

Daño ambiental y encrucijadas de la teoría del derecho de daños*

Environmental damage and dilemmas on theory of tort law

Juan Antonio Garcia Amado(1); Virginia de Carvalho Leal(2)

1 Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León – España.

E-mail: jagara@unileon.es

2 Profesora de Derecho Ambiental. Doctora por la Universidad de León – España.

Colaboradora Honorífica de La Universidad de León, desde 2014.

E-mail: virginiacleal@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 7-21, Maio-Agosto, 2018 - ISSN 2238-0604

[Received/Recibido: Febrero 28, 2018; Accepted/Acepto: Agosto 10, 2018]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i2.2492>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumen

La temática de la responsabilidad extracontractual presenta muchas dificultades en su manejo, sobre todo cuando acercamos la responsabilidad civil al Derecho Ambiental percibimos que aquella tiene fragilizadas sus estructuras propias, surgiendo muchas incertidumbres en lo que toca a los fundamentos filosóficos y a las teorías clásicas de la responsabilidad. El artículo trata del daño ambiental, sus limitaciones y dilemas ante los fundamentos filosóficos de la responsabilidad extracontractual. Se dedica más atentamente a los problemas presentados por la responsabilidad objetiva e imputación en los supuestos de daño ambiental.

Palabras clave: Fundamento filosófico. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad Ambiental. Dilemas.

Abstract

The issue of Tort Law presents many difficulties, especially when we approach to Environmental responsibility, arising many uncertainties regarding the philosophy foundations of tort law and insufficiency of the traditional concept on environmental damage. The article deals of Environmental damage and the limitations to the philosophy foundations of tort law, dedicates on problems presented by the objective responsibility and the assumptions of environmental damage.

Keywords: Tort law. Philosophical justification. Environmental Responsibility Dilemmas.

Resumo

O tema da responsabilidade extracontratual apresenta muitas dificuldades em seu tratamento. Especialmente quando abordada a responsabilidade civil e o Direito Ambiental, percebemos que são enfraquecidas suas próprias estruturas, suscitando muitas incertezas quanto aos fundamentos filosóficos da responsabilidade extracontratual e teorias clássicas de responsabilidade. O artigo aborda o dano ambiental e suas limitações e dilemas ante a teoria geral e os fundamentos filosóficos da responsabilidade extracontratual. Dedicar-se aos problemas apresentados pela responsabilidade objetiva e à imputação nos casos de danos ambientais.

Palavras-chave: Fundamento filosófico. Responsabilidade extracontractual. Responsabilidade ambiental. Dilemas

1 Introducción

Cuando se busca enfrentar el fundamento filosófico del derecho de daños o de la responsabilidad civil extracontractual estamos buscando el criterio que permita dar cuenta de su autonomía como parte o rama de lo jurídico.

La dogmática penal y la disquisición teórica sobre los elementos del delito y los fundamentos filosóficos de la pena han ido de la mano en Alemania debido seguramente a que en muchos de los grandes dogmáticos penales alemanes, que han hecho la dogmática penal de referencia, se unía la doble condición de penalistas y iusfilósofos.

De otro lado, en los países europeos del derecho continental, y especialmente en el Sur, hemos tenido una muy firme y asentada dogmática del derecho de daños, pero prácticamente carente de análisis iusfilosófico o teórico-general, tanto sobre la adecuación de los conceptos presupuestos como de los fundamentos, mientras que en los países anglosajones la dogmática seguramente era mucho más elemental o, en cierto sentido, improvisada a golpe de novedad jurisprudencial, pero el derecho de daños se ha ido cargando de iusfilosofía. En otras palabras, mucha dogmática un tanto forzada, apriorística o de cada vez peor encaje con la legislación correspondiente en el derecho continental, mucha dogmática con poca teoría en el derecho continental, y mucha teoría o iusfilosofía, pero con muy endeble dogmática en el *Common Law*, especialmente en los cinco últimos decenios.

Mientras que en la Europa y América del derecho continental la iusfilosofía y la teoría del derecho apenas se han asomado al derecho de daños, que ha sido cultivado en exclusiva por dogmáticos civilistas (y administrativistas, después), en el *Common Law*, y destacadamente en EEUU y Canadá, el derecho de daños ha sido objeto de gran atención por iusfilósofos y filósofos “puros”. Creo que, por tales razones, los resultados acaban siendo insatisfactorios en ambas partes. En unos lugares hay potente dogmática, pero con débil teoría, y en otros encontramos buena teoría, pero con poco derecho, como especulación que se va alejando y se va olvidando de lo estrictamente jurídico.

Otra particularidad del derecho de la responsabilidad extracontractual ha sido durante mucho tiempo la siguiente: muchos casos con pocas normas. En los códigos civiles se contiene siempre una regla general con unas pocas excepciones o matices. La cláusula general es que el que dolosa o negligentemente causa daño a otro debe reparar ese daño causado a ese otro. Las excepciones se dan en ciertos casos, legalmente acotados, en que o bien debe reparar quien no causó (por ejemplo, los padres o tutores por los daños provocados por los menores), o bien debe reparar el daño el que lo causó sin culpa. La regla generalísima, pues, es la de la llamada responsabilidad subjetiva, responsabilidad por culpa, y las excepciones son puntuales y se explican por la especial relación entre ciertas personas, como padres e hijos o empresarios y trabajadores, o por

determinados riesgos asociados a actividades o situaciones particularmente peligrosas. En los países anglosajones acabó en el siglo XIX imponiéndose por vía judicial una pauta bien similar.

