicio de cualquier actividad económica o profesional, el operador deberá acometer sin demora y sin necesidad de requerimiento

¹⁰⁵⁹ En cuanto a la DRM, 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.

¹⁰⁶⁰ La DRM, 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 preventivas adoptadas por el operador, los operadores comuniquen lo antes posible todos los aspectos pertinentes de la situación a la autoridad competente».

administrativo «las medidas preventivas pertinentes» —a pesar de que la LRM en lo atinente a la responsabilidad objetiva y la adopción de estas medidas, haya limitado su alcance—, así como elevar inmediatamente a conocimiento de la autoridad administrativa competente el suceso dañoso. Si el *operador* incumpliera con esta obligación legal (*Cf.*, art. 17), la autoridad pública, en uso de sus atribuciones constitucionales (*Cf.*, art. 45.3), podrá obligarlo a cumplir con dicho mandato legal. Aquí, se denota el carácter ilimitado que caracteriza a la responsabilidad ambiental¹⁰⁶¹.

Frente a este supuesto, algunos doctrinarios, entre ellos Pedraza¹⁰⁶², consideran 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, ha 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 ambiental¹⁰⁶³. Contar con una normativa que no solo 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

¹⁰⁶¹ LOZANO CUTANDA & ALLI TURRILLAS, 2008: 187.

¹⁰⁶² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 98.

¹⁰⁶³ DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 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 concorra 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 evitación de los daños. LOZANO CUTANDA & ALLI TURRILLAS, 2008: 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 (art. 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).

administración, sustentado en que el daño siempre conlleva su producción efectiva, el cual debe ser objeto de reparación, por medio de una indemnización dineraria.

1. Estados Unidos: La propagación e influencia de las disposiciones estadounidenses sobre responsabilidad en la DRM 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 EE. UU. han influenciado ampliamente en la normativa similar existente a nivel mundial. Esta influencia resulta evidente en la DRM sobre responsabilidad ambiental 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 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*¹⁰⁶⁴, pero no retroactiva¹⁰⁶⁵, como sucede en CERCLA. En el caso de la responsabilidad objetiva, en el caso de la ELD, esta 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, al contrario de lo que sucede en CERCLA (que reconoce exclusivamente, la *pure strict liability*).

Los Estados miembros están autorizados a designar una *competent authority* (autoridad competente), 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 (*citizen suit*), pero están provistas de un derecho procesal a través de la *request for action* por parte de un Estado miembro¹⁰⁶⁶. Si la autoridad

¹⁰⁶⁴ ADAIRE JONES *et al.*, 2015: 11036.

¹⁰⁶⁵ En el caso de la LRM, esta 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 estos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha» (Disposición transitoria única), lo cual reduce su carácter irretroactivo.

¹⁰⁶⁶ 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 aleguen la vulneración de un derecho garantizado por uno de

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 (*Cf.*, art. 13.1 DRM o ELD)¹⁰⁶⁷.

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, incluyendo cualquier contaminación del suelo que cree un riesgo significativo para la salud humana. En este último caso (daños al suelo), la LRM ha optado también por incluir los casos de contaminación que provoque, además, daños al ambiente. No obstante, 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 hidrocarburos¹⁰⁶⁸.

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.¹⁰⁶⁹.

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

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*). *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, 11038.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

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, 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 público¹⁰⁷⁰.

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 esta razón 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 indicados, la autoridad competente para la responsabilidad por daños ambientales está surgiendo como un *component of domestic environmental law*¹⁰⁷¹.

No obstante, ciertas deficiencias aún persisten. Adaire, Pendergrass, Broderick y Phelps¹⁰⁷² 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:

1) 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: (i) los *discrete harms* y, los (ii) *discrete public resources*. En contraste, la mayoría de los países tropicales citados cuentan con regímenes legales con amplias protecciones ambientales e incluso con la

¹⁰⁷⁰ *Vid., Ibid.*, 11039.

¹⁰⁷¹ 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., Ibid.*, 11039.

¹⁰⁷² *Ibid.*

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 solo del daño por contaminación, punto central de la legislación estadounidense, sino de aquellos daños provenientes de las capturas ilegales de recursos naturales (como la tala ilegal, la minería y la pesca), así como 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 simplemente 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 países han incorporado, también, reformas de índole procesal que incrementan y facilitan el acceso a los tribunales; por ende, esto aumenta la probabilidad de que se presenten casos ambientales por *significant environmental harms*, lo cual es muy revelador por ser países, cuyos recursos públicos para el cumplimiento ambiental son muy limitados; y, a pesar de ello, han contemplado la posibilidad de que individuos, comunidades y grupos de la sociedad civil, puedan entablar una demanda para remediar los daños ambientales públicos y colectivos.

Esto mismo 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 solamente 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 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 aumenta la experiencia ambiental a nivel jurisprudencial y evita las demoras a los litigantes para acceder al sistema judicial general ¹⁰⁷³.

2) 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 Unión Europea. Los EE. UU. y la Unión Europea 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. En cambio, 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 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— pueden invocar, de forma excluyente, una *injunctive action* para que el responsable detenga el daño y restaure los recursos, pero no pueden cobrar daños monetarios. Tales omisiones pueden repercutir significativamente respecto a *the value of liability claims*, sobre todo en los casos que involucran derrames de productos químicos tóxicos o deforestación, pues la *recovery* puede tomar un periodo 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

¹⁰⁷³ 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.

a asignar las *recoveries*; por defecto, estas se dirigen a la cuenta del tesoro nacional, para ser asignadas mediante el proceso legislativo.

3) 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 limitada¹⁰⁷⁴, 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 fin¹⁰⁷⁵.

Los autores observan igualmente 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. A ello, se suma los presupuestos inadecuados que comprometen la capacidad de las agencias

¹⁰⁷⁴ ADAIRE JONES *et al.*, 2015: 11038. Los autores manifiestan que los informes públicos sobre los casos resueltos sugieren que cada año solo 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 6000 dólares 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.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

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 que sufren daños causados por actores poderosos como son los sectores minero y petrolero.

Frente a esta sinopsis, Jones, Pendergrass, Broderick y Phelps¹⁰⁷⁶, al definir las medidas de los daños relativas al concepto de *making the public whole*, designar un repositorio para la recuperación y protección de los recursos naturales e implementar normas de responsabilidad, consideran que aún persisten oportunidades considerables para fortalecer estas estrategias y su aplicación, con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de disuasión y de justicia correctiva previstos. Los doctrinarios referidos se centran en reformas generales, 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:

a) Ampliar y aclarar el alcance de las normas sobre responsabilidad: La medida normativa de los daños debería abarcar tanto a los *costs of restoration* y el *replacment* de los recursos dañados, así como al *interim loss value* pendiente de la total recuperación de estos. 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.

Las comunidades, los individuos y los grupos de la sociedad civil, deberían ser capaces de recuperar los daños más allá de una *injunctive relief*, y, las normas, deberían establecer que las recuperaciones se gasten en los recursos y nombrar un depósito apropiado.

b) 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 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

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

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 escala¹⁰⁷⁷.

c) 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.

A diferencia de la UE, los EE. UU. han creado 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 o el reemplazo de recursos se lleve a cabo¹⁰⁷⁸. 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.

d) 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

¹⁰⁷⁷ 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.*, 2015: 11039.

¹⁰⁷⁸ 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.*, 2015: 11039.

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 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).

e) 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 las disposiciones legales de responsabilidad. Es por ello por lo 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.

f) 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.

g) 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 también es esencial para proporcionar el liderazgo intelectual que ayude a informar a la futura legislación y a su implementación¹⁰⁷⁹, reduciendo las brechas a través de los 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.

2. 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. No obstante, tales prácticas conducen inevitablemente a conflictos sobre usos incompatibles de los recursos naturales. Por eso, 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 substitutos, 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

¹⁰⁷⁹ ¿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*)?

conjunta en varios ámbitos¹⁰⁸⁰. Por ejemplo, en el caso de una operación industrial ruidosa o contaminante ubicada cerca de una zona residencial, las 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 estos 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 ha 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 consiguiente, los intentos de evaluar la eficacia instrumental del *Tort Law* ambiental no han sido axiomáticos.

Abelkop¹⁰⁸¹ 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 anti ambientales, 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 que considerar y más aún cuando la polarización política hace que sea más difícil 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.

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

¹⁰⁸⁰ ABELKOP, 2013: 387.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

sobre responsabilidad para compensar las deficiencias de otras herramientas políticas.

El escritor referido ¹⁰⁸² 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, así como de 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 sinceramente importa para abordar los problemas ambientales es la caja de herramientas con los múltiples y diversos instrumentos que se tienen a disposición ¹⁰⁸³ 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 caracteriza al *Tort Law* como una herramienta de regulación pública ¹⁰⁸⁴.

Por último, 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

¹⁰⁸² ABELKOP, 2013: 408.

¹⁰⁸³ 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.

¹⁰⁸⁴ ABELKOP, 2013: 382.

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 incluso, una indemnización no solo por el daño que demuestre que ha sufrido, sino por el que sufrirá en el futuro¹⁰⁸⁵.

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 standards* 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 u 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 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 primera¹⁰⁸⁶. Klass¹⁰⁸⁷ 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. 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

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, 387.

¹⁰⁸⁶ *Vid.*, PENDERGRASS, 2007: 2 a 3.

¹⁰⁸⁷ KLASS, 2012: 595.

uso y el disfrute del suelo del demandante y, por ende, puede ser considerado como una *indirect injury*.

Sin embargo, 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*)¹⁰⁸⁸; *Wellesley Hills Realty Trust v. Mobil Oil Corp.*, 747 F. Supp. 93 (D. Mass, 1990)¹⁰⁸⁹.

Por su parte, en el estado de California, se permiten demandas novedosas, concediendo al mismo tiempo *nuisance* y *trespass*. Otra duda que puede coexistir es si el *trespass* es ambiental, ¿Necesita ser directamente visible? En *Martin vs. 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 asentaron en la tierra del demandante constituyeron *trespass*. Los acusados sostuvieron que las partículas de fluoruro eran invisibles y, por lo tanto, no podía haber una invasión directa. La corte finalmente 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»¹⁰⁹⁰, por lo que concluyeron que sí constituyeron *trespass*.

En cambio, en el contexto ambiental moderno, las cortes pueden requerir niveles mínimos de lesiones antes de ofrecer un *remedy* por *trespass*¹⁰⁹¹. 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 vecinas¹⁰⁹². No obstante, en la

¹⁰⁸⁸ La cláusula *caveat emptor* es un aforismo legal del latín que significa «cuidado por parte del comprador».

¹⁰⁸⁹ FERREY, 2010: 28

¹⁰⁹⁰ «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).

¹⁰⁹¹ KLASS, 2012: 598.

¹⁰⁹² PENDERGRASS, 2007: 2 a 3.

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 aquel.

2) *Nuisance*: Bajo el *Common Law*, *nuisance* es otra *tort action*, la más frecuentemente concedida en los litigios ambientales¹⁰⁹³. Configura la teoría típica en los litigios por daños que involucran externalidades de contaminación¹⁰⁹⁴. La *Nuisance Law* tradicionalmente protege el derecho del *land owner* para usar y disfrutar de la propiedad (un interés amplio que puede ser 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 similares¹⁰⁹⁵. 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*:

- a) La pública.
- b) 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

¹⁰⁹³ FERREY, 2010: 23.

¹⁰⁹⁴ ABELKOP, 2013: 393.

¹⁰⁹⁵ KLASS, 2012: 598.

en peligro la salud pública y la seguridad u ofender la moral pública. Puede ser presentada únicamente 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 podría hacerlo siempre que demuestre que ha sufrido un daño que puede ser distinguido del sufrido por los miembros del público en general ¹⁰⁹⁶.

Aunque poco frecuentes, las *public nuisance actions* estimuladas por organismos gubernamentales o ciudadanos privados pueden resultar importantes instrumentos de política para establecer conexiones más limpias entre las acciones y sus consecuencias ambientales, de salud pública y económicas ¹⁰⁹⁷.

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 basta que sea 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 ¹⁰⁹⁸.

No obstante, 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 un problema exclusivo, a pesar de que la *Nuisance Law* no proporciona una construcción en curso para supervisar, por ejemplo, las descargas al aire o al agua.

En términos más concretos, 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 ¹⁰⁹⁹:

¹⁰⁹⁶ ABELKOP, 2013: 395.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.* 394 a 395.

¹⁰⁹⁸ PENDERGRASS, 2007: 2.

¹⁰⁹⁹ KLASS, 2012: 690.

- 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.

Si acudimos al *Restatement (Second) of Torts* (§ 822) podemos constatar lo afirmado. Expresamente, exige 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»¹¹⁰⁰.

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, este puede ser demostrado si la actividad causó un 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 hubiese podido evitar la actividad que causó el daño¹¹⁰¹.

Doctrinariamente, existe un debate respecto de qué debe entenderse como interferencia irrazonable.

Klass¹¹⁰² 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 este y otro daño similar no

¹¹⁰⁰ «Uno está sujeto a responsabilidad por “nuisance” privada sí, pero solo 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).

¹¹⁰¹ FERREY, 2010: 23 a 24.

¹¹⁰² KLASS, 2012: 692.

sería irrazonable. Abelkop¹¹⁰³ 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.

Pendergrass¹¹⁰⁴ resalta el hecho de que la contaminación debe ser una interferencia irrazonable con el uso del *landowner*, pero dicha irracionalidad dependerá de las circunstancias en cada caso individual. Para este autor, la determinación de la irracionalidad 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 esta, 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*¹¹⁰⁵.

Las cortes suelen considerar que se trata de una *nuisance* si el daño supera la utilidad de la conducta. Ciertamente, 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 este *llegó a la molestia*; y, en consecuencia, no puede quejarse de que la actividad interfiere irrazonablemente con el uso y disfrute de la tierra o propiedad¹¹⁰⁶.

Cuando las cortes sostienen que existe una *nuisance*, gozan de amplios poderes para remediarla. Pueden 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 que mueva la instalación si la tecnología no pudiera evitar la molestia¹¹⁰⁷. Notablemente, las operaciones lícitas que

¹¹⁰³ ABELKOP, 2013: 395.

¹¹⁰⁴ PENDERGRASS, 2007: 2.

¹¹⁰⁵ FERREY, 2010: 24.

¹¹⁰⁶ PENDERGRASS, 2007: 2.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

resultan en un daño para los recursos públicos o la propiedad privada pueden ser prohibidas o sujetas a responsabilidad por daños basados en *nuisance* ¹¹⁰⁸.

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 ¹¹⁰⁹.

Para instituir el régimen de responsabilidad bajo la teoría de la *Common Law Negligence*, Klass ¹¹¹⁰ expone que el demandante debe establecer, mediante la *preponderance of the evidence*, que el demandado violó ese *duty of care* adeudado al demandante; que esa quebrantación fue 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 relacionadas con las actividades que resultaron en contaminación y que fue aquel quien causó el daño. En esta misma línea, Ferrey ¹¹¹¹ arguye que el demandante debe ajustarse a las siguientes condiciones:

- a) 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*.
- b) El incumplimiento de ese deber.
- c) 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*.
- d) 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

¹¹⁰⁸ Cf. KLASS, 2012: 695.

¹¹⁰⁹ ABELKOP, 2013: 396.

¹¹¹⁰ KLASS, 2012: 696.

¹¹¹¹ FERREY, 2010: 28 a 29.

sobrepasa lo que la ley considera la utilidad del acto o de la manera particular en que se hace»¹¹¹².

En segundo lugar, para determinar la utilidad de la conducta del actor, las cortes han de considerar el valor social que la ley 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 peligroso¹¹¹³.

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 daño¹¹¹⁴.

Klass¹¹¹⁵ 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 y otras acciones del demandante

¹¹¹² *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 en el texto pertenece a la autora de esta obra). *Vid.*, *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».

¹¹¹³ *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 en el texto pertenece a la autora de esta obra).

¹¹¹⁴ *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 en el texto pertenece a la autora de esta obra).

¹¹¹⁵ Cf. KLASS, 2012: 697.

que podrían haber resultado en el daño o las inmunidades estatutarias, las demandas de negligencia verdaderamente se afirman en los casos que involucran un daño ambiental. En cualquier caso, al tratarse de un daño ocurrido hace décadas u ocasionado por una industria especializada (antes de la promulgación de CERCLA y otras normas ambientales) o incluso, por una conducta que se produjo en los últimos años, puede no resultar nada fácil para un demandante o al menos muy intensivo en los hechos (además, de ser 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* de ese tiempo, incluso si la tecnología se hubiese desarrollado desde aquel momento 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 este 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 solo 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-averse or risk-aware behavior*¹¹¹⁶. Por supuesto, las normas que contemplen una responsabilidad excesiva podrían sobre disuadir la actividad de riesgo, mientras que una norma modesta podría resultar en una disuasión 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 consiguiente, 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 no alcanzan los niveles óptimos de riesgo y precaución, pueden ser complementos útiles para la regulación¹¹¹⁷.

¹¹¹⁶ ABELKOP, 2013: 396.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, 397.

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 se*, 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 ¹¹¹⁸.

4. *Strict liability*: 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 periodo posterior a la guerra civil y la posdepresión, a finales del siglo XIX, se caracterizó por el surgimiento de grandes empresas y el desarrollo de seguros de responsabilidad ¹¹¹⁹.

De aquí, que el *traditional torts system* que estuvo fragmentado en diferentes partes, haya sido 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 ¹¹²⁰. En ese momento, los EE. UU.

¹¹¹⁸ FERREY, 2010: 29.

¹¹¹⁹ Vid., OLIPHANT, Ken, 2014: «Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England», *McGill Law Journal*, 819 - *Revue de droit de McGill*, vol. 59, núm. 4, pp. 822 a 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 abarca todo 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 acción 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 solo 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*).

¹¹²⁰ BRÜGGEMEIER, 2013: 939 a 940. A juicio del autor, lo que determinó que 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

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 de la *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 ¹¹²¹.

En consecuencia, bajo esta teoría, una corte puede determinar que un demandado es responsable independientemente de si ejerció un cuidado razonable ¹¹²². Así, mientras la negligencia *per se* opera como un tipo de norma reguladora, la *strict liability* funciona más como un *Pigovian Tax* ¹¹²³ establecido judicialmente, en virtud del cual, el acusado debe pagar la *penalty* por cada lesión que cause ¹¹²⁴.

Por lo tanto, la *strict liability* provee la reparación de los daños causados por actividades que el debido cuidado no puede mitigar el riesgo ¹¹²⁵. 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 ¹¹²⁶. La regla de la responsabilidad objetiva es particularmente importante en los casos en que la propiedad está contaminada con sustancias peligrosas ¹¹²⁷.

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* ¹¹²⁸.

del paradigma del sujeto en el derecho privado, totalmente superpuesta a las doctrinas del liberalismo económico.

¹¹²¹ KLASS, 2012: 3.

¹¹²² ABELKOP, 2013: 398.

¹¹²³ Conocido también como *Pigovian Tax*.

¹¹²⁴ ABELKOP, 2013: 398.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *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.

¹¹²⁷ PENDERGRASS, 2007: 3.

¹¹²⁸ *Ibid.*

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 ultrapeligrosas). 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 demandante*) a un *foreseeable harm* como resultado de esa actividad ¹¹²⁹.

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* ¹¹³⁰. 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 ¹¹³¹.

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 ¹¹³²:

- 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.

¹¹²⁹ FERREY, 2010: 29.

¹¹³⁰ ADAIRE JONES *et al.*, 2015: 11035.

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² *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)¹¹³³

Adicionalmente, las cortes deberán considerar los siguientes factores para poder someter a la *abnormally dangerous activity a strict liability*¹¹³⁴ (§ 520)¹¹³⁵:

- 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.
- 6) La medida en que el valor de la actividad para la comunidad se ve superado por sus atributos peligrosos¹¹³⁶

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 significativo que no puede eliminarse incluso cuando se ejerza una atención razonable en la realización de la actividad»¹¹³⁷.

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

¹¹³³ La traducción corresponde a la autora de esta obra.

¹¹³⁴ *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».

¹¹³⁵ *Vid.*, también, *Restatement (Third) of Torts*(2010), (§ 20): *liability for physical and emotional harm (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).*

¹¹³⁶ La traducción corresponde a la autora de esta obra.

¹¹³⁷ ABELKOP, 2013: 399.

contaminan las aguas subterráneas y los pozos de agua potable; contaminación de arroyos y tierras ¹¹³⁸; 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 derivar a la vez, en los términos de CERCLA o la *State Superfund Liability*, en responsabilidad ambiental. 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 ¹¹³⁹.

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, en virtud de la disposición de *strict liability* que CERCLA ha incorporado (en el § 107.a) ¹¹⁴⁰, 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) ¹¹⁴¹.

Al parecer, el Congreso aprobó precipitadamente CERCLA, olvidando normas claves respecto a la responsabilidad, pero 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

¹¹³⁸ KLASS, 2012: 4. En igual sentido, PENDERGRASS, 2007: 4.

¹¹³⁹ ABELKOP, 2013: 399.

¹¹⁴⁰ 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 de dólares en cobertura de seguro más 117.5 millones de dólares adicionales por reactor nuclear. *Vid.*, ABELKOP, 2013: 11 a 12; 409.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, 408.

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 ¹¹⁴². No está basada en la negligencia. No obstante, 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 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 ¹¹⁴³.

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 standard of care*, se usa cuando se trata de *abnormally hazardous activities* ¹¹⁴⁴.

La responsabilidad objetiva puede ser utilizada juntamente 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 ¹¹⁴⁵.

En resumen, 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. ¹¹⁴⁶ La figura de la responsabilidad, también puede servir como un instrumento para

¹¹⁴² *Vid.*, FERREY, 2010: 393 a 394.

¹¹⁴³ PENDERGRASS, 2007: 4.

¹¹⁴⁴ ADAIRE JONES *et al.*, 2015: 11036.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

completar vacíos, cubriendo actividades que, aunque no estén expresamente identificadas como ilegales, sin embargo, causan daños al ambiente¹¹⁴⁷.

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 A¹¹⁴⁸). 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 él¹¹⁴⁹. El fabricante está sujeto al *standard 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 ejemplo¹¹⁵⁰:

1) 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.

2) 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.

3) 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.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

¹¹⁴⁸ 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».

¹¹⁴⁹ FERREY, 2010: 30.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, 30 a 31.

3. Distinciones entre CERCLA y el *Common Law*

Junto con 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 ¹¹⁵¹, con los principios establecidos por el *Common Law* ¹¹⁵²:

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 para terceros, bajo CERCLA.

Los conceptos de *corporate veil* ¹¹⁵³ 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. Sin embargo, existen algunas precisiones extras que hacer respecto de ellas:

1) *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 simples 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 parte del vecino no era razonable y causó daños ¹¹⁵⁴.”

¹¹⁵¹ 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 comprensivos 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 varios sentidos, el *Superfund* aún no está seguro de su paso completo.

¹¹⁵² FERREY, 2010: 372.

¹¹⁵³ 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.

¹¹⁵⁴ PENDERGRASS, 2007: 4.

2) *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 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, Klass¹¹⁵⁵ 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 bien a la propiedad que actualmente esté contaminada o bien a la propiedad que tiene el riesgo de contaminación futura o propiedades que han sido remediadas, pero que todavía se percibe 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, otras cortes, reconocen que el valor de la propiedad puede disminuir a través del *stigma*, simplemente por estar cerca de la contaminación¹¹⁵⁶.

3) *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 periodo 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.

3.1. 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

¹¹⁵⁵ KLASS, 2012: 5.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, 6.

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 ¹¹⁵⁷.

No obstante, 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 ¹¹⁵⁸.

En otros términos, 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 consiguiente, cuantos menores sean los costos de transacción, menor será la asignación de asuntos que versen sobre derechos legales. Por supuesto, tal como reconoció Coase, no vivimos en un mundo libre de distorsiones del mercado y costos de transacción, donde las partes tienen información completa ¹¹⁵⁹.

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

¹¹⁵⁷ ABELKOP, 2013: 388.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, 393.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, 388.

de la contaminación del agua: las instalaciones podrían eliminar los contaminantes de sus emisiones y depositarlos en sus efluentes)¹¹⁶⁰.

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.

Abelkop¹¹⁶¹ 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, interesa especialmente a los estudiosos de derecho y economía¹¹⁶².

Según el criterio de Kaldor-Hicks¹¹⁶³, un cambio en la asignación de recursos mejorará la eficiencia si se cumplen con los siguientes tres postulados:

- 1) El cambio debe hacer que al menos una persona esté mejor.
- 2) La persona (o 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. Ahora bien, 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,

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, 389.

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² *Ibid.*, 390.

¹¹⁶³ *Ibid.*

siendo una política óptima, aquella que minimiza los costos para lograr un objetivo estatuido, más que un criterio de eficiencia ¹¹⁶⁴.

Examinar al *Tort Law* bajo el criterio de costo-efectividad, implica necesariamente la medición de los costos de gobernabilidad, incluyendo el costo mantenimiento 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 meramente distribución son tan importantes como la eficiencia en la toma de decisiones políticas. En consecuencia, las teorías microeconómicas del *Tort Law* –generalmente– reconocen dos funciones principales para el establecimiento de la responsabilidad ¹¹⁶⁵:

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»

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 la vertiente instrumentalista, que hace hincapié en los efectos disuasivos generales de la responsabilidad como Derecho público.

H. 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 DRM y por la LRM. Si esta actividad cuenta con una probabilidad alta para generar daños en el

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ ABELKOP, 2013: 391.

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, lo que a ojos de esta normativa realmente importa, tal como se ha explicado, 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 DRM como la LRM en sus anexos III, la extracción de hidrocarburos es una actividad económica que no pertenece a ninguna de las incluidas en dicha clasificación. En realidad, esta actividad está regulada mediante instrumentos internacionales e internamente se cuenta con una ley específica que regula la materia.

Lo que resulta importante es determinar si la responsabilidad que de la sentencia se desprende, gozaba verdaderamente 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 sentencia¹¹⁶⁶, 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 cuasidelitos¹¹⁶⁷, recalcando que lo que importa es que estamos ante hechos ilícitos, los cuales estaban también regulados en el Código Civil de aquella época¹¹⁶⁸, basándose entonces en la doctrina clásica¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁶ *Vid.*, SSUCPS. Considerando séptimo, *fojas* 74 a 86.

¹¹⁶⁷ 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».

¹¹⁶⁸ *Vid.*, 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.

¹¹⁶⁹ La Corte Suprema se remite a una de las sentencias más estudiadas en Ecuador, que fue pronunciada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada el 29 de

La responsabilidad civil extracontractual establecida con la sentencia encuentra su fundamento legal en el artículo 2256 del Código Civil¹¹⁷⁰. La corte recuerda que la responsabilidad civil extracontractual procede solo si se ha cumplido con tres presupuestos¹¹⁷¹, 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 existencia del daño es un presupuesto indispensable y a efectos de la responsabilidad es necesario probarlo cabalmente, pues este será reparable cuando sea cierto¹¹⁷². 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, debido a que no existía una normativa como la DRM 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.

octubre de 2002 (RO. n.º 43, de 19 de marzo de 2003). *Vid.*, Juicio n.º 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».

¹¹⁷⁰ 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 esta. 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 él; 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».

¹¹⁷¹ *Vid.*, Juicio n.º 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.

¹¹⁷² 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» (*Vid.*, SSUCPS, considerando séptimo, 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.

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. Por lo que respecta 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 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»¹¹⁷³.

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 Ecuador¹¹⁷⁴, llegó a la conclusión de que dicha obligación verdaderamente existió y que, por ende, 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 los sesenta, setenta y ochenta.

Un fundamento extra expuesto por *Texpet* (operadora del consorcio), llamó mucho la atención, pues alegó en su defensa que, durante la vigencia del contrato

¹¹⁷³ *Vid.*, SSUCPS, considerando séptimo, *fojas* 76 a 77.

¹¹⁷⁴ Normas que serán expuestas y analizadas a lo largo del presente trabajo, según su aplicabilidad y oportunidad en cada capítulo.

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 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 la parte demandada que justifique la hipótesis de que la vigilancia o el control estatal liberaría a *Texpet* de sus obligaciones legales. No existe doctrina ni jurisprudencia que determinen que el control estatal libera 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 esta 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 Sucumbíos¹¹⁷⁵.

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 o si se pudiera establecer responsabilidad patrimonial a la Administración por su intervención. Estos inconvenientes pretenderé resolverlos en el desarrollo continuo de nuestro trabajo. Por el momento, destacamos que el criterio acogido por la corte, sustentado en la doctrina y jurisprudencia española¹¹⁷⁶, cuyo fundamento se centró en establecer que ni siquiera el acatamiento y el cumplimiento de

¹¹⁷⁵ *Ibid.* 78.

¹¹⁷⁶ *Vid.*, SSUCPS, considerando séptimo, 78 a 79. Con la finalidad de demostrar esta conclusión, Corte de Sucumbíos se refirió y citó jurisprudencia española, en forma específica la Sentencia n.º 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 Marín Castán, en la Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1.ª 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 para eliminar las inmisiones como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebrantamiento 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».

la normativa aplicable liberan al obligado de sus responsabilidades, ni tampoco de las acciones civiles que puedan iniciar terceros. Hecho que justifica, además, el por qué se impusieron varias sanciones de carácter administrativo a Texpet, aunque siempre dejando a salvo los derechos de los terceros¹¹⁷⁷, 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 acopió doctrina de otra sentencia¹¹⁷⁸, enfocada en dos criterios, constituidos 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. En cambio, el segundo 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 exclusivamente a las condiciones particulares que rodean el efecto dañoso¹¹⁷⁹.

En aplicabilidad al caso de estudio, siguiendo el modelo objetivo, se 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 el libro intitulado *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)¹¹⁸⁰. Fue escrito en 1962, es decir, 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

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, 79. Existieron documentos 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.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, 82. Se refiere a la Sentencia de la primera sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, del 29 de octubre de 2002, publicada en RO 43, de 19 de marzo de 2003.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, 80 a 84.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, 82.

con recomendaciones, entre ellas: «El cuidado extremo debe ejercerse en el manejo y disposición del agua producida no solo 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, precisamente, esa parte del texto es 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 simplemente con respecto a este tema, sino que el estado de la técnica ahí descrito era el que establecía el Instituto Americano de Petróleo¹¹⁸¹ y el que debieron haber practicado.

En lo concerniente 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, así como el conocimiento y la capacidad técnica de impedirlos a un costo razonable, tales daños no serían solamente previsibles, sino evitables, por ser jurídicamente exigible el deber de evitación al amparo de la legislación histórica vigente en la época, por lo que resultaría evidente que se trata de una conducta culposa grave, la cual 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, más allá de la clasificación del acto como doloso o culposos, lo que importa es el resultado

¹¹⁸¹ *Ibid.*, 80.

negativo obtenido como consecuencia de dicha conducta. Este fue el sentido en virtud del cual se pronunció la corte, dejando claro que ¹¹⁸²:

«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».

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. La sentencia reconoce y se refiere 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. Concuerda 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 ¹¹⁸³.

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 ¹¹⁸⁴, resolvió que:

«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 Ilus* (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad)».

De esta manera, para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual, no se requeriría que haya culpa o dolo, bastaría que los daños sean

¹¹⁸² *Ibid.*, considerando séptimo, 82.

¹¹⁸³ *Ibid.*, 82 a 83.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

consecuencia directa del acontecimiento que los haya originado. Frente a ello, estaríamos 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 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)¹¹⁸⁵. Sobre la base de dicha presunción, se instituyó un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños ambientales —por llevar a cabo actividades hidrocarbúricas—.

La corte pretendió fundarse en un criterio de culpa, aislado de una responsabilidad de pleno derecho o del establecimiento de una presunción absoluta¹¹⁸⁶. 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 únicamente 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 ecuatoriano¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, 83 a 84.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, 84 a 85. La sentencia lo que hizo fue dar una interpretación al artículo 2229 del Código Civil, partiendo de dos discernimientos. El primero, 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. (i) 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.; (ii) Los artículos 2224 a 2226 estatuyen normas acerca de los daños causados por los animales, de los cuales deben responder sus dueños a poseedores;

El empleo de este régimen favorece a cualquier persona que haya sido la víctima, pues basta 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 que:

«El riesgo de la cosa es un 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»¹¹⁸⁸.

(iii) 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, y (iv) Por consiguiente, lo más natural es pensar que el artículo 2356 se refería a una clase diferente de daños; y estos no son otros que los ocasionados por actividades o explotaciones peligrosas. Y el segundo: Los mismos ejemplos del artículo 2356. Analizando los dos últimos ejemplos de este texto según los cuales se responde por daño causado: (i) 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, (ii) 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. Transcribí 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.

¹¹⁸⁸ *Vid.*, 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 estos sean realizados a pesar de todas las previsiones tomadas razón por la cual el demandado solo 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».

I. ¿SE DEBERÍAN INCLUIR LOS DAÑOS TRADICIONALES DENTRO DEL 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 este, 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 ante la dualidad de daños ambientales que la doctrina española ha clasificado:

1) Daños ocasionados en la esfera individual de unos determinados individuos (los indígenas de la Amazonía), que han afectado sus intereses individuales, así como también, la esfera de sus derechos subjetivos, incluyendo el factor cultural. Hablamos de *daños personales ambientales*.

2) Daños de carácter colectivo, que a *contrario 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. Hablamos de un *daño ecológico puro*.

En el caso Chevron-Texaco, se trata de un supuesto de hecho que ni la DRM 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 art. 5.1 LRM y considerando 14 DRM); disponiendo su no aplicación/protección respecto de los daños que sufran los particulares. Es un caso de *daño ambiental* que, por un lado, no deja de ser un daño ecológico *puro*; y por otro, no excluye a los *daños tradicionales*. Estos últimos, están pegados a aquel simultáneamente.

Sin embargo, la determinación del régimen aplicable –ambiental o civil–, ciertamente, está ligada al ánimo del juzgador. Dependerá de él la resolución de cualquier caso, mediante un juicio de valor respecto de los dos sistemas jurídicos, optando por el más *eficaz*. Él será quien decida cuál de los mecanismos jurídicos se debería aplicar al hecho dañoso o a los nuevos casos con esta misma esencia y gravedad.

Una pronta y banal interpretación jurídica para dotar solución a posibles casos de la envergadura del caso Chevron-Texaco, consistiría en afirmar que habrá que acudir a la vía civil para el supuesto (i) y, a la vía administrativa-ambiental para el supuesto (ii). Empero, la problemática no solo versa sobre aquellos casos en los que los bienes demaniales cuentan con un título jurídico privado. Va más allá, 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 este, 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 para dirimir si los daños tradicionales deberían estar incluidos o totalmente excluidos del régimen de responsabilidad ambiental previsto por la DRM 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 ¹¹⁸⁹ 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 ¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ Sobre el carácter colectivo del daño, *vid.*, RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2008: *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., pp. 75 a 89.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, 79 a 80.

Esteve Pardo¹¹⁹¹ 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, 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, esto es, 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 público¹¹⁹².

Cabanilla Sánchez¹¹⁹³ ha adoptado más bien una posición tendiente a que se debería empezar a descartar que el Derecho civil no tutela intereses colectivos y que solamente 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 urbanos¹¹⁹⁴.

Sin embargo, aún está latente otro interrogante que debemos resolver y que íntimamente estaría ligado a todo lo que hemos venido afirmando: ¿Por qué determinados daños ambientales pueden tener jurídicamente una repercusión humana? Recurrimos a la exposición del profesor Betancor¹¹⁹⁵, quien explica esta situación de manera muy prolija y clara:

1) 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 ciertos daños repercutirán sobre los seres humanos, sino que *todos los daños ambientales son humanos*.

2) La relación entre los seres humanos y la Naturaleza se juridifica no por contar con un título de derechos, sino en virtud de deberes; desde el deber y la responsabilidad para con la Naturaleza hasta el deber y la responsabilidad para con las generaciones futuras. Desde esta perspectiva, el *daño ambiental*, es fruto del incumplimiento del deber de cuidado y de la responsabilidad, razón por la

¹¹⁹¹ Cf. ESTEVE PARDO, 2008b: 10, 41 y 48.

¹¹⁹² RUDA GONZÁLEZ, 2008: 78 a 80.

¹¹⁹³ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1995: 10 a 11.

¹¹⁹⁴ Vid., RUDA GONZÁLEZ, 2008: 87 a 88.

¹¹⁹⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 66 a 67.

cual el Derecho reacciona imponiendo una sanción y buscando su reparación (Cf., art. 45.3 CE), por la violación de lo dispuesto en el apartado anterior (Cf. 45.2 CE), en el cual la Constitución impone un deber dirigido a todos (no exclusivamente a los poderes públicos) de utilizar racionalmente los recursos naturales ¹¹⁹⁶.

3) 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.

4) 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 Martín ¹¹⁹⁷, 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 esta (en el caso del Derecho español, fundamentalmente, a partir del artículo 1902 CC), y necesita, al 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 este 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 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

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, 66 a 67.

¹¹⁹⁷ VALENCIA MARTÍN, 2010: 8 a 9.

distinto; un mecanismo jurídico singular y diferente al que la clásica regulación civilista de la responsabilidad extracontractual (*Cf.*, art. 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 a ser un daño colectivo, es un daño sufrido por todos (cuyo sujeto pasivo somos todos), el cual afecta a *intereses difusos*. De manera más simple, es el que afecta al interés general y no admite otra clase de reparación que no sea la reparación *in natura*¹¹⁹⁸.

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 del ámbito civil y el impedimento de 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 *extracommunium* (como la flora y fauna silvestres por lo general) ya que, si el bien dañado hubiese sido de titularidad pública o al menos no susceptible de apropiación privada, es evidente que los perjudicados somos todos. No obstante, cabe decir lo mismo, según el mismo profesor, aun 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 de la *puridad* que como daño refleja y que hemos expuesto en el capítulo II que trata del daño ambiental) hay que distinguir dos efectos diferentes que generan este tipo de daños¹¹⁹⁹:

1) El perjuicio económico que puede sufrir el propietario del bien (por ejemplo, la pérdida o disminución del aprovechamiento maderero que proporcionan los árboles), lo que sería un *daño tradicional*.

2) El perjuicio que nos causa a todos, la merma o privación de los servicios ambientales que proporcionaba el recurso (por ejemplo, la destrucción del hábitat de una especie protegida, etc.), lo que sería el daño ambiental en sentido estricto.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, 9 a 10.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, 10 a 11.

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 solo la previsión de mecanismos para evitar el enriquecimiento injusto del propietario o la «prohibición de la doble recuperación de los costes» como la normativa ambiental que venimos estudiando lo prescribe (*Cf.*, arts. 16.2 DRM y 5.2 LRM).

No hay mejor argumentación, más abstracta, a la que se pueda recurrir como la cita de Victor Hugo, que algunos autores¹²⁰⁰ 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 aquel 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, así como los daños ambientales, son de interés público, cuya tutela no corresponde al Derecho privado, pues aquellos les resultaría totalmente irrelevante y supondría un subterfugio de su esencia o naturaleza jurídica, pues lo que en verdad le importa es indemnizar aquellos daños que hayan 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 único *daño ambiental*. Se superaría la *humanización* de los daños para poder jurificarlo, pues todos los daños son humanos.

En el campo internacional, algunos convenios internacionales¹²⁰¹ han intentado ser un reflejo de esta nueva tendencia, buscando proteger el ambiente, aunque en la mayoría de las veces, más que cubrir el *daño ecológico puro*, lo

¹²⁰⁰ *Cf.*, *ibid.*; PARADA, Ramón, 2007: *Derecho administrativo*, tomo III, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, p. 247.

¹²⁰¹ (i) El Convenio sobre el transporte marítimo de hidrocarburo, de 29 de noviembre de 1969; (ii) el Convenio sobre el transporte de mercancías peligrosas, de 10 de octubre de 1989, y (iii) 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.

que ha hecho es establecer responsabilidad por daños, pero sin proteger al ambiente entendido como un todo y como fuente de vida que garantiza 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 no instauran una verdadera responsabilidad ambiental, sino más bien, tratan de establecer meramente una responsabilidad por daños.

Lo que sería 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 «Pachamama» y el ambiente como tal, no se la haga con una óptica única y exclusivamente antropocéntrica. Asimismo, existen 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 la responsabilidad civil, quedando la protección del ambiente ajena a este campo¹²⁰².

Mientras tanto, en el Derecho de la Unión Europea, el Libro Blanco¹²⁰³ 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

¹²⁰² Entre los Convenios más importantes de la OMI están: (i) Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS), 1974, enmendado; (ii) 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 (iii) 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 los 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, (Disponible en: <http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/Default.aspx>)

¹²⁰³ Que fue el que introdujo el cambio. *Vid., Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*, COM (2000) 66 final, promulgado por la comisión, el 9 de febrero de 2001.

sistema de responsabilidad¹²⁰⁴. Sin embargo, intentando evolucionar en el campo ambiental, se pasó del Libro Blanco –que sí regulaba los daños tradicionales– a un régimen 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 DRM como la LRM (con la segmentación de recursos naturales ya explicada en su momento). Por lo tanto, parecería que el Libro Blanco 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 inmobiliaria 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, puramente de carácter ambiental.

Ya nos vamos acercando a obtener una respuesta más clara. A partir de aquí, vamos a dilucidar dos cuestiones extras:

- 1) ¿Cuándo una acción de cualquier individuo -un acto humano- debe ser sancionado por el Derecho por haber sido la causa de un daño ambiental?
- 2) ¿Cuándo ese daño ambiental proveniente de una conducta humana –acción u omisión–, deberá ser compensado/reparado por un ordenamiento jurídico?

Betancor¹²⁰⁵ pone énfasis en el aspecto ligado con la compensación del daño. Afianza el hecho de que la mayoría de los sistemas jurídicos rechacen la

¹²⁰⁴ 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 este 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, «solo deben quedar cubiertos los daños significativos» que sufra la biodiversidad o la *contaminación significativa* que afecte a determinados lugares.

¹²⁰⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 66.

compensación del *daño ambiental puro* (o ecológico) mediante el mecanismo clásico de la responsabilidad civil ¹²⁰⁶, 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:

1) 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 consiguiente, al derecho que le inviste a un individuo sobre tal aprovechamiento.

2) Porque existe una amenaza a la salud. Dicho de otro modo, la Naturaleza es fuente de vida, pero si sufre daños, estos 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 estos 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*. No obstante, como lo mencionamos en el capítulo II de esta obra, referente al *daño ambiental*, este 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 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

¹²⁰⁶ GOMIS CATALÁ, 1998: 64.

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 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 perfectamente¹²⁰⁷, lo cual no facilita en nada para que sean conectados de manera fácil y directa con el instituto de responsabilidad civil, sin que nada esté dicho tampoco, 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 es el que una persona causare a otra (*Cf.*, art.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 residuos¹²⁰⁸.

Paralelamente a ello, en relación con los requisitos y por la notable influencia del orden civilista francés y al tratar en específico el daño civil, tal como lo hemos indicado, 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 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, únicamente, los *daños individuales*, los que cuentan a diferencia de los *daños colectivos*, con un precio asignado en el mercado.

Betancor¹²⁰⁹, al exponer las características que asumen un particular protagonismo cuando se trata de los *daños ambientales puros*, refulege 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».

¹²⁰⁷ 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.

¹²⁰⁸ Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (*BOE* núm. 96, de 22 de abril de 1998).

¹²⁰⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1553 a 1554.

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, el maestro ¹²¹⁰ 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 esta misma línea, en palabras de Gomis Catalá ¹²¹¹, la unión que debe existir entre el concepto de daño ecológico y el derecho a la propiedad para poder hablar de aquel en sentido íntegro «no se debería excluir del concepto de daño ecológico el que afecta al medio ambiente objeto de propiedad». Afirmación sobre la cual también nos apoyamos y atribuimos de acertado y oportuno el juicio de valor por el empleado, poniendo énfasis sobre todo 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 sobre todo 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 este pueda incluso mejorar y garantizar la economía de su país, así como 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 también tendrá consecuencias dentro de la esfera de los derechos de los individuos (reiteradamente, la salud y la vida como tal entre los más importantes). 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 consiguiente, todos deben ser reparados. No solo unos pocos.

¹²¹⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 68.

¹²¹¹ GOMIS CATALÁ, 1998: 62.

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 mecanismo de la responsabilidad civil. Si se logra verificar que existe un *dueño*, un titular del bien/recurso perjudicado, se puede descifrar quién es el perjudicado y los servicios menoscabados por el daño ¹²¹².

No obstante, 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 dé, 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 ¹²¹³.

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 sea 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

¹²¹² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 72.

¹²¹³ *Ibid.*, 73.

sujeto tutelante de los recursos naturales, es la que deberá garantizar que el derecho al uso o a la protección, y también la reparación de este derecho cuando se vea alterado (por un menoscabo/perjuicio).

En síntesis, esta intermediación permite conectar la esfera de derechos de una persona y los bienes ambientales, de tal manera que cuando surjan daños sobre estos y se proyecten sobre aquella, se pueda exigir y obtener la respectiva compensación/reparación, que a la vez garantizará el cumplimiento al principio constitucional de la *restitutio integrum*¹²¹⁴. En el caso Chevron-Texaco, todos estos aspectos 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, meramente 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 se convierten en (ii) las víctimas que soportan esos daños –directa o indirectamente–¹²¹⁵. Todo lo contrario, a lo que una respuesta antropocéntrica aportaría, pues bajo esta perspectiva, los *daños ambientales puros* no encuentran ni encontrarán una solución reparadora¹²¹⁶. En suma, 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 pudo actuar hasta como un *antígeno*¹²¹⁷, colaborando a la hermenéutica 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 más bien a que la dispersión del régimen jurídico-ambiental continúe. A decir verdad, 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

¹²¹⁴ *Ibid.*, 73 a 74.

¹²¹⁵ *Ibid.*, 56.

¹²¹⁶ Ver más sobre el carácter irreparable del daño en RUDA GONZÁLEZ, 2008: 164 a 167.

¹²¹⁷ Diccionario RAE, «antígeno»: I.M. Biol. «Sustancia que, introducida en un organismo animal, da lugar a reacciones de defensa, tales como la formación de anticuerpos».

seguridad jurídica, en tanto no existe una normativa unificada que rijan la materia y a la cual sujetarse, sobre todo en los casos de tipo ambiental que incluyen daños con la *dimensión unitaria* que hemos señalado y que el caso *Chevron-Exxon* enfoca. A todo esto, acompañará el efecto-riesgo, de que esta 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 justamente en el mundo material. Todo ello, por desconocimiento y por la no oportuna intervención del legislador¹²¹⁸.

Como hemos destacado, el daño ambiental es humano, principalmente, porque quien se verá afectado siempre será el ser humano. Empero, los mecanismos jurídicos utilizados en la mayoría de los sistemas jurídicos varían en función del título jurídico de *apropiación del bien*. A partir de aquí, se podrían distinguir tres grupos de bienes¹²¹⁹:

- 1) Bienes-objeto de apropiación privada, que cuentan con un título de propiedad. Aquí entraría el suelo.
- 2) Bienes-objeto de apropiación colectiva (demanal), en virtud de un título de dominio público. Son bienes de este tipo el agua, el mar y la costa.
- 3) 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-Exxon* escenifica aún más todo lo manifestado. Una compañía operada por seres humanos, que causó al mismo tiempo, daños en el ambiente y 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 ámbito doctrinario. Ya no se debería hablar de daños individuales de una manera aislada, sino que existe ahora un daño colectivo e individual también de manera conjunta. En el caso que nos ocupa, se da evidentemente 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, estos 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

¹²¹⁸ En sentido parecido, GARCÍA AMEZ, 2015: 95.

¹²¹⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 69.

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–.

Esta clasificación, derivada de un criterio jurídico, destaca 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 Betancor¹²²⁰, trasciende los límites institucionales de índole privatista del Derecho¹²²¹, pues en su totalidad representa el sostén de la vida. No se concreta en algo específico; pues lo es todo.

El catedrático en referencia¹²²² ha formulado incluso una pregunta al respecto: «¿Cómo entender jurídicamente aquello que no se puede apropiar, 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

¹²²⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 69.

¹²²¹ La Naturaleza ha llegado a ser considerada incluso como Patrimonio Común de la Humanidad, o más genéricamente, solo como patrimonio, para de esta manera incorporarla en el campo jurídico (BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 70.), a pesar de que esta calificación plantee problemas jurídicos respecto de la Naturaleza como bien jurídico (*vid.*, BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 686 a 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 «conjunto de bienes y recursos de la naturaleza fuente de diversidad biológica y geológica, que tienen un valor relevante medioambiental, paisajístico, científico o cultural» (art. 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» (art. 3.30).

¹²²² *Ibid.*, 70

individuos; y por otro, en lo concerniente 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.

Frente a esto, Pedraza¹²²³ 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 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 lugar a responsabilidad ambiental; en cuyo caso «tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación» (Cf., art.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, estos 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 DRM 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,

¹²²³ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 82 a 83.

también se ha reconocido la legitimación activa a los particulares, para que puedan interponer un reclamo mediante las vías ordinarias del Derecho civil ¹²²⁴.

Los daños, entendidos como un menoscabo y pérdida de utilidad/servicio/aprovechamiento de los recursos naturales que estos 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 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 y que impidió que la Corte hablase de pérdida de tierras, sino solo de un detrimento patrimonial.

En el caso Chevron-Texaco, se vieron inmiscuidos ambos tipos de daños (ambientales y personales), pero también otros componentes de índole cultural ligado con las tierras (como fue el desplazamiento 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 explícitamente instaurado en ella y se lo exige a través del art. 45.1).

Creemos que este caso nos permite demostrar de manera tan cierta, aunque catastrófica, la transgresión de la Naturaleza en su conjunto y de todos los ecosistemas de la Amazonía, así como también, la afección a un pueblo que vive precisamente de ella, en un estado y modo *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 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 de los bienes naturales aisladamente de las lesiones que los

¹²²⁴ Vid., *El daño...*, 145 a 146.

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 art. 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 víctimas –en el sentido metafórico que se lo usaba– solamente los recursos naturales; también, son víctimas –en este caso– los indígenas que dependen de modo tan directo de este majestuoso 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 conlleva el *daño ecológico puro* y lo hace en tres dimensiones:

- 1) Es provocado por un acto humano.
- 2) Está afectada la Naturaleza
- 3) Están afectados quienes viven de la Naturaleza, los indígenas y en verdad todos los seres humanos por la función que esta 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 los 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 (reguladora del clima, productora de oxígeno, reguladora de dióxido de carbono, colaboradora 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 DRM 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* 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 simplemente 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 ¹²²⁵.

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 este vaya a ser realmente reparado. Correlativamente a ello, Ruda González ¹²²⁶ expone que lo que un régimen puro de responsabilidad civil dejaría irresuelto algunos de estos supuestos:

- 1) Los daños causados al recurso natural los pudo haber ocasionado el propio dueño privado.
- 2) Que la víctima no ejercite la pretensión de responsabilidad.
- 3) Que se trate de un daño puro concomitante.
- 4) 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 DRM y la LRM. Por lo tanto, 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. Esto acarreó a que la corte acuda, como única alternativa de solución, al instrumento regulador clásico de la responsabilidad civil extracontractual.

¹²²⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 68 a 69.

¹²²⁶ RUDA GONZÁLEZ, 2008: 148.

J. CONCLUSIONES

Todos los antecedentes hasta aquí presentados, incluyendo la posición doctrinaria construida al efecto y a la cual hemos tenido que recurrir para construir con mayor solidez nuestras conclusiones, con el propósito cumplir con uno de los objetivos principales de este trabajo, que es dirimir si el mecanismo de responsabilidad civil puede contribuir a proteger y reparar el ambiente ante cualquier daño que pudiese recaer sobre él, teniendo como referente principal el caso Chevron-Texaco, nos permiten denotar los siguientes hallazgos.

En primer lugar, la *responsabilidad* es la consecuencia del incumplimiento de una obligación (que puede nacer o no de un contrato) o de un deber; y, se basa en la *culpa* o *negligencia* del autor de un *daño*, cuyo propósito principal es indemnizar a las víctimas de aquellos actos dañinos resultantes de actividades humanas.

Dentro del campo doctrinario, la clasificación más representativa diferencia a la responsabilidad civil contractual de la extracontractual. La primera está relacionada con el incumplimiento de contratos mientras que la segunda está vinculada a los actos no contractuales, producto de la violación del deber general de «no dañar al otro», pero que no constituyen un delito. Este sistema es identificado como el instituto *clásico* o *tradicional*.

En la práctica, ambos tipos de responsabilidad están reguladas a nivel occidental por el Código Civil, pero pueden presentar desafíos legales, especialmente en casos fronterizos donde es difícil determinar si el daño es de naturaleza contractual o extracontractual. Estos casos incluyen daños en situaciones precontractuales, relaciones análogas a contratos y daños extrapatrimoniales en el contexto de contratos. Algunos de estos problemas se han transferido, incluso al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

La complejidad y la falta de consenso en la interpretación y aplicación de las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual en estos casos de daños han intentado ser abordados a través de las diversas teorías que se han desarrollado al efecto, entre ellas: la *teoría del concurso de pretensiones* (que plantea que cuando existen simultáneamente pretensiones contractuales y extracontractuales, el sistema legal debe determinar la vía más adecuada para la indemnización del daño. Aquí, se consideran dos posibilidades: (i) la *doctrina de la individualización*, que combina elementos fácticos y normativos en la causa petendi o (ii) la *doctrina de la sustanciación*, que se centra solo en el relato histórico como base de la pretensión); la *teoría de la opción* (que permite a la víctima elegir entre las dos pretensiones según su conveniencia); la *teoría de la absorción* o

incompatibilidad (que postula que se trata de dos categorías de pretensiones independientes, debiendo prevalecer la responsabilidad contractual sobre la extracontractual cuando el daño está relacionado con el contrato y sus obligaciones accesorias); la *teoría unitaria* (que propone que no se debe distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual, puesto que el objetivo principal es la reparación del daño, independientemente de la existencia de un contrato; y, la *teoría del concurso de normas o unidad de la culpa civil* (que sugiere que ambas responsabilidades pueden coexistir y ser ejercidas alternativa o subsidiariamente). Con este enfoque, el daño causado por un incumplimiento contractual y un acto ilícito civil puede dar lugar a la aplicación de ambas regulaciones.

En segundo lugar, los elementos principales de la responsabilidad civil extracontractual son cuatro: (i) la acción (consciente) u omisión (de un deber legal), que se refiere a la conducta que causó el daño; (ii) la ilicitud o antijuridicidad, es decir, la conducta debe ser contraria a la ley o a los principios éticos y morales; (iii) el daño, que es el perjuicio o el daño efectivo causado a una persona o sus bienes y (iv) la culpa o negligencia, que implica que la persona responsable actuó con imprudencia, falta de diligencia o no cumplió con el deber de cuidado necesario. En cuanto a este último requisito, la doctrina del agotamiento de la diligencia sostiene que el causante del daño debe demostrar que agotó todos los medios necesarios para evitarlo.

Paralelamente, existen varios supuestos de responsabilidad civil extracontractual por hecho ajenos. Esta clase de responsabilidad se refiere a la obligación impuesta por la ley, basada en una presunción de culpa de personas específicas (padres por daños causados por los hijos, tutores por perjuicios causados por menores o incapacitados bajo su cuidado, dueños o directores de empresas por los daños causados por sus empleados o titulares de centros educativos por los daños causados por estudiantes menores de edad durante actividades escolares), por la relación de dependencia, guarda, cuidado o jerarquía que existe con relación a determinadas personas. En el sistema español, estos supuestos están regulados por el artículo 1903 de su CC; y, aunque para algunos esta lista de supuestos es limitativa, para la doctrina moderna, la responsabilidad de padres y empresarios es de tipo objetivo y no necesariamente basada en la culpa.

Hay que recalcar que la responsabilidad del principal por daños causados por los auxiliares depende de cada legislación; puede ser contractual o extracontractual. En España, la culpa del principal es una presunción legal, pero no se aplica cuando se trata de un contratista independiente, como agente causante de los daños.

En tercer lugar, si bien en el Derecho civil lo que se ha consagrado desde un inicio es una responsabilidad de tipo subjetiva, en el contexto europeo y

específicamente dentro del ordenamiento jurídico español ha surgido una evolución hasta el punto de llegar a hablarse de una objetivación de la responsabilidad civil.

El sistema de responsabilidad subjetiva se basa en la idea de que un individuo debe ser responsable por los daños causados debido a su conducta negligente o culposa. En efecto, la *culpabilidad* del individuo es el factor determinante para que se le impute responsabilidad civil por los daños causados. Esto significa que la conducta del autor del daño debe merecer un reproche jurídico debido a su negligencia o falta de cumplimiento del deber de diligencia. En resumen, la responsabilidad subjetiva se centra en la conducta culposa del autor del daño y en las consecuencias de esa conducta. No obstante, existen excepciones en las cuales se puede ignorar la culpa del agente, como en los casos de responsabilidad por culpa presunta o responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos.

Mientras tanto, la responsabilidad objetiva ha surgido o se ha desarrollado en respuesta a la revolución industrial y la introducción de la maquinaria, basándose en los principios *ubi est emolumentum, ibi est onus esse debet* y *cuius commoda, eidus incommoda*, en virtud de los cuales quien obtiene beneficios de una actividad arriesgada debe indemnizar a la víctima por los daños causados, independientemente de su culpa. En efecto, este sistema, en lugar de centrarse en la conducta negligente del individuo, se enfoca en la noción de *riesgo* y *peligro* como base para la imputación de responsabilidad de aquellos daños causados por la ejecución de alguna actividad o elementos, como la operación de ferrocarriles o vehículos a motor. Por lo tanto, se presume que determinadas personas son responsables ante la presencia de un daño, sin necesidad de demostrar su *culpa* e incluso cuando han ejercido un cuidado adecuado, a menos que se demuestre que este ha sido causado por fuerza mayor o caso fortuito o por culpa de la víctima. Por lo tanto, con la introducción de la responsabilidad objetiva surge un aspecto clave: la inversión de la carga de la prueba. De ahí que la *responsabilidad por riesgo* sea equiparada a la *culpa* en algunos casos, aunque todavía hay un desacuerdo doctrinario con respecto a esta explicación. Se discuten casos que demuestran la diferencia entre responsabilidad objetiva y por culpa, como los accidentes de tráfico, responsabilidad de administradores, accidentes de formación de pilotos o las caídas en la vía del tren.

En España, este sistema se ha incorporado progresivamente en el ordenamiento jurídico a través de normas específicas que establecen la responsabilidad objetiva en situaciones de riesgo (riesgos no completamente controlables), como la energía nuclear, la tenencia de vehículos de motor (accidentes automovilísticos), navegación aérea, la explotación de ferrocarriles, la caza y acciones de la Administración pública, aunque también se ha extendido a áreas como los accidentes de trabajo, garantías contractuales, daños causados por productos defectuosos, etc.

La clasificación de actividades como peligrosas o no peligrosas puede ser difícil a la hora de tomar una decisión legislativa, por lo que hoy en día, se discute la posibilidad de establecer una cláusula general que aborde la responsabilidad objetiva de manera más coherente y clara. La mayoría doctrinaria ha propuesto dos enfoques: la ejecución de una *actividad anormalmente peligrosa* o el criterio del *control de las cosas peligrosas*, para poder atribuir responsabilidad de este tipo cuando se ocasionen daños.

A nivel jurisprudencial, en España, el Tribunal Supremo ha tendido hacia una mayor objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, basada en la *teoría del riesgo*, considerando como principales elementos en la imputación objetiva: la proximidad con la conducta, el ámbito de protección de la norma infringida y la frecuencia del *riesgo creado*. Sin embargo, se considera que la *culpa* sigue siendo un elemento importante.

En suma, la responsabilidad objetiva no es más que una respuesta a los nuevos riesgos técnicos e industriales, con base en la justicia distributiva, donde los perjudicados deben ser indemnizados por esos *riesgos creados*, incluso si lo hubieran hecho de manera lícita. Por esta razón, el sistema objetivo ha encontrado apoyo en la distribución de riesgos a través de esquemas de seguros, tanto estatales como privados, lo que permite que las empresas asuman la responsabilidad sin necesidad de demostrar la culpa individual. Ciertamente, con la introducción de seguros de responsabilidad civil y seguros patronales, se produjo una evolución en el concepto de responsabilidad objetiva, enfocándose no solo en asegurar a las víctimas, sino también en hacer socialmente soportable el daño a través de una amplia distribución de este.

Encuarto lugar, el mecanismo de responsabilidad civil y el de responsabilidad ambiental son disímiles. Partiendo del hecho que la corte ecuatoriana acudió al sistema civilista para dotar una solución al caso Chevron-Texaco, en razón de que en aquella época el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contaba con instrumentos jurídicos de gran envergadura como la DRM y la LRM o CERCLA, que contemplan un mecanismo específico de responsabilidad ambiental, a simple vista, parece lógico que ante un caso de daño ambiental que conlleve efectos colaterales, los cuales impliquen la alteración de las condiciones de vida del ser humano, el primer mecanismo idóneo de restauración y resarcimiento del daño, independientemente de que este sea patrimonial o no, sea el instituto de responsabilidad civil. Sin embargo, tal como hemos logrado instar y demostrar hasta aquí, la principal preocupación de este sistema es netamente de índole antropocéntrica radica en las personas. En definitiva, la instauración de los postulados del mecanismo de responsabilidad civil tiene como finalidad

primordial la reparación de un daño individual y no precisamente de un daño colectivo, que es lo que el *daño ambiental* viene a ser.

En consecuencia, 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 solo ante la presencia de un titular de derechos que se ve 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 ellos son, además, 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 funciones ecológicas y vitales que la Amazonía desempeña para el ambiente en cuanto viene a ser reguladora del clima, productora de oxígeno, reguladora de dióxido de carbono, colaboradora de la circulación de agua dulce, etc. No existe ningún título jurídico, porque los bienes son de todos. De hecho, la Amazonía es considerada por la UNESCO como *Patrimonio de la Humanidad*.

Basta con saber la repercusión que un daño ambiental afecta a todos los seres humanos; y, por ende, a las generaciones futuras. En otras palabras: todos dependemos de la Naturaleza como fuente de vida, todo daño ambiental tendrá repercusión humana, sin que sea necesario juridificarlo a título de derechos, sino más bien, de deberes con la Naturaleza y con las generaciones futuras, traducidos en el deber de prevención y de racionalización de los recursos naturales.

En quinto lugar, el papel preponderante que el *operador* desempeña al momento de configurarse el daño ambiental ha sido evidente, pero cabe subrayar que ese rol no desvanece en la instauración del régimen de responsabilidad. De acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la LRM, se distingue un régimen dualista de responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, en función del tipo de actividad potencialmente contaminante que realice el *operador*. Las actividades económicas o profesionales más peligrosas; es decir, las actividades enumeradas en el anexo III de la LRM, responderán de forma *objetiva* por los daños que se ocasionaren como producto de su desarrollo; esto implica que los *operadores* deberán asumir los costes de las medidas de prevención, evitación y reparación. Mientras tanto, las actividades menos peligrosas, aquellas excluidas de dicho anexo, tienen un alcance diferente en cuanto a la responsabilidad, en función de la concurrencia de dolo o culpa en la causación del daño o la amenaza inminente de que este se produzca a los recursos naturales. Darían paso a una responsabilidad subjetiva de los *operadores*, quienes responderán por las medidas de *prevención*,

evitación y reparación, cuando medie dolo o culpa en la causación del daño o su amenaza, pero en ausencia de estos elementos, estas actividades nos colocan ante el carácter objetivo de la responsabilidad ambiental, los operadores se ahorrarán los costes de las medidas de reparación, aunque deberán responder por los costos de las medidas de prevención y evitación. Esta clasificación, tal como lo hemos resaltado en el capítulo anterior, también es clave a la hora de fijar la *causalidad* mientras que en la primera opción, esta se presume; en la segunda, habrá que demostrarse.

En sexto lugar, el ordenamiento ecuatoriano al no haber contado en su ordenamiento con una normativa como la contemplada en la DRM y LRM, acudió al mecanismo de responsabilidad civil, estableciendo la inversión de la carga de la prueba para la parte demandada, Chevron-Texaco; es decir, la compañía debía probar la diligencia de su actuar, pero tras considerar todos los elementos aportados dentro de la causa, la corte no le pudo eximir de responsabilidad. Los resultados de las inspecciones judiciales demostraron la presencia de sustancias contaminantes originadas por las técnicas empleadas para la explotación petrolera y luego de analizar todos los elementos probatorios, se demostró una probabilidad razonable de que esos contaminantes eran los acusantes de los daños reportados al ecosistema y a la salud de las personas, por lo que debían ser reparados hasta eliminar cualquier riesgo que pudieran representar, con la finalidad de precautelar la salud y vida de los habitantes de la Amazonía.

En séptimo lugar, de acuerdo con la teoría del *riesgo creado*, quien asume una actividad peligrosa ha de asumir sus consecuencias: la responsabilidad. Las víctimas deben quedar indemnes de las consecuencias nocivas que se le obliga a tolerar, cuando en realidad, no tienen el deber jurídico de soportar los daños causados. Además, es bien sabido que la explotación o su uso beneficia en primera y última instancia al empresario o al usuario; al operador. Por lo tanto, es justo que este, y no la comunidad, sea quien asuma los riesgos específicos no controlables o dominables que imponen la obligación de resarcir los daños, no meramente por los riesgos, sino por los daños ordinarios que pueden derivarse de la explotación o uso en instalaciones permitidas a las que son inherentes otros peligros (por ejemplo, chispas, escapes, ruido de motores, derrames de petróleo o aguas de formación, etc.).

En octavo lugar, el cumplimiento del permiso de concesión o de un acto administrativo no debería excluir de responsabilidad a Chevron-Texaco. Uno de los argumentos más radicales que la petrolera estadounidense alegaba era que, durante la vigencia del contrato de concesión de 1973, sus actividades fueron ejecutadas bajo vigilancia y previa autorización del Estado ecuatoriano. No obstante, la corte demostró que no existía norma legal ni prueba que

justifique esa hipótesis para liberar a *Texpet* de sus obligaciones legales. Tampoco existía doctrina ni jurisprudencia alguna que determinase que el control estatal libera de responsabilidad al sujeto controlado. A decir verdad, ante dicho supuesto, lo que se debió haber configurado es una responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial del Estado, que se ejerce sin perjuicio de los derechos de terceros. Precisamente, la teoría de que una mera autorización administrativa impone a terceras personas el deber jurídico de soportar los daños ocasionados por su cumplimiento y que no tendrían derecho a exigir su reparación, quedó totalmente descartada por la corte ecuatoriana.

El criterio acogido por el ente juzgador, con base en la doctrina y jurisprudencia española, permitió demostrar que ni siquiera el acatamiento de la normativa aplicable en aquella época liberarían al obligado de sus responsabilidades ni tampoco de las acciones civiles (responsabilidad extracontractual) que pudiesen haber iniciado terceros. Una cosa es el permiso para que se instale una industria previa advertencia de los requisitos necesarios a ser cumplidos para evitar daños, cometido propio de la administración; y, otra bien muy diferente, que cuando por incumplimiento de los requisitos prescritos o porque la técnica o los elementos empleados sean deficientes o insuficientes, se produzca un daño en la propiedad de tercero. He ahí la razón de la imposición de varias sanciones administrativas a la petrolera, dejando a salvo los derechos de los terceros por la vía civil, ya que este tipo de sanciones no implican la reparación del daño causado, sino una mera sanción que refleja un incumplimiento legal, sin que ningún daño haya sido reparado.

Asimismo, el fundamento de la obligación reparadora no radica en la anti-juridicidad del acto, ya que opera 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 de quien tuvo que soportar la perturbación o menoscabo de su derecho. Dentro del ordenamiento jurídico español, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños sufridos por los particulares es una muestra clara de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas (regulada por la LPC y la LRJSP). Eso sí, es esencial que el amenazado deba soportar las transgresiones; caso contrario, podría actuar preventivamente contra las causas del daño, aunque esto no obsta para que quede indemne de las consecuencias nocivas que se le hubiese obligado a tolerar.

Si quisiéramos circunscribir el caso Chevron-Texaco dentro del armazón normativo de la LRM, contar con un contrato de concesión supondría una causa de exclusión de responsabilidad (*Cf.*, 14.1.b). Más allá de no compartir criterio con esta salvedad, por las razones anteriormente explicadas, hay que recalcar que es indiferente que el causante del daño haya estado autorizado o no por un

acto administrativo (como el contrato de concesión) para la explotación de una actividad, pues el principio de responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas se vulneraría; y, el principio que ordena que «Quien contamina paga» también se vería limitado.

En séptimo lugar, para la apreciación de la *culpa* del caso en estudio, la corte se sirvió de dos modelos doctrinarios que ya habían sido reconocidos en algún otro pronunciamiento jurisprudencial, uno objetivo y otro subjetivo. A través del primero, consideró la previsibilidad general de un sujeto prototipo; es decir, hizo un cálculo de la visión anticipada de los probables resultados teniendo en cuenta la actitud media del común de las personas, como el buen padre de familia, el hombre juicioso, etc. En cambio, gracias al segundo modelo, pudo valorar la *culpa* en relación con el agente mismo, sin realizar comparaciones con ningún tipo abstracto o ideal, atendiendo exclusivamente a las condiciones particulares que rodeaban al hecho dañoso.

En noveno lugar, todos los argumentos jurídicos expuestos a lo largo de este trabajo y del análisis del caso referido, ponen de manifiesto la crisis que presenta el instituto clásico de orden civil. Está claro, que 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.

Además, queda demostrado que, en el caso que nos ocupa, concurre una simbiosis de los dos tipos de daños ambientales que la doctrina española ha considerado y ha venido defendiendo en los últimos años, lo cual nos inculca a rechazar esa distinción forzosa e innecesaria que distingue entre daños ambientales *personales* y los *ecológicos puros*. En la práctica, una disociación sería imposible de practicar, y más aún en el caso Chevron-Texaco por la dependencia tan próxima que existe entre los aborígenes y la naturaleza. Por consiguiente, siempre surgirá una *conexión directa* entre la esfera de sus derechos y cualquier daño que se le ocasione. No se puede juridificar el daño que tratamos y, en general, los ambientales, solo porque representen un cambio adverso y significativo o porque los servicios naturales hayan sufrido pérdida de utilidad/funcionalidad, como tal como lo han regulado la DRM y la LRM. El caso en cuestión simboliza un daño que no puede ser más humano porque, además de haber recaído sobre recursos naturales (bienes jurídicos protegidos), ha sido causado por un acto humano que ha afectado a sus habitantes y a la humanidad en general; seres humanos, en definitiva.

En definitiva, este perjuicio –plenamente adverso, significativo y con pérdidas de utilidad– que ha afectado a los indígenas de la Amazonía y a las personas en general, uno termina *humanizándolo*, porque existe un *continuum* de la vida,

inquebrantable, que va desde la Naturaleza a los seres humanos –y de estos a aquella–, pero también de la responsabilidad y la dependencia. El ejemplo más pragmático de un *daño ecológico puro* es el hecho dañoso que ha desembocado en el caso Chevron-Texaco, ya que este engendra, simultáneamente, tanto *bienes ambientales* como *derechos personales*, lo que para nosotros implica su verdadero significado.

Por lo tanto, el caso Chevron-Texaco no encajaría dentro del arquetipo de responsabilidad ambiental instaurado por el sistema comunitario y estatal español y no podría ser reparado de la manera –más eficaz– como la que el sistema ambiental comunitario español ha tenido la intención de hacerlo, principalmente, ya que los daños sufridos por los particulares están excluidos (salvo con los daños al suelo); así lo confirman, en específico, el artículo 5 de la LRM y el considerando 14 DRM. En otras palabras, el armazón jurídico-ambiental definido en esta obra, se muestra ostensiblemente insuficiente para proteger adecuadamente al ambiente y los recursos naturales que lo integran. No son suficientes ni idóneas para afrontar y resolver el caso objeto de estudio, ni la DRM ni la LRM, ya que la causa no encajaría dentro de lo que su ámbito de aplicación prevé. En otras palabras, ninguna de estas normas esclarece cómo debe coordinarse el interés general en la protección del ambiente y el interés privado del particular afectado. De igual modo, nada dicen con respecto a si la autoridad pública que reclame podrá liquidar los daños a particulares; es decir, si podrá reclamar la indemnización que correspondería a los particulares afectados.

Quienes arguyen a favor de la exclusión podrían tener razón, si se piensa que la especialidad de los *daños personales* aparece por una influencia que se propaga vía el ambiente. Sin embargo, aunque acierten por ese lado, dicho argumento resultaría deficiente para un régimen especial *ad hoc*, más aún en relación con los daños tradicionales. De hecho, el principio de subsidiariedad se vería vulnerado, ya que en algunos estados de la UE (como Alemania y Suecia) si existe la regulación de los *daños ambientales personales*.

En consecuencia, es acertado que la DRM y la LRM hayan intentado instaurar un régimen de responsabilidad ante la presencia de un *daño medioambiental* y no de un *daño ecológico puro*, porque en verdad no han considerado al *daño ecológico puro* en el sentido que defendemos, sin compartimentar al ambiente e incluyendo los daños que por su causa sufren por los particulares, porque un daño al ambiente, en definitiva, es un daño humano que nos afecta a todos.

Por todos estos motivos hasta aquí expuestos, todavía merece plena atención el caso Chevron-Texaco para lograr alcanzar la reparación de la Amazonía ecuatoriana, tal como los indígenas lo han exigido a través de todas las acciones interpuestas hasta la actualidad.

CAPÍTULO V

A. LA OBLIGACIÓN REPARADORA

1. Consideraciones generales

En el momento en el que un hecho humano profesional por desempeño de alguna actividad peligrosa o menos peligrosa (de las incluidas o excluidas en el anexo III de la DRM y de la LRM) ¹²²⁷ produzca un daño ambiental o sea capaz de representar una amenaza inminente de que este pueda aparecer, la institución de la responsabilidad reivindica su vida jurídica; 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 estos puedan ocurrir. Este binomio (daño y responsabilidad) es el que, en definitiva, legitima la adopción de medidas *reparadoras* y *preventivas* a las que refiere la normativa ambiental europea-española.

Ciertamente preventivas, 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 y estos, los que contribuyen a la articulación de la estructura que lo soporta. Es la línea de continuidad que lo une: la *evitación*, *prevención* o en su caso, la *reparación* del daño.

Cuando nos referimos a reparación ambiental, lo que en verdad se quiere decir es que se pretende alcanzar una *reparación in natura*. Esta figura es idéntica a la que la corriente francesa denomina *réparation en nature*,

¹²²⁷ Su responsabilidad involucra todas estas actividades, 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.

establecida en su *Code Civil (chapitre III : La réparation du préjudice écologique)*:

«Article 1249

En vigueur depuis le 01 octobre 2016

La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature. La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature.

En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat¹²²⁸ [...]».

O a la que el *Codice Civile* italiano postula como «risarcimento in forma specifica» (*Cf., articolo 2058*), en virtud de la cual: «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»¹²²⁹.

Esto significa que, si un bien está dañado, el restablecimiento puede consistir, por ejemplo, en su devolución, en la entrega de uno equivalente o en la reparación o si se vulnera un derecho de una persona, por ejemplo, su reputación a causa de un artículo periodístico difamatorio, el reintegro puede consistir en la publicación de la sentencia por la que se reconozca el delito.

El segundo párrafo sería aplicable cuando el deudor se viera obligado a hacer un sacrificio económico excesivo en comparación con lo que le debe la parte afectada en concepto de indemnización.

Alguna doctrina, inspirada en las dos denominaciones mencionadas, ha preferido denominarla «reparación en forma específica»; terminología adoptada recientemente por los *PETL*, 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 responsabilidad extracontractual (*Cf., art. 1902 CC*). Dicho de otro modo, el daño ambiental siempre será un daño colectivo y no admite un tipo de reparación distinta a la reparación *in natura*. En efecto, la

¹²²⁸ «La reparación del daño ecológico se realiza con prioridad en especie. En caso de imposibilidad de hecho o de derecho o de insuficiencia de las medidas de reparación, el juez condena al responsable al pago de daños y perjuicios, destinados a la reparación del medio ambiente, al actor o, si éste no puede tomar las medidas necesarias a tal fin, al Estado». La traducción es nuestra.

¹²²⁹ «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». La traducción es nuestra.

DRM y la LRM (anexo II) admiten tres formas de reparación (o una combinación de estas), resultando ser todas ellas formas de reparación *in natura*, excluyendo la pura y simple indemnización sustitutoria. Todo lo contrario, a lo que sucede con el instituto de la responsabilidad civil extracontractual (*Cf., ibid.*) que admite que la reparación del daño se realice *in natura* (no exclusivamente y poco frecuente) o se produzca mediante una indemnización sustitutoria («reparación por el equivalente»), porque su fin es garantizar la indemnidad patrimonial del perjudicado ¹²³⁰.

En este sentido, de conformidad con lo determinado por la LRM (*Cf., art. 5*), cuando el patrimonio de un particular ha sido dañado a causa de un daño ambiental, cualquier tipo de indemnización está prohibida, por dos razones principales ¹²³¹:

1) 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.

2) Desde el punto de vista económico, la *reparación dineraria* (en materia ambiental) carece de lógica, puesto que, en muchos casos, no será posible cuantificar determinados recursos naturales (dañados). En consecuencia, la reparación absoluta, solamente podría tener cabida por medio de la reparación *in natura* ayudada por el factor tiempo.

Por estas razones, los daños patrimoniales han quedado expresamente suprimidos del marco normativo que ampara la legislación de responsabilidad ambiental (*Cf., art. 5.1 LRM*).

Otro aspecto fundamental que debe ser recalcado es que la prevención y reparación de los daños ambientales deben llevarse a cabo, recurriendo al fomento y la aplicación del principio rector en el Derecho ambiental: «Quien contamina paga», coherentemente con el principio de desarrollo sostenible (*Cf., Considerando 2 DRM*). Los Estados miembros, pueden mantener o adoptar disposiciones más rigurosas que las previstas en la DRM con respecto a estas medidas, lo cual no constituye una traba para que puedan adoptar medidas apropiadas en relación con situaciones de doble recuperación de los costes resultantes de una acción concurrente proveniente de una autoridad competente y de una persona cuya propiedad se haya visto afectada por los daños provocados, incluyendo la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la directiva y la determinación de otros responsables (*Cf., Considerando 29 y arts. 3.2 y 16 DRM*).

¹²³⁰ VALENCIA MARTÍN, 2010: 10-11. En igual sentido, LUQUIN BERGARECHE, 2005: 121.

¹²³¹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 200-201.

Corolario de esto, a lo largo del articulado de la LRM, se ha instaurado como una máxima de carácter general que, ante la producción de un daño ambiental o ante una amenaza inminente de que este se produzca, debe adoptarse las medidas apropiadas de prevención o de reparación «sin demora y sin necesidad de advertencia» de requerimiento o de acto administrativo previo (Cf., art. 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 ¹²³².

De ahí que la primera pregunta que nos surge es, ¿sobre quién recae este deber, es decir, la adopción de medidas de *prevención, evitación y reparación*?

De manera general, nos adelantamos a decir que el deber de cumplir y acatar estas medidas es aquel sujeto al que la DRM y la LRM lo han definido como *operador* ¹²³³.

Antes de seguir avanzando, hemos de recordar dos apotegmas imperantes. El primero de índole general, que considera que el daño en sí mismo es el prisma para que la institución de la responsabilidad civil instaure su rol jurídico y, el segundo, uno de los más importantes, que instituye que no todo daño podría considerarse resarcible, pues para ello ha de cumplir con ciertos requisitos. No obstante, existe un inconveniente que va más allá: el «daño ecológico puro» debe hacer frente a una de las premisas más categóricas y exclusivas del régimen civil clásico como lo es la *indemnización pecuniaria*, cuando una de sus especialidades radica precisamente en la no materialidad y *res extra commercium*. Por lo tanto, no todo daño (ambiental) puede o tiene que ser resarcido forzosamente a través de una indemnización.

Hasta el momento, la idea más general que hemos apuntalado es que el *daño ecológico puro* es irreparable con la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual, y que el tipo de reparación que admite en razón de la naturaleza que representa sería *in natura*. Es la opinión concertada por la mayoría de los doctrinarios, pero no por ello ha dejado de propiciar dudas sobre todo en cuanto a la efectividad respecto de la aplicación o no de los diferentes regímenes de responsabilidad (tanto civil como ambiental). En definitiva, lo que queremos dilucidar es si –al final– estos sistemas jurídicos permiten reparar o no un *daño ecológico puro*.

¹²³² URRUTIA GARRO, 2008: 102.

¹²³³ Para una mayor descripción de las obligaciones del operador con respecto a la prevención, evitación y reparación de los daños ambientales, *vid.* el Capítulo III de la LRM.

B. TIPOS DE REPARACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL

En el ámbito jurídico, el *daño* (incluido 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 podría ser considerado susceptible de ser reparado por el posible o identificable responsable de su producción.

La obligación de reparar las consecuencias lesivas que hayan vulnerado los derechos o intereses de otro individuo por aquel que resultase ser su responsable (Cf., art. 1908 CC español) viene predeterminada por el cumplimiento de un condicionamiento infalible. Los daños deben estar individualizados *ex ante*. Tanto la efectividad de la responsabilidad como su obligación inmediata –la de reparar– dependen de él. En el sistema clásico, la concreción, la determinación y acreditación de los daños civiles o tradicionales pueden resolverse con los medios usuales del Derecho. El problema es que, cuando se presentan daños ambientales, no se puede garantizar dicha preexistencia.

Adicionalmente, para perseguir y lograr la *reparación*, es vital determinar: ¿cómo va a reparar los daños ese posible o identificable responsable, por medio de una indemnización u otro mecanismo?

Doctrinariamente, en el campo civil, se alude a tres tipos clásicos de reparación¹²³⁴:

- 1) La *reparación específica* o *in natura*, que pretende arreglar la cosa dañada o sustituirla por otra igual.
- 2) La *indemnización por equivalente*; es decir, la entrega de la suma de dinero correspondiente al daño sufrido.
- 3) La *reparación en especie*, que busca reparar el daño mediante la entrega de bienes, cuyo valor ha de ser equivalente al daño sufrido.

Todas estas formas de reparación buscan que la víctima regrese al estado anterior a la producción del daño, aunque a veces, puede que se requiera el concurso de varias de ellas para resarcir a la víctima. Existen varios ejemplos que se podrían proponer al 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

¹²³⁴ LUNA YERGA, Álvaro *et al.*, 2002: «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *InDret* 2, pp. 2-3.

obtener por la víctima como consecuencia del acto ilícito) deberá ser resarcido con una *indemnización por equivalente* ¹²³⁵.

Se nos ocurre también, un choque entre vehículos, con la particularidad de que uno de ellos fuese un taxi. La indemnización podría consistir en reparar los daños materiales causados (daño emergente) o –caso extremo– comprar 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 haberse quedado determinado tiempo sin operar su taxi (lucro cesante), por ser este su medio de trabajo y supervivencia únicamente podría repararse a través de la «indemnización por equivalente».

En comparación con ello, la DRM y la LRM dejan aislada la indemnización pecuniaria, lo cual da a pensar que el principio rector del Derecho ambiental *contaminador-pagador* no surtiría los efectos dignos de ser cumplidos. Entonces, 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 aquellos daños irreparables en especie?

Ante la presencia de daños ambientales, si la *reparación en especie* cupiera, la institución de responsabilidad ambiental, por fortuna, habrá cubierto con plenitud su finalidad, pero si no fuera 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, por ejemplo, la extinción de alguna especie, el sistema de responsabilidad ya no sería suficiente. Los casos más graves quedarían excluidos del mecanismo de reparación, es decir, no se podrían reparar. Esta situación, nos permite instaurar una clasificación dual, diríamos que existen *daños ecológicos puros reparables en especie* y otros que no.

En algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano, aquella limitación no se plasma. Lo que se pretende es evitar que el autor del daño quede indemne. Prever la responsabilidad por daños ecológicos puros, para que sean reparables solo en especie sería una solución de mínimos, así como la adopción de medidas no equivalentes o irrazonables, las cuales resultarían todas insatisfactorias y contribuirían al resultado menos deseado (un sujeto autor de un daño ambiental exento de responsabilidad) traducido en bienes naturales dañados no reparados ¹²³⁶. Quizá, hubiese sido oportuno la adopción de medidas de reparación alternativas, aunque esto no significa tampoco que sea un mecanismo garantizado.

¹²³⁵ En sentido similar, LUNA YERGA, Álvaro; PIÑEIRO SALGUERO, José; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia & RUBÍ Y PUIG, Antoni, 2022: «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, pp. 1 a 9.

¹²³⁶ RUDA GONZÁLEZ, 2006: 104-105.

Tampoco cabría aplicar, una *indemnización por sustitución* para que un daño ecológico puro sea compensado, ya que es un mecanismo propio del Derecho civil. El daño ambiental o ecológico puro consiente estrictamente la reparación *in natura*.

Valencia Martí¹²³⁷, destaca el hecho de que, aunque la Administración perciba una indemnización sustitutoria, ya sea que se trate de daños irreparables o reparados de manera incompleta, no contribuye en nada a la reparación de un daño ambiental, como habitualmente lo contemplaba la antigua legislación española en la materia¹²³⁸, a pesar de que posterior a la entrada en vigor de la LRM, alguna disposición aún lo prevea, máxime si no se les atribuye o impone ningún destino finalista a tales indemnizaciones¹²³⁹.

Por regla general, los daños tradicionales son los únicos que la mayoría de los ordenamientos jurídicos los consideran resarcibles por la vía pecuniaria (es decir, una indemnización). El daño a la víctima individual es el elemento clave, ya que esta se puede gobernar individualmente, lo que no sucede con un daño ecológico puro. Por consiguiente, esto equivaldría a decir que un daño ecológico puro no puede ser compensado pecuniariamente mediante la aplicación de los instrumentos legales como la DRM y la LRM, lo cual nos obligaría en algunos casos a aplicar los mecanismos que el régimen civilista prevé, cuando –hasta lo que hemos visto– se trata de un campo con características particulares inversamente opuestas a las del ámbito ambiental. Asimismo, se daría paso a que se considere la aplicación de la regla *compesatio lucri cum damno* (Cf., art. 10:103¹²⁴⁰ PETL) cuando las *víctimas*; es decir, los recursos naturales resultasen dañados cuando en esencia estos carecen de valor económico.

Como podemos darnos cuenta, siempre se parte de la idea y la pretensión entusiasta de alcanzar una *reparación in integrum*. Sin embargo, no siempre se puede lograr. Es muy difícil plasmar este fin cuando se presentan daños como los ambientales, los cuales no son susceptibles de ser cuantificados económicamente, peor de manera precisa, porque no tienen un precio exacto en el tráfico económico. Lo mismo que ocurre con los daños morales, aunque estos encajarían más bien como una excepción dentro del orden civil.

¹²³⁷ VALENCIA MARTÍN, 2010: 4.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ *Ibid.*, 10-11. En igual sentido, LUQUIN BERGARECHE, 2005:121.

¹²⁴⁰ «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 preventing 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».

Ciertamente, los daños ambientales traen consigo dificultades que los daños tradicionales no presentan. Para algunos, resultan ser hasta «extremas». Betancor¹²⁴¹ las ha calificado de esta manera y resalta que una de ellas está vinculada directamente con el cumplimiento del objetivo constitucional del ordenamiento jurídico español (Cf., art. 45), el cual se traduce en la *reparación íntegra*. La norma constitucional a más 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 o porque (ii) los daños «no existen en el mundo jurídico». Entonces, no resulta nada fácil cumplir con aquel mandato supremo, porque al no existir jurídicamente todos los daños, tampoco se va a poder 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, buscamos esclarecer y superar –si es que esto fuese posible– esas dificultades jurídicas extremas que precisamente se ven reflejadas en el caso Chevron-Texaco de manera pragmática. Para ello, hemos de tener presente lo que en verdad nos interesa resolver, a partir de las siguientes premisas:

- 1) Existe un *daño ambiental* provocado por contaminación de hidrocarburos o contaminación petrolífera.
- 2) El daño debe ser reparado, conforme al principio general del Derecho «Quien contamina paga». La valoración/cuantificación es indispensable para poder reparar el daño.
- 3) Se puede alcanzar una «reparación por sustitución» (indemnización) con la valoración.

C. EL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR

Bajo el paraguas de la normativa comunitaria (DRM) y la legislación española (LRM), quien debe responder por un «daño ambiental o una amenaza inminente de este», es quien lo haya causado. Es la consecuencia axiomática del principio «Quien contamina paga»; punto de partida de este

¹²⁴¹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2018: 48.

epígrafe; el principio rector y fundamental del Derecho ambiental, 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 declarado responsable desde una óptica financiera, con la finalidad de inducir al resto de operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños ambientales (seguros apropiados u otras formas de garantías financieras), con lo cual, también se reducirá su exposición a responsabilidades financieras (Cf., Considerandos 2 y 27 DRM). 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 ¹²⁴².

El principio contaminador-pagador se tornará efectivo si se logra trasladar los costes emanados de la reparación de los daños ambientales, desde la colectividad social hasta los demás operadores económicos, por ser quienes se han beneficiado de la explotación de los recursos naturales (Cf., 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 tiende 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?; ¿quién debe correr con estos gastos?, y, ¿cómo va a instaurarse la institución de la responsabilidad ambiental para lograr que el agente causante del hecho dañoso repare el daño ambiental?

Para responder todos estos interrogantes, primero hay que relucir la finalidad de ejecutar este principio. El responsable del daño ambiental será la persona que deba asumir el pago de los costes que surjan de la reparación. Esto sería lo lógico y la razón por la cual, la reparación constituye uno de los objetivos principales (aunque el último) de la institución de responsabilidad ambiental. La figura de *recuperación de costes* creada por la LRM (Cf., art. 15), si bien cuenta con diferentes vías de acceso según las circunstancias que hayan podido concurrir, el principal objetivo hacia el que apuntala es que el daño sea reparado. 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

¹²⁴² ÁLVAREZ LATA *et al.*, 2013: 414-415.

afronte su resarcimiento. Si no se declara a ninguna persona responsable, entonces el daño queda sin reparación ¹²⁴³.

La reparación es una obligación considerada también como una manifestación o consecuencia del deber general de conservar la Naturaleza, aunque, sobre todo, del deber de *prevenir y evitar* que esta sufra algún daño. Habíamos hecho alusión en líneas anteriores al deber constitucional de conservar el ambiente, que considera entre una de sus declaraciones el deber de prevenir la producción de los daños al ambiente, los cuales se producen cuando, inexcusablemente, el deber de conservación no ha sido aplicado, es decir, ha sido violado (por incumplir una de sus manifestaciones, sea de prevención o evitación) por parte del *operador* ¹²⁴⁴.

Como consecuencia del incumplimiento del deber de conservación, surgen dos resultados ¹²⁴⁵:

1) 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.

2) Indudablemente, la producción de un daño ambiental se puede convertir en una realidad y, cuando esto sucede, quien queda supeditado a la obligación de su reparación, debiendo sufragar también, los costes que de ella se deriven (las medidas de reparación), cualquiera que sea su cuantía, es el operador por ser el sujeto responsable de los daños ¹²⁴⁶.

3) 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. El deber de conservar la Naturaleza es un deber ciudadano y el deber de prevenir es una forma de ponerlo en pie.

D. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN EL ÁMBITO AMBIENTAL

Lo que ha de entenderse por «medida reparadora» o «medida de reparación», viene establecido por la propia LRM. Textualmente, en ella se define a este tipo de medida 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,

¹²⁴³ ESTEVE PARDO, 2008: 103.

¹²⁴⁴ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 423.

¹²⁴⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1743-1744.

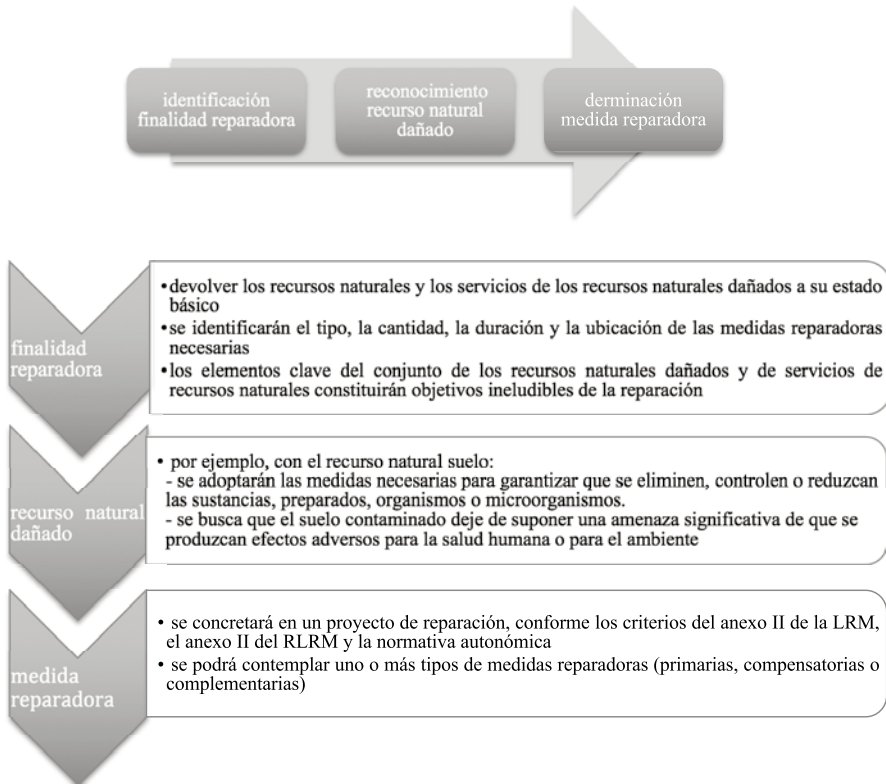
¹²⁴⁶ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 423.

o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el anexo II» (Cf., art. 2.16 LRM).

De manera más concreta, lo que las *medidas reparadoras* procuran, es que los recursos naturales o los servicios que estos prestan recuperen o vuelvan a su «estado básico», es decir: «aquel 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» (Cf., arts. 2.19 LRM).

Así también lo expone el RLRM (Cf., art. 20.1), el cual ha dedicado un apartado exclusivo para delimitar expresamente la finalidad de reparación, estableciendo que esta tiene varias aristas que habrán de prestarse atención:

Ilustración 12. Finalidades de las medidas de reparación



E. ESTRUCTURA JURÍDICA DEL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

1. El deber de reparar

El régimen jurídico del deber de reparar viene determinado por la propia legislación de responsabilidad ambiental, la cual permite instituir las obligaciones del sujeto responsable: el *operador*.

La atribución de responsabilidades, en conformidad con la LRM, se circunscribe a su capítulo II «Atribución de responsabilidades», en el cual se han incorporado en varios de sus artículos (*Cf.*, del 9 al 13) algunas reglas al respecto. De manera específica y genérica, el artículo 9 atribuye a los operadores que desarrollen actividades profesionales o económicas, la obligación de adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación, y, por ende, la de sufragar los costes que puedan derivarse de ellas, sin importar el monto de su cuantía, cuando así resulte en consecuencia de la aplicación de la Ley (*Cf.*, Preámbulo III LRM); es decir, cuando hayan sido declarados 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 se refiere el anexo III) de la posible responsabilidad ambiental que pueda derivarse por sus acciones, sin perjuicio claro está, de lo dispuesto por el artículo 14 sobre la «inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes» (*Cf.*, art. 9.1 LRM segundo párrafo).

En correlación con esto, se ha de analizar si ha existido alguna infracción de alguna 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 involucraría dentro del armazón administrativo o penal. Sin embargo, 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 ¹²⁴⁷.

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 hubiera

¹²⁴⁷ La concurrencia de responsabilidades está contemplada en el Preámbulo II y el art. 6 de la LRM; mientras que en la Directiva 2004/35/CE no se dice nada sobre esta posibilidad.

originado el *daño ambiental*. En otras palabras, la LRM se ocupa de los supuestos de concurrencia de responsabilidad ambiental con la responsabilidad que pueda derivarse de la comisión de infracciones o delitos ¹²⁴⁸ y, para ello, ha previsto expresamente algunas reglas de aplicación (*Cf.*, art. 6) que tienen que ver con la adopción de las medidas de prevención y evitación de nuevos daños por parte de los operadores que lleven a cabo alguna de las actividades del anexo III, la aplicación de las medidas reparación en caso de haber ejecutado cualquier otra actividad distinta de las previstas en el anexo III, entre otras.

Ahora bien, el deber que soporta el operador de reparar, más que un deber ciudadano, es un deber profesional, porque así expresamente lo dispone la normativa ambiental (DRM y LRM), exigiendo que sea el quien cumpla con este deber (*Cf.*, art. 2 LRM). Es un deber que solo soporta el operador en determinadas circunstancias. Mientras tanto, el deber de prevención y evitación de los daños ambientales es universal que conduce a la obligación de adoptar las medidas adecuadas para cumplir con dicho fin. Todo operador debe prevenir, pero no todo operador deberá reparar, aun cuando la actividad de la que es responsable haya sido la causante del daño ambiental ocasionado ¹²⁴⁹.

Antes de exponer el *modus operandi* al que queda sometido el 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 ¹²⁵⁰. Además, el posible incumplimiento del *operador* con respecto de la adopción de las 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, deber del cual el operador no puede escapar, es fruto de lo que la DRM ha regulado en cuanto a la acción reparadora, exigiéndole que adopte inmediatamente todas las medidas posibles para controlar, contener,

¹²⁴⁸ ESTEVE PARDO, 2008: *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario Sistemático*, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S. A., Madrid, pp. 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 los 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 esta 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.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 202-203.

eliminar o enfrentar de otra manera a todos los contaminantes existentes, con el objeto de limitar o impedir mayores daños ambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios que estos prestan (Cf., art. 6.1.a). De esta manera, las obligaciones del operador instauradas por la LRM (Cf., art. 20.1) para *reparar, restaurar o reemplazar* los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, se plasman en armonía directa con lo dispuesto en el artículo 7.1 DRM, en doble vía:

1) La adopción –inmediata– de todas las medidas provisionales útiles en relación con los criterios establecidos en el anexo II de la LRM, sin perjuicio de los criterios que, adicionalmente las comunidades autónomas establezcan. Informará respecto de las medidas adoptadas a la autoridad competente.

2) Elaboración de una propuesta de medidas, conforme a lo previsto en el anexo II de la LRM, 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 establezcan las comunidades autónomas.

A pesar de esta dualidad de los deberes impuestos al operador, este se encuentra investido de la facultad de elegir entre distintas medidas adecuadas o entre diferentes formas de ejecución que considere la más adecuada, pero exclusivamente cuando fuera posible y la Administración así lo permita (Cf., arts. 7 DRM y 20.2 LRM). Con esta posibilidad, el sujeto responsable únicamente podrá 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 iniciativa, como algunos doctrinarios 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. Esto no significa que no deba 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 medio¹²⁵¹.

Dentro de este contexto, no podemos pasar por alto un interrogante crucial: ¿Cómo deben llevarse a cabo la elección de las medidas de reparación?

Afortunadamente, el anexo III de la LRM nos brinda la respuesta. Se las debe elegir, aplicando los criterios técnicos, valorados mediante la utilización de las mejores tecnologías disponibles que tienen en cuenta los efectos, la probabilidad del éxito, la prevención de daños futuros, los

¹²⁵¹ *Ibid.*

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, el rol que la Administración desempeña es muy importante, ya que –cuando fuera posible– deberá habilitar al operador para que pueda optar entre distintas medidas adecuadas o diferentes formas de ejecución, pero de haberse producido varios daños ambientales, de tal manera que la autoridad competente se vea imposibilitada de adoptar simultáneamente todas las medidas reparadoras necesarias, podrá fijar las prioridades de reparación del daño, determinando el orden de primacía que el operador deberá adoptar, velando que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten al mismo tiempo¹²⁵².

En efecto, la DRM y la LRM disponen que, ante la 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 especifique 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 (Cf., arts. 7.3 DRM y 20.3 LRM), para lo cual se identificarán el tipo, la cantidad, la duración y la ubicación de las medidas reparadoras necesarias (Cf., art. 20.1 RLRM). Cabe destacar eso sí, el carácter preferente que en cuanto a su aplicación gozarán las medidas destinadas a la eliminación de cualquier riesgo para la salud humana (Cf., art. 20 LRM).

En el caso de que ciertos operadores se vieran implicados en la producción de un daño ambiental en sus diversas fases, para la atribución de responsabilidad mancomunada se puede elaborar un solo proyecto de reparación, en función de sus respectivas cuotas de contribución a la causa de dicho daño.

Todos estos abecés vienen a constituirse en los factores comunes de la acción de reparación y constriñen cómo se ha de instaurar las medidas de reparación. No obstante, aún no nos hemos referido al género de las *medidas reparadoras*, con respecto al cual el anexo II (DRM y LRM) juega un papel preponderante, pues en él se ha establecido las medidas reparadoras a adoptarse y también se han configurado los criterios obligatorios para el operador, los cuales se han convertido a su vez, en la potestad de la Administración en relación con las medidas de reparación.

¹²⁵² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1770.

2. Obligaciones del sujeto responsable: el operador

Acorde con la naturaleza, así como con el tipo de actividad que el operador haya realizado y causado el daño ambiental, nacerán diferentes tipos de obligaciones¹²⁵³ (Cf., art. 19 LRM), las cuales lo forzarán a actuar de diferente manera según uno u otro caso.

Para analizar cuáles son las actividades que generarán una u otra obligación, es importante dejar perfilada una cuestión adicional y de suma importancia, la cual está íntimamente ligada con la oportunidad de los costes¹²⁵⁴:

¿Cuándo soportará el operador la obligación de sufragar los costes de la reparación?

Este interrogante se vincula directamente con la naturaleza y el tipo de actividad que este desarrolle, a saber:

- 1) Si se trata de las actividades del anexo III, cualificadas por su peligrosidad.
- 2) Si se trata de actividades distintas y menos peligrosas de las que el anexo III consagra, pero que igualmente son productoras de daños.
- 3) Primer caso: *actividades del anexo III*

El operador deberá (Cf., 19.1 LRM):

- a) poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente y
- b) adoptar las medidas de reparación, pese a que no haya incurrido en su conducta, dolo, culpa o negligencia, es decir, independientemente de que haya actuado mediando dichos elementos de carácter subjetivo

En este supuesto, el *operador* debe soportar todas las consecuencias derivadas del desarrollo de la actividad que genere el daño, porque se ve incorporado en un régimen jurídico gracias a la titularidad de las actividades calificadas jurídicamente como peligrosas, que le obliga a 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. Lo primero siempre deberá ser adoptado, pero lo segundo, la obligación de soportar los costes, puede ser eximida si concurre alguna de las circunstancias previstas en la legislación de responsabilidad ambiental (Cf., art. 14 LRM). En este caso, se

¹²⁵³ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 202.

¹²⁵⁴ Vid., BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1766-1773.

puede recuperar los costes soportados, pero para ello se deberá seguir el procedimiento regulado también por la Ley (*Cf.*, art. 15 LRM)¹²⁵⁵.

4) Segundo caso: *cualquier otra actividad distinta de las del anexo III*

El operador deberá al igual que en el caso anterior:

- a) poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente y
- b) debe adoptar, solamente, las medidas de evitación

Este supuesto envuelve un régimen jurídico más complejo. El operador está exento –en principio– de adoptar las medidas de reparación. La responsabilidad exige la *intencionalidad*. Por lo tanto, solo 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 vería obligado a adoptar las medidas reparadoras (*Cf.*, art. 19.2 LRM).

Dicho de otra manera, el operador de la actividad causante del daño no deberá adoptar ninguna medida reparadora ni tampoco soportar los costes correspondientes. Esta situación difiere frente a dos situaciones:

- a) Intencionalidad (dolo, culpa o negligencia) en la producción del daño.
- b) Incumplimiento de los deberes de prevención y evitación.

La redacción del precepto legal no es muy venturosa y lo único que se puede denotar y que lo diferencia de la disposición normativa antigua (*Cf.*, art. 19.1 LRM) es la exigencia de la intencionalidad; aspecto trascendental respecto de la responsabilidad de los operadores que llevan a cabo algún tipo de actividad distinta de las que prevé el 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 producido¹²⁵⁶.

Valencia Martín¹²⁵⁷, respecto a los deberes incumplidos (de *prevención y evitación*), acentúa que la LRM no precisa a qué obligaciones se refiere exactamente. Por consiguiente, se ha de entender comprendidas dentro de ellas a todas las:

«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)».

¹²⁵⁵ *Ibid.*, 1766-1767.

¹²⁵⁶ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 203.

¹²⁵⁷ VALENCIA MARTÍN, 2010: 3.

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 (la gravedad); lo contrario, sería desproporcionado y chocaría con el principio *ne bis in idem*.

Siguiendo esta misma línea, el profesor Betancor¹²⁵⁸ matiza y añade que se podría interpretar que el incumplimiento de aquellos deberes 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. Indudablemente, es una situación jurídicamente confusa. Si hay incumplimiento de los deberes, independientemente de la 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 surgirá exclusivamente 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. Este siempre encontrará un resquicio para su producción¹²⁵⁹.

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*.

F. ESTRUCTURA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN EL ÁMBITO AMBIENTAL

Las medidas necesarias para que el operador lleve a cabo la obligación de reparar el daño ambiental están definidas –de manera íntegra– en la LRM (*Cf.*,

¹²⁵⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1767-1768.

¹²⁵⁹ La arrogancia de los seres humanos frente a los imponderables siempre ha tenido resultados dramáticos como el *Titanic* y otros. El operador ha cumplido con el deber de adoptar las medidas de prevención y, no obstante, el daño ha sucedido. 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, el 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, intencionalmente producir el daño parece contradictorio. BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1742-1744.

art. 20 LRM y anexo II) en plena armonía con lo que dispone la DRM (Cf., art. 7). Tal como está prevista la figura jurídica de la reparación, esta entra en acción posteriormente a la determinación de la significatividad del daño. Dicho de otro modo, para que quepa la aplicación de las medidas reparadoras, el daño ambiental debe haber sido significativo y haber causado un daño que represente verdaderamente un perjuicio a los recursos naturales que la normativa ambiental detalla, para lo cual se exige, además, la «[...] determinación del estado en que se encontraba el recurso natural afectado antes del daño (el llamado ‘estado básico’)».

Esta determinación, brindará la posibilidad de exigir la adopción de las medidas reparadoras a quien lo causó (al operador), quien deberá adoptar «sin demora y sin necesidad de advertencia», todas las medidas necesarias para reparar el daño cometido; en caso contrario, el daño no podrá atribuirse ni quedará sometido a la tutela pública ni al régimen de responsabilidad ambiental.

Es el anexo II de la LRM, 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, pero para conseguirlo hay que remitirse también al desarrollo de su regulación reglamentaria (RLRM). En él se plasma –como lo hemos descrito en líneas precedentes– el verdadero propósito de la reparación y la determinación de las medidas reparadoras ante la presencia de un daño sobre los recursos naturales o sus servicios.

1. Clasificación de las medidas reparadoras

Atendiendo a la regla general de las medidas de reparación, estas tienen como finalidad que el ambiente se restituya, permitiendo que vuelva a su *estado básico anterior* (Cf., art. 20 LRM y art. 7 DRM) pero ¿cuáles son las que debe o puede adoptar el operador?

Este podrá elegir entre tres distintos tipos de medidas reparadoras (Cf., anexo II, 1. a; b; y c): medidas primarias; medidas complementarias, y medidas compensatorias.

1.1. MEDIDAS PRIMARIAS

Estas medidas son aquellas que pretenden restituir o aproximar al máximo los recursos naturales dañados a su «estado básico». Sin embargo, estas 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 nos referimos están consagradas de manera expresa en el RLRM (Cf., art. 21.1) y son las siguientes ¹²⁶⁰:

- «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».

Entre estas diferentes alternativas, el operador deberá identificar que, dentro de ellas, se incluya alguna referencia a ciertos factores como (Cf., art. 21.2 del RLRM):

- 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 ¹²⁶¹.
- 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.

El pequeño problema que implica la aplicación de cada una de las alternativas distinguidas es el alto coste económico que ocasionará el devolver los recursos dañados a su *estado básico*; es decir, al estado en el que se encontraban antes de ser afectados ¹²⁶².

1.2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Este tipo de medidas son aquellas que buscan compensar lo que no se pudo alcanzar con la *reparación primaria*, sin que se pueda alcanzar la plena restitución de los recursos naturales o de sus servicios dañados. En suma, estas medidas prosperarán únicamente 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 porque el coste se considera desproporcionado con el beneficio ambiental resultante.

¹²⁶⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 204-205.

¹²⁶¹ El 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.

¹²⁶² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 204-205.

La correcta determinación de la proporcionalidad del beneficio ambiental se medirá en atención al valor social de los recursos y servicios naturales perdidos, entendido este como expresión monetaria del bienestar o utilidad que aquellos generan ¹²⁶³.

1.3. 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 qué son las *pérdidas provisionales*, buscamos apoyo directamente en el concepto incorporado, también en el anexo II RLRM (Cf., 1.d), en el cual se las describe 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».

Por lo tanto, este tipo de medidas no se traducen en una compensación de índole financiera al público, sino en impedir ulteriores efectos negativos a consecuencia de un daño ambiental.

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*, que prospera cuando la *reparación primaria* no es posible o es desproporcionadamente costosa (por ejemplo, la regeneración de un bosque o de un hábitat próximo al dañado). Mientras que, la *reparación complementaria* es una especie de reparación del lucro cesante, ya que viene a compensar, siempre *in natura*, la pérdida provisional de los recursos o servicios ambientales en tanto se alcanza cualesquiera de las otras opciones ¹²⁶⁴.

No podemos olvidar que en un mismo proyecto de reparación podrá incluirse o aplicarse uno o más tipos de medidas reparadoras, ya sea primarias, compensatorias o complementarias (Cf., art. 20 RLRM). No obstante, la normativa ambiental (LRM), en orden de prelación, expone su preferencia por la adopción de la reparación primaria, en confrontación con las otras dos medidas, cuya finalidad radica en el resarcimiento por equivalencia para

¹²⁶³ *Ibid.*, 205.

¹²⁶⁴ VALENCIA MARTÍN, 2010: 4. En igual sentido, LUQUIN BERGARECHE, 2005: 121.

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»¹²⁶⁵, y, en el caso de la compensatoria, para contrarrestar las pérdidas provisionales de recursos naturales o de servicios que estos prestan. Dicho de otra manera, solamente 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* o la *reparación compensatoria* para compensar las pérdidas provisionales¹²⁶⁶.

En cualquier caso, 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 determine la responsabilidad ambiental y se imponga el deber de reparación (Cf., Disposición adicional novena), es un factor apreciable que se debe registrar¹²⁶⁷.

Sin dejar de lado nuestro punto de vista, creer que las dos últimas clases de medidas referidas son un tipo de reparación *in natura*, sería un error (Cf., art. 23.2 RLRM). La reparación *in natura* es una característica diferenciadora y exclusiva de la reparación primaria. Asimismo, aunque el RLRM haya previsto que el ejercicio de las medidas compensatorias y complementarias puede consistir en la extensión de las primarias, esto viene a ser una contradicción (no subsanada hasta la actualidad), y, a la vez, uno de los pocos parajes oscuros que trae consigo la redacción del RLRM (Cf., art. 23.1)¹²⁶⁸.

Siguiendo con el texto legal insertado en el RLRM, se equipara la reparación complementaria a la primaria, estableciendo un periodo de tiempo desde que la primaria se haya puesto en ejecución hasta el momento en que los recursos naturales o servicios dañados alcancen su «estado básico». Quizá, es tan solo un error de redacción, siendo su intención referirse exclusivamente a la reparación compensatoria¹²⁶⁹.

Frente a lo expuesto, el marco común definido en el anexo II es el que delimitará el camino a seguir, a fin de elegir las medidas reparadoras más

¹²⁶⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1770.

¹²⁶⁶ *Ibid.* En igual sentido, PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 202-204.

¹²⁶⁷ VALENCIA MARTÍN, 2010: 4. En igual sentido, LUQUIN BERGARECHE, 2005: 121.

¹²⁶⁸ 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».

¹²⁶⁹ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 205-206.

adecuadas para garantizar la reparación del daño ambiental, el cual dependerá del recurso natural que se vea afectado/dañado ¹²⁷⁰. En él se ha distinguido cada medida reparadora, dependiendo de si se trata de daños a las *aguas* o *especies y hábitats naturales protegidos* (aquí la reparación del ambiente dañado prospera de manera unánime) o *daños al suelo* ¹²⁷¹; es decir, con respecto al recurso del suelo, florece una excepción en comparación con los otros tipos de recursos, en caso de que sufra un daño.

Ambos criterios han delimitado el marco de elección de las medidas de reparación de la siguiente manera ¹²⁷²:

- 1) El recurso dañado, que puede ser: las aguas, la ribera, las especies, los hábitats y el suelo
- 2) La finalidad que perseguir con la medida de reparación respectiva
- 3) Los criterios técnicos, los cuales han de ser apreciados utilizándose las mejores tecnologías disponibles para la elección de las medidas reparadoras ¹²⁷³. Estos aspectos se concretarán en el proyecto de reparación (Cf., art. 25 RD 2090/2008) que deberá aprobar la administración competente (Cf., art. 26 *ibid.*).

En relación con el primer punto, existen ciertas consideraciones que ameritan ser destacadas:

- 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, puesto que lo que se persigue es la restitución del elemento natural dañado a su estado anterior; al estado en el que se encontraría de no haberse producido el daño ambiental, sin considerar el uso o la utilización de ese recurso por las personas ¹²⁷⁴. Aquí cabe la adopción de cualesquiera de las tres medidas reparadoras: primaria, complementaria o compensatoria (Cf., anexo II.1 DRM y LRM).
- 2) En cuanto al suelo, este recurso natural es afrontado de manera peculiar. No cuenta solamente con un tratamiento heterogéneo en lo concerniente a la configuración y delimitación de la categoría de *daño ambiental* (Cf., capítulo II), sino que presenta un régimen disímil en comparación con los otros recursos naturales, en cuanto a la adopción de las *medidas de reparación*. Ciertamente, cuando el suelo es víctima de un daño, la medida reparadora se instaurará con el propósito de precautelar, por un lado, la salud humana, y, por otro lado, el ambiente como tal, es decir, se

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 431.

¹²⁷² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1769.

¹²⁷³ Sobre la elección de las medidas primarias, complementarias y compensatorias, *vid.* el RD 2090/2008, arts. 21, 22 y 23.

¹²⁷⁴ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 432.

aplicará desde el punto de vista de la utilización de ese espacio y en la medida en que dicho recurso natural presente un riesgo para la salud humana¹²⁷⁵.

Dicho de otro modo, cuando se produzcan daños sobre el suelo, cuyas sustancias contaminantes de origen humano provocasen 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»¹²⁷⁶ (Cf., anexo II.2 LRM).

En definitiva, el objetivo que persigue la LRM, a través de la reparación del suelo, no es que el recurso natural vuelva a su estado básico como pretende con los demás recursos naturales (finalidad restitutiva), sino que tiene una finalidad primaria distinta: neutralizadora o restitutiva. En otras palabras, lo que busca es neutralizar los peligros, intentando eliminar sobre todo las fuentes de peligro que el suelo pueda presentar. El uso del suelo es secundario. Una vez se eliminen los 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 territorio¹²⁷⁷ vigente en ese momento.

En lo que atañe al segundo literal (la finalidad de las medidas de reparación), tomando en consideración *las medidas primarias*, se investigarán las acciones que permitan restituir, ya sea de manera directa y rápida o mediante recuperación natural, los recursos naturales o sus servicios naturales para que recuperen su estado básico, (Cf., anexo II.1.2.1 LRM). Mientras tanto, debido a que las medidas *complementarias* o *compensatorias* implican la sustitución de los recursos y servicios dañados por otros, es necesario establecer unos criterios de equivalencia. Por ello, se proporcionan dos alternativas al determinar la magnitud de estas *medidas*¹²⁷⁸:

¹²⁷⁵ *Ibid.*; BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1769.

¹²⁷⁶ En el marco de lo establecido en los arts. 27 y 28 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, y el RD 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.

¹²⁷⁷ 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).

¹²⁷⁸ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 207.

1) La aplicación del principio «recurso-recurso», en virtud del cual se deben sustituir los recursos o servicios dañados por otros del mismo tipo, cantidad o calidad.

2) La implementación del sistema «servicio-servicio» –siempre que el anterior método no fuese posible aplicar–, por medio del cual se proporcionan recursos naturales o servicios de recursos naturales alternativos, 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 debido al daño», por ejemplo, una disminución de la calidad de un servicio natural, podría compensarse con un aumento del número de medidas reparadoras (Cf., anexo II.1.2.2 LRM).

No obstante, pese a la posible utilización de estos dos criterios (de equivalencia «recurso-recurso» o «servicio-servicio»), se pueden presentar ciertas contingencias. 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 significa que el carácter indemnizable del daño vaya a quedar excluido. La autoridad competente será quien seleccione los métodos a seguir para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias o compensatorias necesarias.

También, puede darse el caso que sea posible valorar los recursos naturales o los servicios perdidos, pero no los recursos de reposición en un plazo o con unos costes razonables. Ante esta posibilidad, la autoridad competente podrá aplicar medidas reparadoras, cuyo coste deberá ser equivalente al valor monetario de los recursos o servicios perdidos, así como deberá prever 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. En efecto, cuanto más tiempo se tarda en regresar al *estado básico*, mayores serán las *medidas de reparación compensatorias* que se apliquen.

Las medidas adoptadas, deben ser sometidas a la aprobación de la autoridad competente (Cf., art. 7.1 DRM), quien decidirá las que deben aplicarse (siguiendo los criterios del anexo II), con la cooperación del *operador* si fuese necesario (Cf., art. 7.2 DRM). La Administración ha de invitar, además, a quienes hubieran instado el procedimiento y a aquellas en cuyas tierras haya de aplicarse las medidas reparadoras para que presenten sus observaciones, las cuales deberán ser tenidas en cuenta (Cf., art. 7.4 DRM).

Si el coste de las medidas reparadoras que debería aplicarse es desproporcionado en relación con los beneficios ambientales a obtenerse, el operador lo deberá informar, presentando una memoria justificativa (que

tendrá carácter público) para que no se adopten tales medidas (Cf., anexo II 1.3.3.2 y art. 22.1, segundo párrafo, RLRM). De igual modo, si con las medidas reparadoras adoptadas, la amenaza significativa de que se produzcan efectos desfavorables para la salud humana, el agua o las especies silvestres o los hábitats desaparece, no cabe que se adopten más medidas, ya que esto supondría un gasto innecesario al operador.

Dentro de este contexto, nos aflora el siguiente interrogante: ¿cómo aplicar los criterios de equivalencia «recurso-recurso» y «servicio-servicio»?

La valoración ha sido una de las diversas dificultades que han atravesado los miembros de la Unión Europea al momento de llevar a cabo la transposición de la norma ¹²⁷⁹. Ni la DRM ni la LRM han precisado los modos o métodos de estimación de valoración para poder aplicar estos criterios, sino únicamente los bienes, servicios o recursos naturales que pueden considerarse sustitutos de los dañados. Ha sido el RLRM, en el que se 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) ¹²⁸⁰.

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 expresa en virtud de la cantidad de hábitat de los servicios que este presta (anexo II y III.1 RLRM).

En consecuencia, para determinar las *medidas reparadoras*, *complementarias* o *compensatorias*, la designación del lugar donde se forjará la reparación se torna muy importante ¹²⁸¹. Se debe optar por el mismo lugar en el cual el daño ocurrió o por el más cercano a los recursos y servicios dañados. Si esto no fuera posible o adecuado, la autoridad competente podrá realizar la reparación en un lugar alternativo que esté vinculado geográficamente a los

¹²⁷⁹ *Ibid.*, 208-209.

¹²⁸⁰ 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, monotributo o multiatributo, 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).

¹²⁸¹ La primera fase del proyecto de reparación es justamente la designación del lugar. Su contenido está regulado también en el RLRM, art. 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».

recursos referidos. Esta vinculación existe, «cuando pueda establecerse una conexión ecológica, territorial o paisajística» (*Cf.*, Exposición de Motivos RLRM).

Para ello, la autoridad ha de tener en cuenta, entre otros aspectos (distintos a la intensidad o gravedad del hecho dañoso, la extensión y dimensión temporal del daño ambiental), las posibilidades de recuperación natural de los recursos afectados, los servicios que el recurso prestaba en su estado básico, los intereses de la población afectada (*Cf.*, art. 24.4 RLRM) y los riesgos para la salud humana.

De lo que no se dice nada en la normativa es del posible efecto negativo que puede suponer la incorporación de un nuevo recurso natural para las especies y recursos existentes en ese hábitat. Doctrinariamente¹²⁸² se ha criticado este aspecto ya que es una cuestión que la DRM, y, en su defecto, la LRM deberían haber contemplado a la hora de pretender la reparación en un lugar distinto al que naturalmente pudiesen haber tenido los recursos naturales o los servicios dañados.

2. Costes de la reparación

Atendiendo a la oportunidad de los costes, debemos tener claro quién será el responsable de sufragar los costes de la reparación y desde qué momento se ha de soportar dicha obligación.

El *operador* deberá adoptar de forma inmediata, todas aquellas *medidas provisionales* necesarias para reparar, restaurar o reemplazar los recursos o servicios naturales dañados, debiendo someter 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, requerimiento o acto administrativo previo, porque así expresamente lo prescribe la propia LRM (*Cf.*, art. 20).

Por lo tanto, el operador es quien ha de sufragar los costes de las acciones preventivas y reparadoras (*Cf.*, art. 8.1 DRM) que se puedan derivar de un posible daño ambiental. A las autoridades competentes les corresponderá recuperar esos costes generados a causa del daño ambiental o la amenaza inminente de este, mediante el embargo de bienes inmuebles u otras garantías adecuadas, aunque podrían decidir no recuperar los costes íntegros, cuando los gastos necesarios para prevenir o reparar el daño ambiental resultaran

¹²⁸² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 202.

superiores al importe recuperable o no puedan identificar al operador (*Cf.*, art. 8.2, primer apartado, DRM).

En relación con la imputación de costes, si concurriesen varios responsables, especialmente, en lo que respecta al reparto de responsabilidades entre el productor y el usuario de un producto, la normativa comunitaria será aplicable (*Cf.*, art. 9 DRM), sin perjuicio de lo que a estos efectos establezcan las disposiciones internas vigentes. Empero, en algún caso de contaminación del suelo y de aguas subterráneas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido un sistema de responsabilidad objetiva y solidaria entre ambos ¹²⁸³.

Parece razonable que, cuando el daño o la amenaza de daño sean causados por el uso de un producto, el operador pueda reclamar al fabricante, al importador o al suministrador, el importe de los costes en que haya incurrido, siempre y cuando este se haya ajustado estrictamente durante 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 subsiguientes, se transmitan y se exijan conforme lo dispuesto para las obligaciones tributarias ¹²⁸⁴.

Innegablemente, existirán supuestos en los que no se pueda exigir al operador que sufrague los referidos costes, por derivarse de actos que están fuera de su control.

G. DISPOSICIONES COMUNES PARA LA PREVENCIÓN, EVITACIÓN Y REPARACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES

Como habíamos explicado en el capítulo IV, en cuanto a la atribución de la responsabilidad, se estará a lo dispuesto por la DRM y la LRM (*Cf.*, art. 3 de ambas).

Cabe recordar, que, en el caso de las actividades consideradas menos peligrosas, si bien estas pueden haber sido la causa del daño, puede ser que esto no sea suficiente para que la responsabilidad surja, sobre todo en lo que concierne a la adopción de las medidas de reparación, pues dependerá de la intervención de los elementos subjetivos: dolo, culpa o negligencia.

¹²⁸³ *Ibid.*, 433.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, 433-434.

1. Incumplimiento de las obligaciones de prevención, evitación o reparación del daño ambiental

La LRM establece las directrices a seguir en caso de incumplimiento de las obligaciones de prevención, evitación o reparación del daño ambiental (Cf., art. 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, así como de las demás obligaciones que impliquen el cumplimiento de la LRM por parte de los operadores responsables. Es posible que concurren normas comunitarias, estatales o autonómicas sobre responsabilidad ambiental más exigentes, especialmente en relación con la adopción de dichas medidas, considerando determinadas actividades.

Igualmente, existe la posibilidad de que determinadas normas permitan extender la responsabilidad a sujetos distintos de los operadores (Cf., disposición adicional segunda LRM). En cualquier caso, la autoridad competente deberá optar por aplicar la normativa ambiental que sea más exigente.

Si el operador incumpliera de manera total o parcial la obligación de adoptar las medidas de prevención, evitación o reparación, a pesar de que la Administración haya velado por el cabal cumplimiento normativo por parte del operador, la autoridad competente deberá dictar una resolución motivada, exigiendo a aquel su cumplimiento (Cf., arts. 41 y ss., LRM). Si la resolución hubiese sido emitida, pero 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, más aún, si el daño ambiental es grave o la amenaza inminente (Cf., art. 47 LRM).

Es importante destacar que la implantación del procedimiento administrativo es independiente del régimen sancionador, ya que la responsabilidad como tal no tiene naturaleza sancionadora¹²⁸⁵. Por esta razón, es factible que concorra la aplicación del sistema de responsabilidad ambiental y el relativo a infracciones, sanciones penales y administrativas (Cf., arts. 35 y ss., LRM) por los mismos hechos que hubiesen originado que proceda aquella, sin que esto implique transgresión del principio *ne bis in idem* (Cf., art. 6.1 LRM).

¹²⁸⁵ *Ibid.*, 214-215.

H. CIRCUNSTANCIAS QUE EXONERAN EL DEBER DE SUFRAGAR LOS COSTES DE REPARACIÓN O DE PREVENCIÓN

Una vez 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, este no siempre tendrá que sufragar los gastos derivados de la prevención, evitación o reparación. Existen ciertas circunstancias o actos que están fuera del ámbito de su control, los cuales impedirán que el operador tenga que sufragar aquellos costes. Esta exoneración de responsabilidad –vinculada 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 estos se produzcan responden a dichos supuestos, relacionados íntimamente con la presunción de causalidad (Cf., art. 3.1 LRM). Por el contrario, si hubiese pagado injustamente, deberá adoptar las medidas oportunas para recuperar los costes en los que hubiese incurrido ¹²⁸⁶.

Desde el punto de vista doctrinario, se han catalogado a las circunstancias que exonerarían al operador de la adopción de las medidas que venimos estudiando en dos tipos: externas e internas ¹²⁸⁷:

1) Circunstancias externas de exoneración:

a) La actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad e independiente de ella, aun cuando existan medidas de seguridad adecuadas.

b) El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato al que alude la legislación de contratos de las administraciones públicas.

Atendiendo a este último supuesto de exoneración, Lansagabaster, García y Lazcano ¹²⁸⁸, consideran que se debe destacar dos aspectos:

Debería siempre verificarse si existe una posible concurrencia de culpas entre el operador y la autoridad pública, para poder determinar si aquel 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 operador y los daños.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, 434.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, 58-63.

¹²⁸⁸ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 434-435.

La ausencia de responsabilidad del operador no debería eliminar la responsabilidad de los daños producidos con respecto a la autoridad que hubiera cursado la orden o instrucción correspondientes. La autoridad – normalmente administrativa– debería ser quien sufrague los costes de las medidas adoptadas, resultando aplicable la normativa específica de daños ambientales. En especial, en lo que se refiere a la legitimación de particulares y asociaciones para instar el proceso.

2) Circunstancias internas de exoneración:

a) Que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño ambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa ¹²⁸⁹, otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el anexo III.

Para que este supuesto prospere, será necesario que el operador cumpla con las siguientes condiciones:

Que se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las condiciones establecidas en la referida autorización y a la normativa aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño ambiental.

Que pruebe que el daño ambiental fue causado por una actividad, emisión o por la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el ambiente, con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

Que demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia. La normativa comunitaria, ha dejado a disposición del legislador interno la posibilidad de obligar o no al operador a sufragar el coste de las acciones reparadoras en los supuestos en los que, sin que exista culpa o negligencia de su parte, el daño ambiental haya sido causado ¹²⁹⁰ (Cf., art. 8.4 DRM).

Esta clasificación, en el fondo responde a lo que la LRM ha incorporado dentro de su contenido como «Inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes» (Cf., art. 14.1 y 2), fruto directo de lo que la DRM ha determinado al regular los «costes de prevención y reparación» (Cf., art. 8.3 ¹²⁹¹).

¹²⁸⁹ *Vid.*, Sentencia de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 108/2009 de 3 de abril (JUR/2011/100623), en la parte que establece: «[...] 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...».

¹²⁹⁰ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTONS, 2007: 435.

¹²⁹¹ «a) fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medias de seguridad adecuadas; o b) se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública competente, salvo las órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador».

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 ante alguno de los supuestos mencionados (causas externas o internas). Más bien, se le ha impuesto como obligación –en virtud de la propia LRM– la adopción y ejecución de las medidas de prevención, evitación y reparación. Otra cosa es que los gastos erogados por su parte los pueda recuperar, porque jurídicamente no tiene el deber de asumirlos, acorde con lo que manda la LRM (Cf., art. 15), para lo cual ha de seguir los procedimientos definidos para ello. En concreto, las exoneraciones que puedan aplicarse al sujeto responsable de un daño ambiental siempre prosperarán *a posteriori*, luego de que haya incurrido en los costos necesarios para que se apliquen las respectivas medidas de reparación.

Los únicos supuestos que podrían llegar a ser los más problemáticos son los referentes a la autorización o licencia y el riesgo tecnológico, los cuales deberían liberar al operador de soportar los costes. En el primer caso, si hubiese concurrido la intervención de un tercero o una orden o instrucción obligatoria emanada por la Administración, el operador tiene la facultad de ejercer las acciones de repetición contra terceros (reguladas en el art. 16 LRM), bien sea para recuperar dichos costes o bien para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, a cuyo servicio se encuentre la autoridad que impartió la orden o instrucción.

En los demás casos, la legislación ambiental (LRM) se deberá remitir a lo que disponga la normativa autonómica. Esta será la que determine cómo podrá el operador recuperar los costes cuando el daño se hubiese producido sin la interferencia de ningún elemento subjetivo (culpa, dolo o negligencia) y a causa de actividades que constituyan el objeto de una autorización (a la que están sometidas las actividades del anexo III) o que no se consideraron potencialmente peligrosas en el momento en que el daño se produjo.

En consecuencia, si se tratara de una de las actividades del anexo III de la LRM, el operador se ubicaría ante dos situaciones jurídicas ¹²⁹²:

- 1) Por un lado, sería responsable.
- 2) Por otro lado, concurriría la causa de liberación de la obligación de sufragar los costes.

La interpretación conjunta de los preceptos legales 9 y 14 de la LRM, genera un resultado coherente: el primero, atribuye la responsabilidad y, el segundo, delimita el supuesto específico, en virtud del cual, aunque concurra

¹²⁹² *Ibid.*

la responsabilidad, el operador quedaría exento de la obligación de pagar los costes de las medidas de reparación.

Única y exclusivamente, las actividades incluidas en el anexo III que jurídicamente han sido calificadas como peligrosas, cuentan con la fuerza liberadora indicada; al contrario de las autorizaciones de emisiones de actividades *no jurídicamente peligrosas* que no gozan de dicho beneficio. Estas actividades, como bien arguye el profesor Betancor¹²⁹³, estarían en peor condición jurídica 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 la normativa vigente en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño ambiental.

Seguramente, como denota el profesor¹²⁹⁴, exista un «fallo regulatorio»: la autorización o la regulación no contemplaron la posibilidad del daño o lo hicieron de manera deficiente. Esta circunstancia, según el maestro, 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 las medidas de prevención, evitación o reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal (*Cf.*, art. 34).

Lo correcto, si adoptamos la sugerencia de este honorable maestro, sería interpretar la exoneración de responsabilidad junto con lo que dispone el artículo 9 de la LRM («responsabilidad de los operadores»). Este precepto libera de responsabilidad al operador y, por ende, de la obligación de sufragar los costes, siempre que haya actuado con apego a los requisitos, precauciones y condiciones establecidas por las normas y cualquier título administrativo, cuya obtención haya sido necesaria para llevar a cabo la actividad económica o profesional que no esté incluida dentro de su anexo III.

En cuanto al factor del riesgo tecnológico, este también ha sido motivo de fuertes críticas. Si bien algunos doctrinarios se han manifestado a favor, la mayoría doctrinaria se ha mostrado renuente a aceptar la intervención de este componente como causa de exclusión de responsabilidad, fundamentada en el desconocimiento de los resultados.

Ciertamente, este supuesto no solo presenta una gran dificultad en la interpretación, sino que resulta más difícil todavía, dilucidar su aplicación. Inicialmente, este hecho fue previsto en la Ley 30/1992¹²⁹⁵, relacionada con la

¹²⁹³ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1771-1772.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, 1773.

¹²⁹⁵ Derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

responsabilidad patrimonial de la Administración (Cf., art. 141), que con el paso del tiempo ha sido suplida por la Ley 40/2015, la cual descarta al factor del *riesgo tecnológico* como causa de exoneración de responsabilidad y de los costes que de ella se deriven. Siguiendo al pie de la letra, esta dispone que:

«solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este 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» (Cf., art. 34).

Visto así, la problemática continúa y versa sobre los siguientes aspectos: ¿Cómo establecer qué conocimientos científicos y qué momento son los precisos para que surta efecto la exoneración de responsabilidad; es decir, la liberación de la obligación de sufragar los costes de las medidas reparadoras?; ¿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? ¹²⁹⁶

Pedraza ¹²⁹⁷, en cuanto a esta posible causa de exención de responsabilidad 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 realizar la actividad que provocó el daño, no tenía conocimiento de su nocividad, ya que el riesgo del desarrollo no eliminaría su responsabilidad si se prueba que hubo culpa o negligencia por su parte.

2) En términos de seguridad jurídica –como sucede con las autorizaciones–, se provocará desarmonización en un sector que proclama la homogeneización de sus legislaciones nacionales debido a su tráfico jurídico.

3) Se deberá realizar una estricta interpretación de los daños que han de ser considerados producto del desconocimiento tecnológico, pues su deficiente clasificación ¹²⁹⁸, generará una desnaturalización de la responsabilidad objetiva que va ligada al cumplimiento de la normativa.

Esta doctrinaria es una de las partidarias de que la exención tratada no es totalmente incorrecta en cuanto a su adopción. Ha recurrido al artículo

¹²⁹⁶ *Vid., Ibid.*

¹²⁹⁷ Cf. PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 177-178.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

anterior, de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (Cf., art. 141.1), para justificar que las exigencias del buen comportamiento del operador y análisis de la situación deben ser llevadas a sus máximos extremos. No tendría sentido alguno que a unos *productores* (bajo el paraguas de la LRJSP) se les exima de responsabilidad por su actuación empresarial y a otros se les culpe por ello. En su criterio, independientemente de que la LRJSP y la DRM establezcan la posible exoneración de responsabilidades por el desconocimiento científico de sus posibles efectos, en ambas debería haberse requerido la carga de la prueba ¹²⁹⁹.

Dicho esto, hay que matizar que, con respecto al primer modelo, la jurisprudencia ha logrado suplir el vacío que traía consigo la LRJSP. Mientras tanto, en lo que concierne a la DRM, aquello ya no fue necesario, porque la exigencia de la carga de la prueba fue establecida de manera explícita. El operador siempre deberá demostrar que los daños (producto de una emisión, actividad o uso de un producto durante el desarrollo de una actividad), «[...] 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...» (Cf., art. 8.4.b).

Indudablemente, se trata de una prueba con un alto grado de dificultad, pues con su aplicación no se pretende alcanzar solamente un pronunciamiento más o menos unánime dentro de la comunidad científica, que considere que una actividad no es potencialmente peligrosa, sino que, debido a la disparidad de opiniones en la mayoría de los campos científicos al apreciar este tipo de riesgos, se torna ineludible que toda la doctrina se muestre partidaria de una misma opinión ¹³⁰⁰.

En palabras de Gomis Catalá ¹³⁰¹, la simple clasificación dada por las autoridades no será suficiente para determinar si estamos ante un daño por riesgos del desarrollo, sino que:

«la exención solo será 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».

¹²⁹⁹ *Ibid.*, 182.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ GOMIS CATALÁ, 1998: 119, 145.

Por consiguiente, el hecho de que la mayoría del sector no haya tomado las medidas adecuadas no debería ser un óbice para poder apreciar la exención de la responsabilidad.

Una cuestión extra que hay que recalcar es que, en los casos de riesgos del desarrollo, no se podrá aplicar la apreciación de la fuerza mayor, pues para que esta se estime, no debe existir decisión humana alguna que intermedie en ella. Estas aclaraciones se dejaron constancia en la STS (sala de lo contencioso administrativo), de 31 de mayo de 1999, en la que se exige dos requisitos para que esta excepción prospere:

- 1) Que sea irresistible; es decir, que los efectos que pudiera realizar no sean previsibles (circunstancia que se presenta en los riesgos de desarrollo).
- 2) Que sea de carácter externo; es decir, la causa productora de la lesión debe ser ajena al servicio y al riesgo que le caracteriza.

Frente a ello, Galbis¹³⁰² agrega y enfatiza que, a pesar de que los supuestos de exoneración tengan una obvia justificación, no es nada lógico que un operador, pese a ser eximido de responsabilidad, sea obligado a afrontar los gastos de reparación del daño de forma anticipada para, posteriormente, reclamar su reembolso. Califica a este aspecto de lesivo e injusto, puesto que el operador podrá incluso tener serios problemas para abordar los gastos financieros, los cuales podrían exceder fácilmente su capacidad. Todo esto, sin contar, además, con la falta de redacción del procedimiento de reclamación para el reembolso, el cual deberá ser articulado –por mandato imperativo de la LRM (Cf., art. 15.2)– por las comunidades autónomas, generándose una inseguridad jurídica inaceptable y una descoordinación evidente, sin evitar que exista una dispersión normativa y de procedimientos, como lo sugería el anteproyecto.

I. LOS *COSTS OF CLEAN-UP* EN LOS ESTADOS UNIDOS (CERCLA)

Cuando se produce una *release*, es decir, una liberación o una amenaza sustancial de liberación de cualquier sustancia peligrosa o 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 tomar otras medidas correctivas para esa clase de sustancias. De igual modo, el gobierno

¹³⁰² GALBIS, Fernando, 2007: «Ley de responsabilidad ambiental. Todavía puede mejorarse», *La revista del Medio Ambiente*, núm. 63, p. 77.

federal está plenamente autorizado para limpiar los sitios desde los cuales se han provocado o se siguen provocando las *hazardous substance releases*. Estas actividades federales autorizadas son identificadas –en el entorno angloamericano– como *response actions*, las cuales se dividen en dos categorías ¹³⁰³:

- 1) *Short-term removal or emergency response activities* ¹³⁰⁴.
- 2) *Long-term remedial activities*.

De manera más concreta, nos referiremos a ellas como *removal actions* (acciones de eliminación) y *remedial actions* (acciones correctivas), tal cual CERCLA las ha categorizado.

Dentro de este contexto, también es trascendental subrayar que CERCLA, a diferencia de otras leyes ambientales que regulan 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 puedan recuperar los *response costs* o costos de remediación en los que hubiesen incurrido, es decir, los costos asociados a la contaminación ocurrida, por ejemplo, una *hazardous substance release* producida desde una determinada *facility*.

En este sentido, cualquier entidad, privada o gubernamental, puede demandar a una persona eventualmente responsable bajo el techo de CERCLA, con el fin de recuperar tales costos ¹³⁰⁵, siempre y cuando se haya incurrido en estos de manera consistente con el *National Contingence Plan* o *NCP* (42 USC 9605).

El NCP es un conjunto de reglamentos federales cuyo objetivo es regular los procedimientos que la EPA y las personas privadas deben seguir para seleccionar las *response cleanup* (actividades de limpieza), así como para llevar a cabo las *response actions*. Los procedimientos designados sirven para determinar cuánto dinero se debe gastar en cada sitio y cuál es la medida apropiada de remoción, remediación u otras acciones si fuera necesario ejecutar medidas correctivas. Únicamente si la *remedial action* fuera necesaria, la EPA o la agencia principal del Estado desarrollará un plan de relaciones con la comunidad. En cualquier caso, el NCP está

¹³⁰³ FERREY, 2010: 377.

¹³⁰⁴ Solo se pueden gastar dos 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 *National priority list* o NPL. La EPA usa el dinero del *Superfund* para financiar y cumplir con estas acciones. *Vid., ibid.*, 377.

¹³⁰⁵ KLASS, 2012: 682.

diseñado para garantizar que se busquen cost-effective measures; es decir, medidas rentables ¹³⁰⁶.

Forma parte del NCP –según lo establece la EPA– el *National Hazardous Substances Response Plan*, en el cual se hallan definidos los supuestos de responsabilidad por *hazardous substances releases*, *pollutants* y *contaminants* ¹³⁰⁷.

Ahora bien, los procedimientos y requisitos que el NCP establece deben ser tenidos en cuenta con respecto de la naturaleza de cada *response cleanup*, la cual puede estar asociada con las *removal actions* o *remedial actions*, siendo estas muy diferentes entre sí; aspecto que será explicado a continuación.

1. Conceptualización de las *remedial and removal actions*

Como enfoque básico, debemos anotar que la EPA compila listas de los Estados prioritarios y de los potencialmente responsables para promover y maximizar la cantidad de limpiezas financiadas de manera privada. Por lo tanto, es la encargada de administrar 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, así como las prioridades entre los distintos sitios de desechos. La información preliminar de la evaluación de cada sitio se almacena en el *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Information System* o CERCLIS (traducido al castellano, sistema integral de información ambiental). Luego, realiza una compilación de los *hazardous substance release sites* o sitios de liberación de sustancias peligrosas ¹³⁰⁸.

El *Hazard Ranking System* (HRS) o Sistema de Clasificación de Peligros es el instrumento por medio del cual se evalúa la toxicidad, cantidad y concentración de los residuos (40 C.F.R. 300.A). A partir de aquí, la EPA cuantifica los riesgos potenciales que caracterizan a cada sitio, conduciendo una evaluación FITS (*Financial Information Tools*) y trasladando esto a un puntaje numérico. El puntaje obtenido habilita a la EPA para determinar qué sitios son más serios y pertenecen al NPL. Para cada *facility*, el HRS produce un único

¹³⁰⁶ FERREY, 2010: 378.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ *Ibid.*

valor de 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 USC 9605.a.8.a). Estos sitios tienen derecho a más del límite de dos millones de dólares de los fondos de emergencia federales para reparar sus problemas. Después de que cualquier emergencia haya sido direccionada, la EPA conducirá una *remedial investigation* (RI) (investigación correctiva) para caracterizar la contaminación en el sitio y un *feasibility study* (FS) (estudio de factibilidad), para evaluar las diferentes opciones de *remediation* (remediación), previo a elegir el tipo de remediación aplicable. Todos estos análisis, forman parte del *ROD* (*record of decision* o registro de toma de decisiones) de la EPA, el cual incluye también la opinión pública, según lo establece el procedimiento administrativo (42 USC 9605.a)¹³⁰⁹.

Dentro de este contexto, ambos tipos de acciones, las *removal actions* o *remedial actions*, presentan características particulares que son importantes apuntar:

1) las *removal actions*, son acciones a corto plazo para hacer frente a las situaciones de emergencia, es decir, son una respuesta temporal a las amenazas inmediatas, cuyo objetivo principal es disminuir la posibilidad de que puedan presentarse desechos peligrosos en un sitio determinado. Son acciones que se realizan generalmente con bastante rapidez, buscando eliminar la amenaza para el ambiente (estabilizando el sitio amenazado) o la salud humana¹³¹⁰.

2) las *remedial actions*, son acciones de limpieza a largo plazo (pueden tomar años o décadas para completarse), diseñadas para eliminar permanentemente cualquier amenaza que un sitio pueda plantear (§ 40 CFR 309.700.c). Toda *remedial action* adoptada por la EPA debe ser (i) protectora de la salud humana y el ambiente; (ii) rentable, y, (iii) debe utilizar soluciones permanentes en lo posible, incluyendo el tratamiento que hace que las sustancias peligrosas sean benignas o menos peligrosas.

Para ser consistentes con el NCP, las *remedial actions* deben incluir (§ 40 CFR 300.700.c):

- a) Una investigación del sitio y un análisis de las *remedial alternatives* o alternativas correctivas.
- b) Cumplimiento de las regulaciones de NCP relacionadas con el desarrollo, detección, pruebas e investigación, análisis y selección de los métodos de limpieza.
- c) Una oportunidad para la opinión pública sobre el *remedy* seleccionado.
- d) Una *cost-effective response* (respuesta rentable).

¹³⁰⁹ *Ibid.*, 379.

¹³¹⁰ PENDERGRASS, 2007: 6.

En relación con el primer tipo de medidas (*removal actions*), CERCLA (Cf., § 104, 42 USC 9604.a.1), faculta y dota de plena autoridad al presidente para que pueda 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...»¹³¹¹.

La *release* o su amenaza puede ser percibida –a discreción del presidente– como una emergencia de salud pública o ambiental. Nadie más ostenta la autoridad ni la capacidad para responder ante este tipo de emergencias. El presidente lo deberá hacer de manera oportuna, tomando una acción o una medida directa (42 USC 9604.a.4).

En lo que respecta a la segunda clase de medidas (*remedial actions*), el presidente podrá ejecutar las medidas contingentes, las cuales quedarán supeditadas a la garantía paralela del Estado afectado de mantener y operar las actividades de limpieza iniciadas por el gobierno federal durante el tiempo que sea necesario, asegurando la disponibilidad de una instalación adecuada para la eliminación de los desechos peligrosos y asumiendo una parte de los *response costs* financiados por el gobierno. Un Estado debe solventar 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 considerase necesaria en tierras de propiedad de nativos americanos, los *state cost sharing requirements* (requisitos estatales de distribución de costos) no aplican¹³¹².

No cabe la menor duda, que CERCLA ha sido monumental en los esfuerzos de los entes gubernamentales y privados para remediar los bienes ambientales contaminados y recuperar los costos de sus responsables. En efecto, quienes causen un daño ambiental –según CERCLA– serán objetiva, conjunta y solidariamente responsables por dicho daño, aunque todavía persisten casos significativos de contaminación y daños que CERCLA no cubre, por lo que el *State* y el *Common Law* continúan desempeñando un papel importante¹³¹³.

¹³¹¹ Eliminar o arreglar para la eliminación, y proporcionar medidas correctivas relacionadas con la sustancia peligrosa, poluta o contaminante en cualquier momento (incluida su eliminación de cualquier recurso natural contaminado) o tomar cualquier otra medida compatible con el plan nacional de contingencia que el presidente considere necesaria para proteger la salud pública, el bienestar o el ambiente. La traducción nos pertenece.

¹³¹² FERREY, 2010: 378. 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 las realizan por su propia cuenta.

¹³¹³ KYLE CRAWFORD *et al.*, 2016: 1203; KLASS, 2012: 683-686.

J. LA GÉNESIS DE LOS DEBERES DE PREVENCIÓN Y EVITACIÓN. SUS LÍMITES EN MATERIA AMBIENTAL

«[...] nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables» (Cf., art. 1105 CC español). Este mandato legal que el sistema clásico recoge nos involucra dentro de dos armazones. Lo previsible y lo imprevisible. Tradicionalmente, estos elementos han permitido trazar los límites y configurar la categoría de lo que se conoce como *caso fortuito*. Dicho de otra manera, la previsibilidad del daño es imperiosa (debe haber existido); sin ella no se podría, luego, calificar de negligente la conducta de un sujeto determinado, quien, tampoco puede ni debe responder por aquellos daños que fuesen imprevisibles. En definitiva, la «previsibilidad es una condición de la responsabilidad y, a la inversa, la imprevisibilidad es un factor de exoneración»¹³¹⁴.

En materia de daños, estos elementos cobran especial vida jurídica en la *responsabilidad por culpa*, ya que responderá, exclusivamente, quien haya causado algún daño, siempre que este se hubiera podido y debido preverse. Juzgar lo inevitable; es decir, si el daño no fue previsible, carecería de sentido. De ahí, la exclusión de responsabilidad contemplada en el CC español.

En correlación con ello, el incremento de las situaciones generadoras de riesgos y peligros debido a las innovaciones científicas, que a pasos gigantes va apareciendo, ha provocado que a nivel jurisprudencial y doctrinario se invoque el *principio de precaución*¹³¹⁵, el cual puede plasmarse a través de la aplicación de dos tipos de medidas:

- 1) aquellas que están investidas de un carácter preventivo: las medidas preventivas y de evitación.
- 2) aquellas que gozan de un carácter reparador: las medidas reparadoras.

Dentro del orden jurídico-ambiental, las medidas preventivas o de evitación –de los daños ambientales–, a diferencia de las medidas de reparación, son consideradas de especial relevancia en atención a la protección de los intereses colectivos, ya que las técnicas que no inciden sobre la fuente del daño carecen de idoneidad para satisfacer a un grupo social interesado¹³¹⁶.

¹³¹⁴ DÍEZ-PICAZO, 2011: 276.

¹³¹⁵ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 128-132.

¹³¹⁶ *Ibid.*

En esta misma línea, ante los daños acaecidos, la diligencia debe analizarse con lupa jurídica, para lo cual es importante entender en primer lugar, los dos tipos de deberes que esta comporta¹³¹⁷:

1) De previsión, cuyo objeto, 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 podría 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 puede producirse.

A pesar de la dificultad que acarrea la determinación de las obligaciones ligadas al deber de previsión, este involucra la adopción de medidas adecuadas y no creadoras de otros riesgos. La diligencia que se exige es una diligencia media, sin que sean necesarios niveles de sacrificio. En consecuencia, los elementos y los medios para desarrollar las actividades de previsión se han de fundamentar en los mismos criterios.

Asimismo, la diligencia estimada como medida de sacrificios especiales de quienes se dedican a actividades de prevención tampoco debe suponer costos extraordinarios, sino que ha de ser medida en consideración con la gravedad de los sucesos y su probabilidad.

2) De evitación, que conlleva la adopción medidas, las cuales pueden consistir en información suficiente, a fin de que los eventuales perjudicados adopten, por sí mismos, 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 momento anterior o posterior.

En segundo lugar, hemos de subrayar que estos deberes no están en sintonía con la producción de un daño ambiental, del mismo modo que 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, puesto que –como lo hemos resaltado a lo largo de esta obra– el concepto de culpa que el CC español utiliza es el reverso del concepto de diligencia (*Cf.*, art. 1902). En otras palabras, el agente es 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 previsible¹³¹⁸.

En el marco jurídico-ambiental, la prevención ocupa un lugar trascendental, pero más aún respecto de la responsabilidad, llegando a ser la

¹³¹⁷ DÍEZ-PICAZO, 2011: 277-278.

¹³¹⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1741-1742.

situación jurídica del agente singularmente relevante antes de que el daño acontezca, sin que necesariamente este se produzca. La legislación administrativa prefigura esta situación, precisamente, con la finalidad de evitar el daño. Sin duda, la prevención es la base de la culpabilidad del daño una vez este se ha producido; y esta última la que lo convierte en agente-causante y, por ende, responsable¹³¹⁹.

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 hecho jurídico de la responsabilidad se combina. Esta combinación 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 es el 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 solo la reparación, sino también la prevención, la cual deviene en la más importante y así 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 secundaria¹³²⁰.

De hecho, la idea sobre la conveniencia de una protección previa también ha sido puesta de manifiesto por la Unión Europea en su Tratado de Funcionamiento¹³²¹ (*Cf.*, art. 191.2, primer párrafo):

«La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado... 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».

Vale decir que, en cierta medida del progreso, la ratificación por parte de la Unión Europea, en virtud de la cual se pretende una *acción preventiva*, ha

¹³¹⁹ Uno de los matices a la responsabilidad del causante es el relativo a la Administración productora de los daños.

¹³²⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1740-1741.

¹³²¹ *Vid.*, art. 191.2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (*DO núm. C 326 de 26 de octubre de 2012*), título XX, *Medio Ambiente*.

provocado 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 cosas¹³²².

Con base en estos antecedentes, se intentará alcanzar el éxodo al mayor interrogante de este acápite, centrado en describir cuál es la génesis y la importancia del deber de prevención instaurado por la DRM y la LRM.

Antes que nada, hay que entender que la prevención, al igual que la reparación de los daños ambientales, está íntimamente ligada a los principios «Quien contamina paga» y de «desarrollo sostenible», lo cual se plasma como objeto central dentro del marco de responsabilidad ambiental instituido por la DRM (Cf., Considerando 2 y art. 1). En este sentido, la DRM exige que el operador que ocasione un daño ambiental o que su actividad suponga una amenaza inminente de que este se produzca, sea declarado responsable financieramente y, como tal, adopte las medidas necesarias de prevención o reparación para mitigar los riesgos de este tipo de daños.

En cambio, la LRM al transponer la DRM, no se ha sustentado puramente en los mismos principios instaurados, sino que se ha fundado sobre la base del artículo 45 de la Constitución española. De esta forma, la regulación de la responsabilidad de los operadores en materia de prevención, evitación y reparación de daños ambientales también está configurada como su eje rector (Cf., art. 1).

Ambos principios, el de prevención y el de reparación, sirven a un fin en común: evitar que el daño se produzca. Es innegable que la mejor reparación será siempre la ausencia del daño y la clave jurídica primordial, la prevención. Constitucionalmente, se reconoce un derecho y una contraprestación que este empuja: el deber de conservación (Cf., art. 45.1 CE), con el único fin de contar con un ambiente adecuado para el desarrollo del ser humano. En palabras más simples, el deber de prevenir es la consecuencia del deber constitucional de conservar el ambiente. Se ha de conservar la Naturaleza, porque así se garantiza el derecho a disfrutar de los recursos naturales que esta brinda. El incumplimiento de este deber —por la falta de cuidado o prevención— hace que la legislación de responsabilidad cobre pleno vigor y se instaure, obligando a responder al causante del daño ambiental, porque no lo evitó cuando pudo haberlo hecho.

Dentro de este contexto hay que tener presente, además, que la obligación de reparar el daño causado, producto de la violación del deber de conservar, puede implicar una sanción administrativa o penal. La tipificación de las

¹³²² PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 129.

infracciones comúnmente incluyen, tanto la acción ilegal como la producción del daño. Su correspondencia, justifica que la sanción traiga consigo la obligación de reparar y costear los gastos que esta demande; consecuencia directa de lo que prevé la Constitución española (*Cf.*, art. 45.3).

Evidentemente, la Administración Pública juega un rol importante. No obstante, más allá de las sanciones, es la encargada 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 de los seres humanos, así como de defender y restaurar el ambiente. Esta obligación toma fuerza en el apartado tercero del art. 45 de la Constitución española, aunque va dirigida a quienes lesionen el ambiente. La obligación de los poderes públicos de velar por la restauración del ambiente ante la presencia de un daño ambiental, en realidad, está regulada en el apartado segundo (*Cf.*, art. 45.2 CE)¹³²³.

1. ¿El deber de prevención es un deber ciudadano o profesional?

La única duda que impera en el marco de la responsabilidad ambiental acerca del deber de prevención es si este es un deber ciudadano o más bien, un deber profesional.

Para resolver la problemática planteada, hemos de puntualizar que, tanto la DRM como la LRM, han configurado la categoría jurídica del operador para identificar al posible sujeto responsable de un daño ambiental. Es el quien tiene la obligación de evitar y prevenir que dicho daño se produzca.

A nivel doctrinario, el debate no ha sido tan disparejo. La mayoría de los dogmáticos coinciden en que el deber de prevenir es un deber universal. Esto significa que, tanto el operador que lleva a cabo alguna de las actividades económicas enlistadas en el anexo III de la DRM y la LRM como el que desarrolla otra actividad diferente a estas ha de adoptar las medidas de prevención necesarias para evitar el daño ambiental o la amenaza inminente de que este se produzca. Esta universalización (consagrada desde los considerandos de la DRM y el preámbulo de la LRM hasta las disposiciones finales de ambas normativas, incluyendo sus anexos) representa la conexión trascendental e imperiosa que existe y debe existir entre el deber de prevención y el de conservación de la Naturaleza.

Desde el punto de vista del profesor Betancor¹³²⁴, estamos ante un deber ciudadano que está inserto en el estatuto jurídico de los operadores; es decir, la

¹³²³ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 189-191.

¹³²⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1746.

propia legislación los ha identificado como responsables de las actividades económicas peligrosas. En este tipo de actividades –como lo estudiamos al analizar la causalidad– se puede prescindir incluso de la relación causal para determinar la responsabilidad; es tan innecesaria que la propia ley puede presumirla. Se configurará una responsabilidad objetiva, fundada –como sabemos– en los peligros objetivamente vinculados a ciertas actividades. Todo gracias a que la propia LRM al transponer la DRM, 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 su responsable, salvo prueba en contrario (*Cf.*, art. 3.1). En definitiva, 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 soporta.

No obstante, como señala el profesor aludido¹³²⁵, esto no significa que este principio/deber lo deba soportar únicamente el operador. Estaríamos ceñidos y limitados a una interpretación restrictiva de la Constitución. Ha de interpretarse que el principio/deber de prevenir el daño ambiental está reforzado cuando se trata de las actividades contempladas en el anexo III de la LRM. Es la situación del titular de ciertas actividades consideradas peligrosas, la que conlleva a que sea él quien deba soportar este deber urgente, ilustre en el marco institucional de la responsabilidad ambiental. En efecto, es la peligrosidad de la actividad la que coloca al operador bajo una responsabilidad, cuyo eje central es la prevención y la evitación; es decir, este sujeto soporta una responsabilidad jurídica que surge de la peligrosidad de la actividad, la cual se constituye como un estatuto jurídico orientado a la evitación del daño. Eso sí, si el daño se produce, se configurará la responsabilidad ambiental, que 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 del deber de conservación de los recursos naturales establecido en el artículo 45 de la CE.

Ciertamente, el deber de prevención es un deber ciudadano, cuyo propósito es imposibilitar que se produzcan daños sobre los recursos naturales. 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 relación entre el carácter público de estos bienes, la tutela pública, la

¹³²⁵ *Ibid.*, 1746-1747.

responsabilidad por este tipo de daños y el deber de prevención y evitación de que estos acontezcan, el cual merece especial atención por las particularidades que presenta, las cuales vendrían a configurar –conjuntamente– la arquitectura del principio de prevención ¹³²⁶:

- 1) Configura un estatuto jurídico de los eventuales dañadores, que gira alrededor del deber mencionado.
- 2) Se instaura como un elemento básico del estatuto de los ciudadanos en su relación con los recursos naturales.
- 3) Es un deber para determinados sujetos (los operadores), el cual se ve fortalecido con respecto a ciertas actividades, que contienen ciertas cualidades objetivas que las hacen adecuadas para producir daños ambientales.

Por todo lo previamente descrito, el deber de prevención se ha consolidado como la piedra angular de la responsabilidad ambiental. Tiene un contenido y una consecuencia, tanto en la DRM como en la LRM. En relación con el contenido, el operador está obligado a adoptar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos: prevenir y evitar. En ambas normas, se ha delimitado el alcance de las medidas preventivas, aunque la LRM ha logrado ampliar lo dispuesto en la DRM, definiendo y regulando la *medida de evitación* de nuevos daños.

De manera similar, los dos cuerpos legales entienden que la *medida preventiva* se refiere 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 su producción o reducir al máximo dicho daño (Cf., artículo 2.10 DRM y artículo 2.14 LRM). En cambio, la «medida de evitación de nuevos daños» prevista por la LRM es aquella que, una vez producido el daño ambiental, busca limitar o impedir daños mayores, controlando, conteniendo o eliminando los factores que lo han originado o enfrentándolos de cualquier otra manera (Cf., art. 2.15). En suma, las primeras se aplicarán ante la amenaza inminente del daño y las segundas, se adoptarán *a posteriori*; es decir, luego de que el daño se haya producido, para evitar posibles nuevos daños.

Según estas definiciones, pese a las diferencias que surgen entre las obligaciones ligadas a las *medidas de prevención o evitación*, comprendemos –a falta de mención expresa– que se puede exigir su aplicabilidad independientemente de que el hecho, acto u omisión, fuese consecuencia de la ejecución de las actividades (económica o profesional) incluidas o excluidas del anexo III de la LRM o de la DRM. En palabras más sencillas, son aplicables a cualquier tipo de

¹³²⁶ *Ibid.*, 1743-1744.

amenaza inminente. Asimismo, la obligatoriedad se extiende a cualesquiera de ellas, aunque no haya mediado dolo, culpa o negligencia en el acto u omisión. De esta manera, el sistema de responsabilidad en lo que concierne a las *medidas de prevención y evitación*, alcanzará a cualquier tipo de *operador* y actividad ¹³²⁷.

Así, para la determinación de las *medidas de prevención y evitación* de nuevos daños, la LRM se someterá a una serie de criterios (contenidos en el anexo II, punto 1.3, así como en la legislación desarrollada por cada comunidad autónoma) con la intención de alcanzar una aplicación eficiente. Si bien estos criterios son especialmente diseñados para la correcta elección de las *medidas reparadoras*, no se convierten en un obstáculo y son igualmente aplicables para las *medidas de prevención o evitación* ¹³²⁸.

En este escenario es cuando, precisamente, se desencadena la consecuencia. El operador no solo debe adoptar las *medidas de prevención o evitación*, sino efectuar el pago de los costes económicos (para lo cual se estará a lo que el RLRM determina (*Cf.*, art. 33.3) que demande la adopción de estas medidas (*Cf.*, art. 8.1 y 2 DRM). Ahora bien, mientras la primera obligación no admite liberación, la segunda, la que corresponde a los costos, sí puede ser liberada ¹³²⁹, aunque esta posibilidad está supeditada a la concurrencia de las siguientes circunstancias, determinadas por la DRM (*Cf.*, art. 8.3.a y b) y la LRM (*Cf.*, art. 14.1.a y b):

- 1) Por la actuación de un tercero.
- 2) Ante el cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente.

Si algunos de estos supuestos fuera el caso, el operador que hubiese incurrido en los costes antedichos, los podrá recuperar a través de la acción de repetición ante terceros (*Cf.*, art. 16 LRM) o mediante reclamación directa a la Administración, por responsabilidad patrimonial de esta (*Cf.*, art. 15 LRM).

A todo lo expuesto, queda por añadir y enfatizar que, si el operador no ha prevenido o evitado el daño ambiental, en caso de que este sobrevenga, deberá emprender el deber consiguiente: el de reparación; consecuencia inmediata del mecanismo de responsabilidad ambiental. A diferencia del deber de prevención o evitación de nuevos daños que debe surgir siempre, por el carácter universal que lo reviste; el deber de reparación se ha de plasmar solamente ante determinadas circunstancias (las cuales afinaremos y ahondaremos más

¹³²⁷ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 190.

¹³²⁸ *Ibid.*, 192-193.

¹³²⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1747-1748.

adelante), a pesar de que la actividad que opere el sujeto responsable sea la causante del daño ambiental.

2. Los deberes del operador en materia de prevención y evitación ambiental

La obligación de índole general que recae sobre todos los operadores, por ser los sujetos responsables de la actividad económica que realizan, en cuanto a la adopción y ejecución de las medidas de *prevención, evitación y reparación* de daños ambientales, así como la obligación de sufragar sus costes (cualquiera que sea su cuantía), está contemplada en la propia LRM (Cf., art. 9 LRM).

Si ponemos en primer plano a la obligación de la adopción de las medidas de *prevención y evitación*, hemos de recordar que estas medidas vienen a ser el efecto directo de la acción preventiva que postula la DRM (Cf., art. 5.1), cuando los daños ambientales aún no se han producido, aunque exista una amenaza inminente de que estos puedan suceder, en cuyo caso y sin demora, el operador está obligado a adoptar todas las medidas preventivas necesarias.

No obstante, en materia de prevención y de evitación de nuevos daños, a dicha obligación le acompañan otros deberes que también deben ser cumplidos por el operador, los cuales están expresamente detallados en la LRM (Cf., art. 17), destacándose de manera resumida los siguientes:

1) Adoptar –sin demora ni necesidad de advertencia, requerimiento o acto administrativo previo– las *medidas preventivas* apropiadas ante una amenaza inminente de daños ambientales originada por cualquier actividad económica o profesional.

2) Ante la producción de daños ambientales, causados por cualquier actividad económica o profesional, el operador deberá aplicar las *medidas de evitación* apropiadas de nuevos daños, con independencia de que deba 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) Comunicar inmediatamente a la autoridad competente todos los aspectos relacionados con los daños ambientales producidos o la amenaza inminente de que pudiesen ocurrir (en armonía con el art. 9.2), conjuntamente con las *medidas de prevención o evitación* adoptadas. Si tal amenaza no desaparece, aunque hubiese adoptado las *medidas de prevención o evitación*, también lo informará.

De todos estos postulados, se denota el propósito del legislador en investir de una nota de inmediatez a aquellas medidas que el operador tiene que adoptar para prevenir y evitar daños o amenazas inminentes. Esta celeridad tiene

cabida ante una amenaza inminente, pero también es requerida cuando el daño ya ha tenido lugar, como sucede con la adopción de las medidas de prevención, independientemente de que el operador esté sujeto o no a la obligación de adoptar medidas de reparación¹³³⁰.

En reciprocidad con ello, 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 y exige a las autoridades competentes la adopción de las medidas necesarias para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos ambientales entre los operadores, con la finalidad de gestionar el riesgo ambiental de las actividades que se lleven a cabo (Cf., art. 17 bis).

2.1. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA PREVENTIVA O DE EVITACIÓN DE NUEVOS DAÑOS AMBIENTALES

En faz del deber del *agente/operador* —de *prevención* o *evitación*—, tal como ya lo hemos pincelado, la Administración también ostenta ciertos poderes para hacerlo cumplir, que se conocen como las potestades de prevención o de evitación¹³³¹. 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, por medio de resolución motivada, cualesquiera de las siguientes decisiones (enmarcadas en la LRM. Cf., art. 18):

1) Exigir al operador que facilite toda la información sobre cualquier posible amenaza inminente (cuando existan indicios) de producción de daño ambiental.

a) Requerir al operador que adopte las medidas encaminadas a prevenir y a evitar un daño ambiental de manera inmediata y requerir su cumplimiento.

b) 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 daño¹³³².

¹³³⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 192.

¹³³¹ Para profundizar más sobre las potestades de la Administración Pública y las medidas de prevención y de evitación de nuevos daños *vid.*, MARTÍN FERNÁNDEZ, Jacobo, 2008: «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (arts. 17 a 23)», en LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, Civitas, Navarra, pp. 293-314.

¹³³² BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1750.

c) Emitir instrucciones de obligado cumplimiento al operador en relación con las *medidas de prevención* o *de evitación* de nuevos daños que deba adoptar o dejar de hacerlo.

d) Ejecutar las *medidas de prevención* o *de evitación* cuando concurren las circunstancias previstas en la LRM (Cf., arts. 23¹³³³ y 47¹³³⁴), que justifican la acción directa de la Administración Pública o la ejecución forzosa.

Estas potestades, de *prevención* o *evitación*, de las que goza la Administración Pública son la contrapartida del deber de prevención y todos los operadores a los que refiere la LRM se convierten en sus sujetos pasivos, pues sobrellevan el cumplimiento obligatorio de dichos deberes. Es la correlación perfecta; la única que puede convertir a esos deberes en deberes con carácter jurídico que cuenta con un garante más efectivo que el dispensado por la función judicial¹³³⁵.

Lo único que no parece adecuado es confundir las potestades de las que goza la Administración Pública para obligar a que se adopten las *medidas preventivas* o *de evitación* 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 mezcla 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 o 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 (Cf., art. 18) hace un inventario de potestades (distintas potestades de

¹³³³ Cf., art. 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.

¹³³⁴ Art. 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».

¹³³⁵ URRUTIA GARRO, 2008: 103; BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014: 1749; PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 194-195.

distinta naturaleza), pero con escaso rigor, tanto por exceso como por defecto, pues excluye la potestad sancionadora prevista en el artículo 22 de la LRM ¹³³⁶.

Las infracciones son las establecidas en el artículo 37 de la LRM, las cuales se traducen en el incumplimiento de las medidas dirigidas a que los deberes de prevención o evitación se cumplan. Son las que obligan al operador a que facilite información, adopte medidas, acate las instrucciones emanadas de autoridad competente, informe de la existencia de un daño ambiental o de una amenaza de daño y rinda las garantías financieras. Estas medidas se adoptarán después de seguirse el procedimiento administrativo para exigir la responsabilidad del operador (arts. 41 y ss. LRM), 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» (Cf., art. 44 LRM) por lo que debería haberse iniciado un procedimiento conforme al artículo 41 LRM y la actuación directa (Cf., art. 23 LRM) ¹³³⁷.

Así como expone el autor, aunque resulte jurídicamente lógico que las medidas se adopten tras el procedimiento correspondiente, este 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 resolución, así como el obligado u obligados a satisfacerlos, que será susceptible de ejecución forzosa (Cf., segundo apartado del art. 23.2 LRM) ¹³³⁸.

2.2. OBLIGACIONES DE LOS OPERADORES

Todo derecho conlleva una prestación, un deber o una obligación. Esta afirmación justifica el por qué existen determinadas obligaciones que recaen sobre los operadores. Inexcusablemente, estas son generadas como contraprestación del uso o explotación de los recursos naturales utilizados para el desempeño

¹³³⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ, 2016: 1750-1751.

¹³³⁷ *Ibid.*, 1751-1752.

¹³³⁸ *Ibid.*

de sus actividades profesionales (riesgosas o no); es decir, para su beneficio económico.

La LRM fija obligaciones que deberá cumplir el operador (algunas vinculadas estrechamente con la Administración y otras no); todas ellas sustentadas en los principios de prevención, evitación y reparación (Cf., art. 9), entre las que destacan principalmente las siguientes:

1) Dirigirse en forma inmediata a la Administración Pública para poner en su conocimiento bien la producción de un daño ambiental, bien la amenaza inminente que lo pudiera provocar (Cf., art. 9.2 LRM) o las *medidas de prevención o evitación* (Cf., art. 9.2 LRM) adoptadas¹³³⁹.

En concreto, la Administración deberá estar plenamente informada por el operador si el daño ambiental o la amenaza ha sido o no producto de la ejecución de la actividad económica-profesional que lleva a cabo (Cf., art. 9.1 y 2 LRM). De haber ocurrido así, el operador deberá facilitar y contribuir con toda la información al respecto, incluyendo cualquier dato adicional relativo a al daño. En el caso de que la amenaza del daño no haya desaparecido, pese a las *medidas de prevención o evitación* adoptadas, el operador deberá igualmente poner de manifiesto este hecho a la autoridad competente (Cf., art. 17.4 LRM¹³⁴⁰).

2) Adoptar las *medidas preventivas* apropiadas ante una amenaza inminente de daños ambientales originada por el desempeño de su actividad (Cf., art. 17.1), así como las *medidas de evitación* de nuevos daños cuando estos se hayan producido como consecuencia del mismo hecho (Cf., art. 17.2).

Este deber surge de la primera obligación enfocada y, en la medida de lo posible (en ambos casos), se debe llevar a cabo atendiendo los criterios exigidos en el anexo II.1.3 de la LRM (Cf., art. 17.3).

3) Cumplir con todas las instrucciones que reciba sobre las *medidas de prevención o evitación* de nuevos daños que debe adoptar o, en su caso, que le dispongan dejar sin efecto (Cf., art. 18.c LRM). Todas estas medidas, las deberá

¹³³⁹ DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 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 por lo 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, 2009: 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)».

¹³⁴⁰ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 191-192.

adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, requerimiento o acto administrativo previo.

Sin embargo, puede que se vea entorpecido el acatamiento de estas medidas por situaciones exógenas a su voluntad, en cuyo caso, ¿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, las decisiones o exigencias administrativas deben ser acatadas por este, sobre todo 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. Incluso pueden surgir ciertas obligaciones extras de la ley (de una materia específica) que también las deba cumplir el operador, a pesar de que la inmediatez que la ley persigue se vería frustrada¹³⁴¹.

En otras palabras, el cumplimiento de los requisitos, precauciones y condiciones establecidos por normas legales y reglamentarias o de 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 solo en cuanto a las actividades del anexo III DRM)¹³⁴², la cual procedería, claro está, sin perjuicio de las reglas de «inexigibilidad de la obligación de sufragar ciertos costes» que la propia DRM y la LRM fijan (Cf., art. 8.4.a DRM¹³⁴³ y art. 14 LRM)¹³⁴⁴.

Por el contrario, si la Administración Pública hubiese adjudicado un contrato o concedido una autorización para el desarrollo de una actividad que, al mismo tiempo, se hubiesen convertido en la causa de un daño ambiental o una amenaza, el operador colaborará con la autoridad competente, sin que se deriven

¹³⁴¹ DE MIGUEL PERALES, 2009: 426-427.

¹³⁴² DOPAZO FRAGUÍO, 2010: 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» (art. 14 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.* El artículo 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 por lo que considera que cuestión distinta será determinar la concurrencia o no de la responsabilidad empresarial efectiva en cada caso concreto.

¹³⁴³ Entre dichas reglas se halla precisamente aquella que permite a los Estados optar por una solución contraria a la expuesta.

¹³⁴⁴ LANSAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA & LAZCANO BROTÓNS, 2007: 426-427.

responsabilidades para la Administración por las actuaciones llevadas a cabo por el operador, salvo en los supuestos previstos en el art. 14.1.b de la LRM¹³⁴⁵.

4) los operadores deberán adoptar o seguir las instrucciones de la autoridad competente con respecto a las medidas de carácter urgente que se deban tomar para controlar, contener, eliminar o hacer frente de manera inmediata a los contaminantes o cualquier otro factor perjudicial, con la finalidad de limitar o impedir mayores daños ambientales o efectos adversos para la salud humana o los propios servicios naturales (Cf., art. 21.b LRM).

K. CONCLUSIONES

En definitiva, se plantea la complejidad de saber cómo y hasta qué punto puede o no ser reparado un *daño ecológico puro* mediante el instituto de responsabilidad civil extracontractual o de responsabilidad ambiental. De la discusión sobre la efectividad de estos regímenes de responsabilidad se pueden extraer varias conclusiones clave. En primer lugar, cuando ocurre un daño ambiental o existe una amenaza inminente de que este se produzca por llevar a cabo ciertas actividades peligrosas o menos peligrosas, según lo previsto en la DRM y la LRM, el instituto de la responsabilidad ambiental se activa para abordar dicho daño. A partir de aquí, nacería la obligación reparadora, derivada del deber constitucional de conservar la naturaleza y prevenir los daños. Es una obligación que está fundamentada, además, en el principio contaminador-pagador «Quien contamina paga», que obliga a quienes han dañado el ambiente a asumir los costos de reparación, en armonía con el principio de desarrollo sostenible.

Ahora bien, debido al carácter colectivo del daño ambiental y la dificultad de cuantificar ciertos recursos naturales dañados, la indemnización monetaria está prohibida, porque la reparación no se basa en una cuantificación económica. El daño debe ser reparado –siempre o al menos la mayoría de las veces– de manera *in natura*, ya que lo que verdaderamente se pretende es lograr una reparación restitutoria; una reposición del medio al estado anterior a la producción del daño. Esto difiere plenamente de la responsabilidad civil extracontractual que opera siempre *ex post*, una vez verificado el daño o menoscabo. Aquí, la 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 generalmente se sustituirá por una expeditiva indemnización pecuniaria. En otras palabras, la

¹³⁴⁵ PEDRAZA LAYNEZ, 2016: 200-202.

obligación reparadora de la responsabilidad aquiliana se centra en la compensación económica en lugar de la restauración ambiental, permitiendo incluso, indemnizaciones sustitutorias.

En segundo lugar, en el campo civil, predominan tres tipos de reparación: (i) reparación *in natura* o por sustitución; (ii) indemnización por equivalente, y, (iii) reparación en especie. Lo que se busca a través de estas modalidades de reparación que cuantifican económicamente el daño es que la víctima pueda regresar al estado en el que se encontraba antes de que se le ocasionase el daño, aunque puede que sea preciso combinar algunas de estas modalidades para lograr resarcirla.

En el caso de los daños ambientales existen limitaciones. Como ya hemos mencionado anteriormente, la legislación de responsabilidad ambiental tiende a excluir la indemnización pecuniaria en favor de la reparación *in natura*. Además, se plantea un dilema con respecto a los daños ambientales irreparables en especie, como la extinción de especies o los daños causados por organismos genéticamente modificados casi imposibles de reparar en especie. Aquí, el sistema de responsabilidad ya no sería suficiente. En algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano, se permite la reparación en especie en casos de daños ambientales, con el fin de evitar que el autor del daño quede indemne. Sin embargo, este tipo de reparación sería una solución de mínimos cuando se acometa un daño ecológico puro. Los casos más graves quedarían excluidos del mecanismo de reparación.

Una medida de reparación en el ámbito ambiental es entendida como una acción o conjunto de acciones que tiene como objetivo reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, buscando devolver los recursos naturales a su estado básico, es decir, al estado en el que se habrían encontrado sin el daño, considerando la mejor información disponible. Antes de aplicar las medidas de reparación, es importante determinar la extensión, intensidad y naturaleza del daño ambiental, así como identificar al agente causante. Esto se hace para evaluar adecuadamente la reparación necesaria.

La legislación ambiental española distingue tres tipos de medidas reparadoras: (i) las primarias, (ii) las *complementarias* y, (iii) las *compensatorias*. Las medidas primarias, tienen como objetivo restituir los recursos naturales dañados a su estado básico anterior. En caso de que estas puedan demorar o no ser del todo efectivas o proporcionan un beneficio ambiental desproporcionado, se deberá 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. Mientras

tanto, las medidas compensatorias serán empleadas para contrarrestar las pérdidas provisionales hasta que las medidas primarias o complementarias surtan efecto. Para determinar la magnitud de las medidas complementarias y compensatorias, en ausencia de métodos precisos de valoración, se aplicarán dos criterios definidos por la LRM (anexo II): (i) el de «recurso-recurso» (sustituir los recursos dañados por otros del mismo tipo), y (ii) el de «servicio-servicio» (compensar pérdidas de servicios naturales). Hay que recalcar, que la LRM prefiere la adopción de medidas primarias y, solo cuando estas no sean viables o efectivas, considera la aplicación de las *medidas complementarias* o compensatorias.

La elección de las medidas de reparación debe basarse siempre en criterios técnicos y ha de tener en cuenta factores como el impacto ambiental, la viabilidad técnica y los costos. Ante cualquier dificultad que haya que afrontar en cuanto a su determinación y alcance, se puede acudir a mecanismos complementarios de financiación capaces de conseguir el objetivo principal: la *reparación*.

En el caso Chevron-Texaco, si bien la reparación del ambiente, es decir, de la Amazonía ecuatoriana, hubiera sido eficaz en la medida en la que los elementos contaminantes pudieron haber sido removidos y eliminados del ecosistema hasta devolverlo a su estado natural, lamentablemente, aún persisten daños ambientales en el área en la que operó técnicamente la concesión, los cuales no se han reparado ni se repararán por sí solos e incluso serán imposibles de reparar al remover su causa, como es el caso de los impactos sufridos por la flora, la fauna, la vida acuática y la salud de los pobladores de la zona. Así lo reconoció la propia Corte de Sucumbíos; por ello, la exigencia a la petrolera para que adopte medidas *primarias*, *complementarias* (distinguidas en la sentencia como medidas de mitigación) y *compensatorias*, reconocidas también por la DRM y la LRM, con el propósito de disminuir y atenuar el efecto de los daños de imposible reparación en unos casos y restaurar el entorno natural afectado para reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible en los casos que fuesen posible.

En tercer lugar, la reparación del suelo se trata de manera diferente en comparación con otros recursos naturales dañados. Mientras la reparación de otros recursos busca restituirlos a su estado anterior (finalidad restitutiva), en el caso del suelo, el objetivo principal es neutralizar los peligros y eliminar las sustancias contaminantes que puedan representar un riesgo para la salud humana o el medio ambiente. Dicho de otro modo, para recursos como las aguas, especies, hábitats y ribera del mar, se sigue un enfoque ecocéntrico, en

virtud del cual la restauración se realiza sin considerar el uso humano de esos recursos. En contraste, se considera la salud humana y el ambiente, quedando el uso del suelo como un aspecto secundario.

Por esta razón, la LRM, con el fin de evitar la doble recuperación de costes, ha dispuesto que los perjudicados no podrán exigir reparación –por otra vía– de los daños que se les haya irrogado en la medida en la que estos pudiesen repararse por medio de la aplicación de la LRM. Es que ocurre que, en ocasiones, tales daños tienen la naturaleza propia de daños ambientales, en cuyo caso, su reparación sí puede llevarse a cabo conforme a esta ley.

En cuarto lugar, en el Derecho comparado, principalmente en los EE. UU., la EPA (Agencia de Protección Ambiental) es la responsable de administrar el *Superfund* para financiar acciones de limpieza prioritarias (enlistando los estados prioritarios y los posibles responsables) en los sitios contaminados. Para evaluar la toxicidad y el riesgo de los sitios que permitirá determinar si son elegibles para emplear acciones de remediación o eliminación se utiliza el HRS (Sistema de Clasificación de Peligros). No obstante, tanto las entidades gubernamentales como las privadas pueden recuperar los costos asociados con la limpieza y remediación de sitios contaminados, siempre que se haya seguido los procedimientos del NCP (en él se regula cómo seleccionar las acciones de respuesta y cuánto se debe gastar en cada sitio contaminado).

Las acciones de prevención, evitación y reparación en el contexto de la responsabilidad ambiental en los EE. UU., están clasificadas en dos categorías: (i) las *removal actions* (acciones de eliminación), que son a corto plazo y están destinadas a abordar situaciones de emergencia, y, (ii) las *remedial actions* (acciones de remediación o acciones correctivas), que son acciones a largo plazo, diseñadas para eliminar permanentemente las amenazas ambientales.

En quinto lugar, ante la presencia de un daño ambiental o la amenaza inminente de que este pueda ocurrir, incluso antes, el operador debe emplear medidas de prevención o reparación de manera inmediata, sin demora, sin necesidad de advertencia y sin esperar instrucciones previas de la autoridad competente (aunque esta debe estar al tanto de cualquier daño ambiental o posible amenaza inminente, así como de las medidas adoptadas). Este deber del operador incluye la responsabilidad del financiamiento de las medidas, independientemente de su costo, a pesar de que la autoridad competente puede recuperar dicho costo mediante el embargo de bienes u otras garantías.

Lo que es imperioso destacar es que la obligación reparadora varía según la naturaleza de la actividad y el tipo de daño. En el caso de las actividades peligrosas tipificadas en el anexo III de la LRM, el operador tiene la obligación de reparar el daño producido, independientemente de la intencionalidad en la

causación del este. En cambio, la reparación del daño que ha sido producto del desarrollo de otras actividades excluidas de dicho anexo es obligatoria solo si concurren los elementos subjetivos de dolo, culpa o negligencia o si se hubiesen incumplido los deberes de prevención y evitación.

En sexto lugar, la Administración tiene el poder de exigir información, requerir la adopción de medidas preventivas y de evitación, emitir instrucciones obligatorias y, en casos específicos, ejecutar directamente estas medidas si es necesario. En caso de incumplimiento del operador de las obligaciones de prevención, evitación o reparación del daño ambiental, las autoridades competentes pueden ejercer acciones en su contra. Para ello cuentan, por un lado, con el procedimiento administrativo y, por otro, con el régimen de sanciones, los cuales guardan independencia entre sí. En efecto, ambos pueden aplicarse en paralelo por los mismos hechos sin violar el principio *ne bis in idem* (no ser juzgado dos veces por la misma causa).

En séptimo lugar, el operador puede ser eximido de la obligación de sufragar los costos de reparación o prevención de un daño ambiental en ciertos casos según lo establecido en la LRM. Estas circunstancias de exoneración se dividen en dos categorías: (i) externas y (ii) internas. Las primeras incluyen la actuación de terceros ajenos al operador y el cumplimiento de órdenes o instrucciones obligatorias de autoridades públicas competentes. Las segundas, por su parte, incluyen situaciones en las que la emisión o actividad que causó el daño estaba autorizada y cumplía con las condiciones establecidas, entre otros requisitos. La interpretación de estas circunstancias de exoneración puede ser complicada y se requiere que el operador demuestre la ausencia de culpa, dolo o negligencia en su actuación.

En octavo lugar, es necesario subrayar que el deber de prevención es un deber ciudadano universal que se aplica a cualquier persona, a pesar de que sea particularmente relevante para los operadores de actividades peligrosas que pueden causar daños ambientales. En armonía con este deber, el perjuicio –adverso, significativo y con pérdidas de utilidad– que ha afectado a la Amazonía ecuatoriana, a sus habitantes indígenas y a la humanidad 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.

CONCLUSIONES FINALES

El caso Chevron-Texaco, nos ha servido de baremo para catalizar, por un lado, qué sistema legal es el más eficaz para reparar un daño ambiental: el mecanismo civil o el régimen instaurado por la DRM y la LRM. Por otro lado, también ha sido el puntapié para esclarecer y demostrar lo que por *daño ecológico puro* verdaderamente se debería entender.

Previo a diferenciar entre un sistema y otro, primero se debe entender qué es el daño como tal, puesto que es el centro neurálgico y el primer elemento constitutivo de toda la estructura que advierte la institución de la responsabilidad legal. En efecto, sin daño no hay responsabilidad. La posición mayoritariamente adoptada dentro del sector doctrinario impulsa a diferenciar en el orden ambiental entre aquellos daños en los cuales el ambiente solamente ha intervenido como medio conductor del perjuicio del daño, debido a que estos acaban proyectándose en la esfera personal de un individuo –los *daños personales ambientales*– y aquellos en los que el ambiente sufre el lance directo por la acción lesiva de un operador que ha menoscabado un bien común de la generalidad –el ambiente–. En sentido estricto, *daños ambientales* o según ha evolucionado su concepto, *daños ecológicos puros*. Lo que en los EE. UU. correspondería a las *personal injuries* y los *environmental damages* respectivamente.

Los primeros han encontrado respuesta a través del sistema tradicional, mediante la aplicación del mecanismo de responsabilidad civil extracontractual clásico que persigue reparar los daños mediante una indemnización pecuniaria, el cual sirvió de fundamento a la Corte ecuatoriana (inspirada en el sistema tradicional español) para resolver el caso Chevron-Texaco o del mecanismo de responsabilidad patrimonial del Estado, si el agente causante del daño ha sido la Administración Pública. Mientras tanto, los segundos se enmarcarían en el ámbito de protección de la DRM y la LRM, que prevén la responsabilidad

ambiental ante la posible ocasión de un *daño ecológico* o una *amenaza inminente* de que este ocurra, cuya opción de reparación pecuniaria está limitada, siendo su finalidad primordial y compartida la prevención y evitación de los daños ambientales. Y, solo ante la producción del daño, la reparación reconocida goza de un carácter *in natura*, es decir, una reparación restitutoria del daño que pretende alcanzar una reposición del medio al estado anterior a la producción del daño. En definitiva, lo que verdaderamente pretende este régimen es que los recursos naturales o los servicios que estos prestan recuperen su *estado básico* (aquel en el que se encontraba antes de producirse el daño) mediante la aplicación de medidas reparadoras, más no monetarias, en conformidad con el principio «Quien contamina paga».

Paralelamente, dentro del sistema jurídico clásico, la protección del ambiente no forma parte de ámbito de protección, salvo por la referencia indirecta que, dentro del ordenamiento jurídico español, imparte el artículo 1908.2 y 4 del Código Civil (humos excesivos, emanaciones de cloacas, nocivos para las personas o sus propiedades, entre otros). Lo que en verdad protege el sistema civil –y de forma inmediata– es a la persona o a sus bienes, y, solo por efecto reflejo, a los elementos ambientales. En definitiva, las personas constituyen su mayor preocupación. Mientras tanto, el daño ambiental afecta al interés del público en general. No se proyecta ni se ve reflejado en la esfera individual de una persona determinada. Afecta a todos los seres humanos, exista o no certeza, una de las características más notables del daño civil.

El daño ambiental a diferencia del daño tradicional goza de autonomía en su estructura por las características propias que le son atribuibles, siendo la *incertidumbre* la más relevante. Verdaderamente, lo que prevalece es su carácter difuso. De hecho, puede ser producto de la concurrencia de varios actos y en distintos espacios de tiempo.

La complejidad que el caso Chevron-Texaco suscita demuestra todo lo anteriormente afirmado. Ciertamente, este hecho dañoso conlleva una simbiosis de los daños referidos, poniendo en tela de juicio la dicotomía que la mayoría doctrinaria ha exacerbado. De manera más diáfana, diremos que los daños ocasionados en la Amazonía ecuatoriana no han recaído puramente sobre el ambiente, sino que han repercutido en la vida de sus habitantes, provocando la suspensión de sus actividades cotidianas, comprometiendo gravemente su salud y amenazando hasta su propio existir, lo cual ha generado grandes pérdidas de su identidad e integridad culturales, llevado al extremo del desplazamiento de los pueblos ancestrales.

Lo que es lo mismo, mediante este caso ha salido a la luz un error dogmático que radica en su propia puridad, porque no se puede concebir que

los daños ambientales existan jurídicamente disgregados de los seres humanos. Afirmar que los daños ambientales jurídicamente existen disociados de los seres humanos sería condenarlos directamente a la inexistencia. Sería esquizofrénico separarlos, ya que cuando un daño lesiona el ambiente, todos somos víctimas. Cualquier alteración en la Naturaleza repercutirá, en última instancia, en el hombre. Separar a los indígenas de la Amazonía para juridificar el daño atenta contra su propia esencia, su *modus vivendi* y su *sumak kawsay*.

Dicho de otra manera, en materia ambiental, no se requiere humanizar el daño para juridificarlo, pues todo daño ambiental es en esencia un daño humano. No surge jurídicamente la humanización de los daños ambientales solo ante la presencia de un titular de derechos que se vea vulnerado por ocasión de un daño. 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.

El caso Chevron-Texaco así lo demuestra, 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, 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*. 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 solo 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.

De aquí, que los daños ocasionados a la Amazonía ecuatoriana actúen como el espejo más claro de lo que un daño ecológico puro es en esencia. En efecto, la humanización que trae consigo este daño se representa en tres dimensiones: (i) es provocado por un acto humano, (ii) la Naturaleza está afectada, y (iii) quienes viven de la Naturaleza han sido lesionados, aunque en verdad el daño ocasionado afecta a todos los seres humanos por la función que

esta desempeña para el ambiente (incluso a nivel mundial). No existe ningún título jurídico, porque los bienes son de todos.

Precisamente, es la propia pertenencia y dependencia de los seres humanos de la Naturaleza, las que nos conducen, luego de todos los argumentos jurídicos expuestos que ponen en crisis el orden civil y del análisis del caso referido, tras haber demostrado 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*.

Por lo tanto, resulta imprescindible una reforma legal que permita replantear lo que por *daño ambiental ecológico puro* verdaderamente deberíamos entender, considerando que la finalidad primordial de la institución de responsabilidad civil es netamente de índole antropocéntrica. No obstante, una visión antropocéntrica jamás se ajustaría a la realidad del caso Chevron-Texaco o cualquier otro daño ecológico puro. Sería, además, inconveniente para alcanzar el propósito fundamental del Derecho ambiental: la protección del ambiente y de las generaciones futuras. Además, la responsabilidad civil opera siempre *ex post*, una vez verificado el daño, no como el mecanismo de responsabilidad ambiental, que siempre es *ex ante*, preventivo.

Bajo el paraguas de la normativa comunitaria (DRM) y la legislación española (LRM), quien debe responder por un daño ambiental o una amenaza inminente es quien lo haya causado. Precisamente, el fundamento del principio *contaminador-pagador* se tornará efectivo si se logra trasladar los costes emanados de la reparación de los daños ambientales, desde la colectividad social hasta los demás operadores económicos, por ser quienes se han beneficiado de la explotación de los recursos naturales. 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 tiende a prevenir el surgimiento de cualquier daño ambiental.

En el caso Chevron-Texaco, si bien la reparación del ambiente hubiera sido eficaz en la medida en que los elementos contaminantes hubiesen sido removidos y eliminados –a tiempo– del ecosistema hasta devolverlo a su estado natural, surgieron daños técnicamente imposibles de repararse por sí solos. Así lo demostró la Corte ecuatoriana. Por ello, la exigencia a la petrolera de aplicar las tres medidas de reparación: primarias, complementarias y compensatorias, idénticas a las que la DRM y la LRM reconocen, con la finalidad de reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible.

Ahora bien, el caso *Chevron-Texaco*, tampoco encaja del todo dentro del prototipo de responsabilidad ambiental instaurado por la DRM y LRM, por un

lado, porque estos cuerpos legales han compartimentado el ambiente, excluyendo al aire y, por otro lado, porque los daños sufridos por los particulares o *daños tradicionales* tampoco están protegidos, siendo una de las mayores preocupaciones.

No se puede pasar a un segundo plano y tratar aisladamente los perjuicios individuales irrogados, a pesar de que se quiera velar por la protección de cada medio natural y la responsabilidad por los daños que ha sufrido la Naturaleza en sus propios elementos. Para determinar jurídicamente que estamos ante un daño ambiental, en términos jurídicos, concebimos al *ambiente*, en un sentido amplio y al daño con su naturaleza bífrente; es decir, como aquel que afecta al ambiente entendido como un todo y como bien colectivo pero que afecta de manera simultánea derechos subjetivos (a una o varias personas) como la salud o bienes propios (bienes patrimoniales) y bienes comunes o compartidos por una generalidad indeterminada de individuos patrimonio a causa de una o varias agresiones ambientales. Como lo ejemplifica el caso Chevron-Texaco, que conlleva lesiones sobre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, así como daños a elementos culturales (la caza, la pesca práctica de rituales, de sus lenguas, etc.), que han provocado incluso, el desplazamiento y desaparición de tribus aborígenes, alterando la salud (incremento de las tasas de cáncer, abortos, amputaciones de miembros inferiores, entre otros) y destruyendo, sobre todo, la vida.

Sin que quepa la menor de las dudas, este perjuicio –adverso, significativo y con pérdidas de utilidad– que ha afectado a los indígenas de la Amazonía y a las personas en general, debía y 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. Más aun, cuando se ha podido demostrar que la parte demandada había omitido el deber de *prevención y evitación* de los daños causados. Hizo caso omiso a lo que la normativa vigente en aquella época mandaba, cuando su actuar se trataba de una conducta exigible; una obligación legal de hacer.

En concordancia con lo afirmado, resulta totalmente indiferente, además, que el causante del daño haya estado autorizado (contrato de concesión) por un acto de la Administración (concesión) para la explotación que desarrolle que, en términos de la DRM y la LRM, configuraría una causa de exclusión de responsabilidad que no compartimos, en primer lugar, porque el principio de responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas se vulneraría y en definitiva el que ordena «Quien contamina paga». En el ordenamiento jurídico español, la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones o daños que sufran los particulares, por ejemplo, sería una muestra clara de responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas. En segundo lugar, de acuerdo con 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 les obliga a tolerar. No tienen 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 este se opera conforme a Derecho, no 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. En este sentido:

«[...] 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 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»

Lamentablemente, con respecto al caso Chevron-Texaco, ha sucedido lo contrario. Actualmente, la reparación que vehementemente se anhelaba de la petrolera por todos los daños irrogados a la Amazonía, los cuales han menoscabado el interés de una colectividad para la utilización y conservación de los fundamentos naturales de la vida, que no solo pertenecen a ese paraíso petrolero sino a la humanidad en general, si consideramos las funciones ecológicas-vitales que la Amazonía desempeña como reguladora del clima, del CO₂, productora de oxígeno y contribuyente del 20 % del agua dulce del planeta, ha sido rechazada por el último pronunciamiento de la Tribunal de la Corte Distrital de La Haya, favoreciendo al laudo del año 2018, emitido por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, que estableció denegación de justicia por parte del gobierno ecuatoriano, dejando sin efecto la sentencia historiada.

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 las actividades económicas, así como las medidas que permitan evitar los posibles daños a los recursos naturales o que, una vez ocurran, se puedan lograr detenerlos o evitar que se produzcan efectos más graves y adversos sobre el ambiente. Quizá, pactar mediación o arbitraje, tal como nos demuestra el caso Chevron-Texaco, tampoco sea la mejor solución para resolver un conflicto que pudiera surgir de un

contrato de concesión u orden emanada por la Administración Pública, más aún cuando la vida del planeta o de un grupo humano puede verse gravemente comprometida. En este caso (el que muchos califican, como el mayor desastre ambiental mundial), se ha lesionado a un colectivo único dentro del globo terráqueo, cuya autenticidad se justifica, porque son seres humanos que viven en estado natural y su sistema social, cultural y hasta su propio existir, dependen directamente de la *pachamama* (madre tierra) en la cual estriba su *Sumak Kawsay* (del kichwa al castellano, su buen vivir). Suficientes motivos para continuar en la lucha para alcanzar el mayor de los entes ideales: justicia.

En concordancia con esto, hemos de expresar con fervor una nota característica del abuso del derecho para que sirva de lección: «aquel que toma la vestimenta de un proceder legítimo, que encuentra amparo en un derecho subjetivo, sin embargo, esa legitimidad es solo aparente, desde que una aproximación más detenida nos permite apreciar la ilicitud en su obrar».

Finalmente, todo lo explicado líneas arriba nos deja claro las repercusiones que puede traer consigo cualquier daño ambiental a todos los seres humanos y, por ende, a las generaciones futuras, debiendo enfatizar que: (i) todos dependemos de la Naturaleza como fuente de vida y, por ende, (ii) todo daño ambiental tendrá repercusión humana, (iii) sin que sea necesario 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.

BIBLIOGRAFÍA

- AAGAARD, Todd S., 2014: «Environmental Law Outside the Canon», *Indiana Law Journal*, núm. 89, pp. 1239 a 1257.
- ABBAD, Teodoro & GUTIÉRREZ, Germán, 2015: «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*, núm 48, pp. 3 a 25, ISSN: 1989-5666.
- ABELKOP, Adam D. K., 2013: «Tort Law as an Environmental Policy Instrument», 92 *Oregon Law Review*, núm. 381, pp. 407 a 408.
- ACEDO PENCO, Ángel, 2011: *Derecho de contratos. Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, Dickinson S. L., Madrid.
- ADAIRE JONES, Carol; PENDERGRASS, John; BRODERICK, John & PHELPS, Jacob, 2015: «Tropical Conservation and Liability for Environmental Harm», *Environmental Law Reporter*, núm. 45, pp. 11032 a 11040.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, 2004: «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*, núm. 5, pp. 11 y ss., ISSN-e 1696-9634.
- 2010: «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, p. 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, 2013: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Aranzadi S. A., Navarra.

- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, 2015: *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Aranzadi S. A., Navarra.
- BAZUZABAL ARRUE, Xavier, 2015: «Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general, primera edición», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, pp. 28 a 30.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 2010: *Responsabilidad Extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Aranzadi S. A., Navarra.
- 2016: *Las modificaciones al Código Civil 2015*, Tirant to Blanch, Valencia.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, 2010: «Nuevas tendencias en el Derecho ambiental. Perspectiva general introductoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, pp. 1 a 16.
- 2014: *Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid.
- 2018: *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- BORONINO RAMÍREZ, Pablo Raúl & DE CARVALHO LEAL, Virginia, 2010: «La prueba de la causalidad en el daño ambiental», *Avances en Ciencias de la Tierra*, núm. 1., pp. 39 a 52.
- BORREGO GÓMEZ, Armonía & RIERA, Pere, 2009: «Implicaciones económicas de la nueva legislación de responsabilidad ambiental», *Economía industrial*, núm. 371 (edición dedicada a: Industria y medio ambiente: el reto de la sostenibilidad), Departamento de Economía Aplicada, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, pp. 121 a 128.
- BOYD, William, 2002: «Controlling Toxic Harms: The Struggle over Dioxin Contamination in the Pulp and Paper Industry», *Stanford Environmental Law Journal*, núm. 345, vol. 21, pp. 351 a 392.
- BRADFORD C., Mank, 2015: «Prudential standing doctrine abolished or waiting for a comeback?: Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.», *Journal of Constitutional Law*, núm. 1, vol. 18, pp. 213 a 264.
- BRADSHAW, Karen, 2016: «Settling for natural resource damages», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 40, pp. 217 a 228.
- BRICEÑO, Andrés Mauricio, 2004: «El daño ecológico. Presupuestos para su definición», en *Ponencia presentada en el V Congreso de Derecho Ambiental Español*, Pamplona.
- BRÜGGEMEIER, Gert, 2013: «Risk and Strict Liability: The Distinct Examples of Germany, the United States, and Russia», *European Review of Private Law*, núm. 4.
- BURFORD, Ellen, 2012: «The Need for Federal Regulation of Hydraulic Fracturing», *The Urban Lawyer*, núm. 3, vol. 44, pp. 577 a 588, en línea: <https://www.jstor.org/stable/24392315>
- BURGER, Michael, 2013: «The (re)federalization of fracking regulation», *Michigan State Law Review*, pp. 1483 a 1544.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, 2004: *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*, Abeledo-Perrot, Argentina.

- BUYUKSAGIS, Erendem & VAN BOOM, Willem, 2013: «Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn, between objects, activities, and their risk», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, 1994: «El daño ambiental y los derechos de la persona», en *Conferencia del XI Congreso Nacional de Derecho Ambiental y en el Ciclo de Conferencias sobre las fronteras de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, pp. 147 a 155.
- 1995: «La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales: el problema de la relación de causalidad», en *Ponencia del I Congreso de Derecho Ambiental*, Sevilla, 21 de abril de 1995, pp. 6 a 71.
- 1996: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi S. A., Navarra.
- CARBONIER, Jean, 2004: *Droit civil, Volume II, (Les biens. Les obligations)*, Presses universitaires de France, Paris.
- CASADO ANDRÉS, Blanca, 2005: «El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 9, pp. 5 y ss.
- 2016: «El concepto del daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, pp. 399 a 424, ISSN: 1886-9912.
- CLOVIS SIAKA, Danny, 2014: «La singularidad de los daños medioambientales: un análisis a la luz de la Ley de Responsabilidad Medioambiental en España», *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, pp. 625 a 626.
- CONSTENLA ACUÑA, Pablo, 2015: «La regulación de los tesoros energéticos marinos», en SERRANO ACITORES, Antonio (dir.) & LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Pilar; TORAL OROPESA, Pablo & VELASCO FABRA, Guillermo José (coords.), *La intervención administrativa y económica en la actividad empresarial*, Wolters Kluwer S. A., Barcelona.
- CORDERO LOBATO, Encarna, 1998: «Derecho de daños y medio ambiente», en ORTEGA ALVAREZ, L. (dir.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid.
- CRAWFORD, Kyle; GORN, Rebecca; MAJESTRO, Anna; NAGELBERG, Michael & NEGER, Hillary, 2016: «Environmental Crimes», *American Criminal Law Review*, núm. 53, pp. 1159 a 1223.
- DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, 1966: «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, vol. 19, pp. 527 a 554.
- DE CUPIS, Adriano, 1946: *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, vol. 1, Guifffrè, Milano.
- DE MIGUEL PERALES, Carlos, 1997: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas Ediciones, Madrid.
- 2002: *Derecho Español del Medio Ambiente*, Civitas Ediciones, Madrid.
- 2008: «Aspectos básicos de la nueva regulación sobre responsabilidad medioambiental», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, pp. 6 a 16, ISSN: 1133-6900.

- 2009: *Derecho Español del Medio Ambiente*, 3.^a ed., Aranzadi S. A., Navarra.
- 2007: *La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver*, pp. 1 a 54, en línea: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2671/documento/055Respmedioambiental.pdf?id=1936>
- DE SADELEER, Nicolás, 2010: *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, University press Scholarship Online, Oxford, part I, pp. 56-58, en línea: <http://www.oxfordscholarship.com.sare.upf.edu/view/10.1093/acprof:oso/9780199254743.001.0001/acprof-9780199254743>, acceso 9 de febrero de 2017. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199254743.001.0001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2011: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Aranzadi S. A., Navarra.
- DOMPER FERRANDO, Javier, 1992: *El Medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, Civitas, Madrid.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, 2010: «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas», *Revista Estudios Jurídicos UNESP, Franca*, A., núm. 20, vol. 14, pp. 1 a 24.
- ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION: «Annual energy outlook 2018 with projections to 2050», *Energy Information Administration*, núm. 43, en línea: <https://www.eia.gov/outlooks/aeo/pdf/AEO2018.pdf>, acceso el 1 de marzo de 2018.
- EPA: «Superfund Cleanup Subject Listing De Minimis/De Micromis Policies and Models», *EPA*, en línea: https://cfpub.epa.gov/compliance/resources/policies/cleanup/superfund/index.cfm?action=3&sub_id=26, acceso el 15 diciembre de 2017.
- ESTEVE PARDO, 2006: «La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental», *Revista de Derecho del medio ambiente y administración local*, pp. 201 a 212, ISBN: 84-609-8956-9.
- 2008a: *Derecho del medio ambiente*, 2.^a ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A, Madrid.
- 2008b: *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario Sistemático*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid.
- 2014: *Derecho del Medio Ambiente*, 3.^aed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid.
- FANG, Yu, 2012: «Environmental Damage Assessment. Comparative Policy and Practice», *EU-China Environmental Governance Programme*, study 3 - China Volume, p. 16.
- FERREY, Steven, 2010: *Environmental Law. Examples & Explanations*, 5th ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York.
- FOCUS MAGAZINE, 2010: «Macondo: Assessing the Implications, Oil and Energy Trends», *Focus Magazine*, pp. 3 a 35.

- FOLEY, Vincent J., 2011: «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*, vol. 74 (2010-2011), pp. 515 a 530.
- FUCHS, Olivier, 2003: *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L'Harmattan, Paris.
- GALBIS, Fernando, 2007: «Ley de responsabilidad ambiental. Todavía puede mejorarse», *La revista del Medio Ambiente*, núm. 63, pp. 77 a 78.
- GALLO, Paolo, 2018: «La compensatio lucri cum damno e le sue trasformazioni», *Giurisprudenza Italiana*, núm. demo - Copyright Wolters Kluwer Italia S. R. L., Gennaio, pp. 62 a 69.
- GARCÍA AMEZ, Javier, 2015: *Responsabilidad por Daños Ambientales*, Aranzadi S. A., Navarra.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2002: «Prólogo», en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, 1974: «Reglamento de la Exploración y Explotación de Hidrocarburos», *Registro Oficial*, núm. 530, de 9 de abril de 1974.
- GOLDSMITH, Barbara J.; WAIKEM FLYNN, Tara & FRANEY, Tara, 2014: «A Decade of Natural Resource Damage Liability: Key Federal Decisions 2004-2014», *44 Environmental Law Reporter. News & Analysis*, 10868, pp. 1 a 2.
- GÓMEZ-OREA, Domingo, 1999: *Evaluación de Impacto Ambiental*, Agrícola Española S. A., Madrid.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, 2016: *Curso de Derecho de Daños*, Universitat Pompeu Fabra (mimeo), Barcelona.
- GÓMEZ POMAR, Fernando & GILI SALDAÑA, María de los Ángeles, 2007: «Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: Problemas de relación», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson S. L., Madrid, p. 314, en línea: <http://vlex.com/vid/contaminacion-suelos-problemas-relacion-41279117>, acceso 20 de marzo de 2017.
- GOMIS CATALÁ, Lucía, 1998: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Editorial Aranzadi S. A., Navarra.
- 1999: «Sobre el anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental», *Revista Derecho y Medio Ambiente*, pp. 65 y ss.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, 2008a: «La responsabilidad civil derivada del uso y circulación del motor», en SIERRA GIL, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, editorial Bosch, Barcelona, pp. 13 a 67.
- 2008b: «La responsabilidad por riesgo», en SIERRA GIL, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.ªed., editorial Bosch, Barcelona.

- GRAHAM, Roberts; GRÖNDAHL, Mika & MARSH, Bill, 2011: «Extracting Natural Gas from Rock», *New York Times*, en línea: <http://www.nytimes.com/interactive/2011/02/27/us/fracking.html>, acceso 2 de marzo de 2015.
- GUERRERO ZAPLANA, José, 2010: *La responsabilidad medioambiental en España*, La Ley, Madrid.
- HARVARD LAW REVIEW, 2015: «Causation in Environmental Law: Lessons from Toxic Torts», *Harvard Law Review*, núm. 128, pp. 2256 a 2277.
- HUERGO LORA, Alejandro, 2007: *Las Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid.
- KLASS, Alexandra B., 2012: «CERCLA, state law, and federalism in the 21 century», *Southwestern law review*, vol. 41, pp. 1 a 686.
- KONERT, Anna, 2013: «De la compensatio lucri cum damno en derecho civil polaco», *AFDUC* 17, pp. 322 y ss.
- KRIEBEL, David; TICKNER, Joel; EPSTEIN, Paul; LEMONS, John; LEVINS, Richard; LOECHLER, Edward L.; QUINN, Margaret; RUDEL, Ruthann; SCHETTLER, Ted & STOTO, Michael, 2001: «The precautionary principle in environmental science» *Environ Health Perspect*, núm. 109, pp. 871 a 876. doi: 10.1289/ehp.01109871.
- KYRIAKI, Noussia, 2011: «The BP Oil Spill-Environmental Pollution Liability and Other Legal Ramifications», *European Energy and Environmental Law Review*, núm. 3, vol. 20, pp. 98 a 107.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín & LAZCANO BROTONS, Iñigo, 2007: *Derecho Ambiental (Parte General)*, 2.ª ed., editorial Lete, Bilbao.
- LASARTE, Carlos, 2014: *Curso de Derecho Patrimonial*, Tecnos Grupo Anaya S. A., Madrid.
- LLODRA GRIMALT, Francesca, 2008: *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*, Universitat de les Illes Balears, Palma.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ, Juan Pablo; REYES SÁNCHEZ, Lería; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía; PIZARRO MORENO, Eugenio & LÓPEZ NIETO, Concha, 2013: «Estructura general de la responsabilidad extracontractual», en *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, en línea: <http://www.tirant.com>
- LORENTE AZNAR, César J., 1996: *Empresa, Derecho y Medio Ambiente. La responsabilidad legal empresarial por daños al medio ambiente*, Bosch S. A., Zaragoza, pp. 7 a 8.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, 2005: «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*, núm. 12-13, pp. 1 a 29.
- 2008a: *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Civitas, Madrid.
- 2008b: *Derecho Ambiental Administrativo*, 9.ª ed., Dykinson S. L., Madrid.
- LOZANO CUTANDA, Blanca & ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, 2008: *Administración y legislación Ambiental*, Dykinson S. L., Madrid.

- LUNA YERGA, Álvaro; PIÑEIRO SALGUERO, José; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia & RUBÍ Y PUIG, Antoni, 2022: «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, pp. 1 a 9.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel, 2005: *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*, Aranzadi S. A., Navarra.
- MACIÁ DELGADO, Ramón, 2010: «La dualidad del daño patrimonial y del daño moral», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 36, pp. 21 y ss.
- MALDONADO, Adolfo & NARVÁEZ, Alberto, 2003: *Ecuador ni es, ni será ya, país amazónico*, Inventario de impactos petroleros 1, Editorial Acción Ecológica, Quito.
- MARTÍN-CASALS, Miquel, 2007: «La responsabilidad por hecho ajeno en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson S. L., Madrid, pp. 493 a 496.
- 2011: «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*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, La Coruña.
- MARTÍN DÍEZ, Rocío, 2005: «El Nuevo Régimen de Responsabilidad Ambiental», *Páginas de información ambiental*, núm. 21 (septiembre), pp. 24 a 25.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Jacobo, 2008: «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (arts. 17 a 23)», en LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Civitas, Navarra, pp. 293 a 314.
- MARTÍN MATEO, Ramón, 1977: *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid.
- 1991: *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. 1, Editorial Trivium, Madrid.
- MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel, 2008a: «Accidentes en los ferrocarriles. Hechos de los animales. Caza», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, pp. 1109 a 1115.
- 2008b: «Responsabilidad por daños por inmisiones o instalaciones industriales y ruidos», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona.
- MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, 2000: «La protección civil del medio ambiente», *Actualidad Civil*, núm. 1 (enero), p. 23.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León & TUNC, André, 1963: *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- MIRANDA REYES, Diego, 2017: «Hacia una delimitación del abuso del derecho a partir de sus fundamentos», *Actualidad jurídica (Uría&Menendez)*, núm. 47.

- MIR PUIGPELAT, Oriol, 2004: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 1.^a ed.
- MORENO TRUJILLO, Eulalia, 1992: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHISON, Tomás & DONNA, Edgardo Alberto, 1999: *Daño ambiental*, tomo I., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.
- MULLERAT, Bernat, 2005: «Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 7, p. 238.
- MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2010: *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 361 a 363.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso, 1997: *Las Inmisiones y molestias medio ambientales, tutela preventiva civil*, Dykinson S. L., Madrid.
- O'CALLAGHAN, Xavier, 2009: *Compendio de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones*, 6.^a ed., Dijusa, Madrid.
- OCDE, 2007: *Seguros y riesgos ambientales: un análisis comparativo del papel de los seguros de gestión de los riesgos relacionados con el medio ambiente*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid.
- OLIPHANT, Ken, 2014: «Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England», *McGill Law Journal*, 819 - *Revue de droit de McGill*, vol. 59, núm. 4.
- ORTEU BERROCAL, Eduardo, 2008: «Ámbito de aplicación de la Ley (Artículos 3 a 6 y definiciones relacionadas)», en LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Civitas, Navarra.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, 1990: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Barcelona, pp. 1561 a 1592.
- PARADA, Ramón, 2007: *Derecho administrativo*, tomo III, 11.^a ed, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, 2014: «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, pp. 23 a 24.
- PEDRAZA LAYNEZ, Julia, 2016: *La responsabilidad por daños medioambientales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- PENDERGRASS, John, 2007: «Legal Background to Off-Site Contamination», 37 *Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS*, 10144, 5.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, 2013: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en BUSTO LAGO, Jose Manuel & REGLERO CAMPOS, Fernando (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Aranzadi S. A., Navarra.
- PERNAS GARCÍA, Juan José & ÁNIMAS MADRAZO, Marcela, 2005: «La responsabilidad por daños ambientales al suelo: La nueva Directiva Comunitaria», *Agricultura: Revista Agropecuaria*, núm. 870, p. 16.

- PRYOR, Ellen S., 2011: «Peculiar Risk in American Tort Law», *Pepperdine Law Review. Symposium: Does the World Still Need United States Tort Law? Or Did it Ever?*, núm. 2, vol. 38, pp. 393 a 417.
- PUIG FERRIOL, Luis, 2007: «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson S. L., Madrid, pp. 889 a 893.
- QUARLES, John y STEINBERG, Michael W., 2006: «The Superfund Program at Its 25th Anniversary», *36 Environmental Law Reporter. NEWS & ANALYSIS*, 10364, pp. 2 a 3.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, 2008: «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*, núm. 77, pp. 157 a 175.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2017: *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española*, 23.ª ed.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, 2010: «Responsabilidad Extracontractual» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1.ª ed., Aranzadi S. A., Navarra.
- 2013: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, Fernando & BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil* (versión actualizada de Fernando Peña López), Aranzadi S. A., Navarra.
- 2014a: «Los sistemas de responsabilidad civil», en REGLERO CAMPOS, Fernando & BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 1.ª ed., Aranzadi S. A., Navarra.
- 2014b: «El Seguro de Responsabilidad Civil», en REGLERO CAMPOS, Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi S. A., Navarra, pp. 215 y 249.
- RICCI, Paolo F.; RICE, Dave; ZIAGOS, John & COX Jr., Louis A., 2003: «Precaution, uncertainty and causation in environmental decisions», *Elsevier, Environment International*, núm. 1, vol. 29, pp. 1 a 19.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., 2005: *La responsabilidad extracontractual*, Gedisa S. A., Barcelona.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert, 2006: «Las relaciones entre la responsabilidad ambiental conforme a la Directiva 2004/35/CE y la responsabilidad civil», en PIGRAU SOLÉ, Antonio (coord.), *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, 1.ª ed., Ministerio del Ambiente, Madrid, pp. 100 a 101.
- 2008: *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*, Aranzadi S. A., Navarra.
- 2009: «En tierra de nadie: Problemas de delimitación del nuevo daño ambiental», *Revista de Derecho Privado*, núm. 93, pp. 24 a 33.

- SALVADOR CODERCH, Pablo & RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, 2015: «150 casos de derecho de daños (2004-2014)», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4.
- SALVADOR CODERCH, Pablo & RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, 2001: «Prevención y Derecho de Daños», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, pp. 2 a 8.
- 2002: «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia (Nota a las SSTs, 1a, 5.7.2001 y 17.10.2001)», *Revista para el análisis del Derecho* núm. 2, vol. 2, ISSN-e 1698-739X.
- SANTOS BRIZ, Jaime, 2008: «La responsabilidad civil por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona.
- SIAGA, Danny Clovis, 2014: «La singularidad de los daños medioambientales. Un análisis a la luz de la ley de responsabilidad medioambiental en España», *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, pp. 619 a 640.
- SILVA, Jesús María & MONTANER, Raquel, 2012: *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona.
- THIRY, Bernarde, 2009: «La sinonimia nocional, un caso peculiar de sinonimia en terminología», *Entreculturas*, núm. 1, HEC-École de Gestion de l'Université de Liège, Institut Libre Marie-Haps de Traduction et Interprétation, Bruselas, pp. 219 a 257, ISSN: 1989-5097.
- URRUTIA GARRO, Carmelo, 2008: «La normativa ambiental dictada por el estado en el año 2007», *IeZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea / Ambiente y derecho*, núm. 6, pp. 77-106.
- VALENCIA MARTÍN, Germán, 2010: «La responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, pp. 1-63, RI §409636, en línea: [HTTP://WWW.IUSTEL.COM/V2/REVISTAS/DETALLE_REVISTA.ASP?ID_NOTICIA=409636](http://www.iustel.com/v2/REVISTAS/DETALLE_REVISTA.ASP?ID_NOTICIA=409636)
- VAN DEN BROEK, Berthy, 2009: «Environmental liability and nature protection areas. Will the EU Environmental Liability Directive actually lead to the restoration of damaged natural resources?», *Utrecht Law Review*, issue 1 (June), vol. 5, p. 117.
- VERCHER NOGUERA, Antonio; CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel & DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, 2003: *Responsabilidad civil ambiental: penal, civil y administrativa*, Ecoiuris, Madrid, pp. 140 a 143.
- VINAIXA MIQUEL, Mónica, 2013: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Conflictv Legvm Estudios de Derecho Internacional Privado, Santiago de Compostela.
- VINEY, Geneviève, 2008: «Introduction à la responsabilité. L'avenir de la distinction entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle», *Ius et Veritas*, núm. 43, 3.^a ed., editorial LGDJ, París, p. 36.
- WINTER, Allison, 2010: «USGS Director Quietly Wages Fearless War on Oil Spill», *The New York Times*, June 16, en línea: <http://www.nytimes.com/gwire/2010/06/16/16greenwire-usgs-director-quietly-wages-fearless-war-on-oi-83792.html>, acceso 14 de junio de 2017

- WOOD, Stephen G.; WOOD, Stephen Q. & WOOD, Rachel A., 2006: «Section IV: Constitutional and Administrative Law: Whither the Precautionary Principle? An American Assessment from an Administrative Law Perspective», *The American Journal of Comparative Law*, núm. 54, pp. 581 a 613.
- YÁNEZ VIVERO, Fátima, 2009: «Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. (Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 1.^a ed., Aranzadi S. A., Navarra, pp. 35 a 43, 115 a 122.
- YANGUAS MONTERO, Guillermina, 2000: «El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, vol. 53, p. 847.
- 2006a: *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Aranzadi S. A., Navarra.
- 2006b: «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*, númº67 (enero-abril), p. 8, en línea: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/7235/7076>
- YARZA, Fernando Simón, 2012: «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, p. 158.
- Yzquierdo, Mariano, 2017: «La responsabilidad de las sociedades comercializadoras de energía eléctrica por los daños causados por suministro defectuoso», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 304, pp. 453-463.

Daniela Rebeca Ochoa Pesántez

Cuenca, 1985. Es abogada especializada en Derecho Ambiental, Energético, Contratación Pública y Asesoramiento Jurídico de empresas, con más de una década de experiencia profesional en el sector público y privado, tanto en Europa como en América Latina. Doctora en Derecho Ambiental por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) –primera mujer en alcanzar este título, con mención *Cum Laude* y galardónada con el Premio a la Mejor Tesis en Bienestar Planetario– ha combinado su labor jurídica con la investigación académica, abordando temas clave como la responsabilidad ambiental, el cambio climático y la transición energética.

Vive en Barcelona y ha asesorado a empresas del sector energético, siendo parte de proyectos estratégicos en España, Portugal y Reino Unido.

En el plano académico, ha colaborado con instituciones académicas nacionales e internacionales y ha publicado algunos estudios sobre la responsabilidad ambiental en la Unión Europea y el Derecho comparado, con énfasis en la Directiva 2004/35/CE.

Su enfoque riguroso y comprometido refleja experiencia práctica, rigor doctrinal y un compromiso sostenido con los principios del desarrollo sostenible y los objetivos climáticos internacionales, ligados a una convicción firme: el Derecho puede y debe ser una herramienta para proteger el planeta.

**Colección derecho
administrativo-económico ambiental**

Director:

Andrés Betancor Rodríguez

Títulos publicados:

1. Responsabilidad y aseguramiento por
daños ambientales. El caso Prestige

Andrés Betancor Rodríguez

La presente obra realiza un análisis de la sentencia dictada en contra de una de las compañías petroleras más importantes de los Estados Unidos: Chevron-Texaco, por la Corte Provincial de Ecuador. Se trata del famoso caso «Chevron-Texaco». Este fallo se enmarca en uno de los desastres socioambientales más notorios a nivel global, originado por las actividades extractivas de hidrocarburos desarrolladas en la región amazónica ecuatoriana durante el período comprendido entre 1964 y 1990. Los daños generados, de magnitud extraordinaria, impactaron negativamente no solo en el ambiente, sino en las comunidades indígenas que habitan el territorio, extendiendo sus efectos, incluso, a la propia humanidad.

Para resolver esta controversia, el tribunal ecuatoriano aplicó el régimen de responsabilidad civil extracontractual, figura influenciada por el sistema civilista clásico español. Sin embargo, este mecanismo jurídico tiene como finalidad primordial la reparación de los daños a través de una indemnización pecuniaria; opción limitada o eliminada por el instituto de responsabilidad ambiental (previsto en el orden jurídico comunitario europeo y español).

Desde la perspectiva de la autora, la conducta generadora del daño ambiental no puede ser adecuadamente subsumida dentro de los parámetros tradicionales de la responsabilidad civil, ya que constituye una modalidad específica de responsabilidad de naturaleza ambiental, sin que excluya la coexistencia de daños tradicionales. Dentro de este contexto, se plantea la hipótesis de si el denominado «daño ecológico puro» podría encontrar una respuesta jurídica más adecuada dentro del marco normativo prefijado por la Ley española 26/2007, que transpone la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental, en consonancia con los principios fundamentales del Derecho Ambiental, el de «prevención» y «quien contamina paga»; o, si lo afirmado constituye, más bien, un conflicto aparente producto de las deficiencias y vacíos del sistema clásico.