En este escrito, la intención es redactar o encontrarnos a algunos de los dilemas enfrentados por la filosofía del derecho de daños o mismo *en* la filosofía del derecho de daños, o del *tort law*, como es así denominado en los países del *Common Law*, donde el debate ha tomado desde la década de los 70's mayores proporciones, especialmente cuando enfrentada a la responsabilidad por supuestos de daño ambiental. En estos casos, veremos que desde los fundamentos filosóficos hacia los elementos que componen el daño ambiental presentan dilemas y aporías a las que muchas veces no se han mostrado salidas.

La temática de la responsabilidad presenta muchas dificultades en su manejo. Y sobre todo cuando acercamos la responsabilidad civil al Derecho Ambiental percibimos que aquella tiene fragilizadas sus estructuras propias, surgiendo muchas incertidumbres en lo que toca a las teorías clásicas de la responsabilidad. En este estudio trataremos de analizar la insuficiencia no sólo del concepto tradicional de causalidad, así como de una teoría general de responsabilidad jurídica objetiva frente a las especificidades de la responsabilidad por daño al medio ambiente, buscando afrontar la cuestión de si se trata de un error intentar amoldar aquellas teorías clásicas de la responsabilidad a esos supuestos de responsabilidad ambiental.

2 La responsabilidad objetiva ambiental y los desafíos teóricos

Durante mucho tiempo el sistema de responsabilidad reposaba sobre el concepto de culpa, en el cual se sustentaba fundamentalmente en la idea de responsabilidad personal. Se responde por sus propias acciones, y no por hechos ajeno. A partir del siglo XIX se inicia un proceso continuo de evolución hacia la superación de esta noción de culpa, y la responsabilidad se determina por tres factores principales: (1) el predominio de su función correctiva/ compensatoria; (2) la progresiva implantación de criterios objetivos de imputación y (3) la aparición y progresos de los seguros de responsabilidad civil.

Anteriormente, el eje evidente del derecho de la responsabilidad extracontractual parecía estar siempre en el elemento culpa, como propiedad referida a la actitud del sujeto dañador. En el trasfondo latía un componente retributivo. La indemnización debida a la víctima que había padecido el daño debía salir de ese que por su deficiente carácter o actitud lo provocó, a modo de peculiar castigo, de retribución. Sonaba a elemental demanda de la justicia que el que con culpa daña compense al que, sin culpa por su parte, padeció ese daño (ÁLVAREZ LATA, 2006, p. 1911)

Al tiempo, los elementos constitutivos se daban por supuestos y sonaban bien evidentes: daño, dañador, dañado y causación de ese daño por el dañador. En términos

morales o de justicia se zanjaba la cuestión aludiendo al mandato de no dañar¹ (*neminem laedere*) y a la idea de que los sujetos deben cargar con las consecuencias de sus acciones injustas, injustas por resultantes de su deficiente actitud hacia los demás. Y, en términos de justicia igualmente, el *suum cuique tribuere*, el dar a cada uno lo suyo, justificaba también la medida de la reparación: al dañado hay que repararlo o indemnizarlo exactamente por el valor de lo que era suyo y con el daño perdido.

Ese esquema conceptual y moral tan sencillo y tan cómodo se vio progresivamente alterado por dos fenómenos. El primero, el incremento imparable de los supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa. El segundo, la abundancia de ejemplos en los que aquellos conceptos básicos de daño y causación no comparecen o lo hacen de manera muy peculiar; es decir, casos en los que se responde sin haber causado, se causa sin responder o se indemniza por daño que no es tal o que solo presuntamente es tal (GARCÍA AMADO, 2013a, p. 65-79; GARCÍA AMADO, 2013b, p. 267).

Los daños ambientales o aun los daños ecológicos puros sirven como laboratorios o ejemplos que rompen fácilmente los fundamentos filosóficos de la responsabilidad extracontractual, sea con relación a la responsabilidad sin culpa o aun cuanto a los conceptos básicos de causalidad y daño. Los fundamentos y límites a las formas tradicionales de reparación enfrentan verdaderos dilemas frente a los supuestos de responsabilidad ambiental.

Aquí, por el momento, nos ocuparemos del desajuste teórico provocado por la introducción cada vez más común de regulaciones que imponen responsabilidad objetiva.

Si el fundamento de la responsabilidad por daño extracontractual se ve en la deficiente y reprochable actitud del sujeto dañador, dicho fundamento no sirve para justificar los casos de responsabilidad objetiva, en los que el llamado a reparar o indemnizar obró sin culpa y con toda la diligencia exigible en la actividad respectiva (GARCÍA AMADO, 2010, p. 603). O se mantiene aquel elemento retributivo que estaba en el trasfondo, a costa de rechazar por injusta e injustificable la responsabilidad objetiva, o se busca un fundamento diferente y abarcador para los dos tipos de responsabilidad por daño extracontractual, pero sin connotaciones retributivas.

Ambas salidas tienen serios inconvenientes. Persistir en la culpa, aunque sea levísima, como elemento que fundamenta y da sentido a la responsabilidad implica ir contra los hechos normativos, dejar sin base teórica, sin explicación no arbitraria ni justificación una parte cada vez más abundante de las normas reguladoras de la responsabilidad por daño. Brindar una justificación independiente de la culpa y que

1 En la bibliografía reciente en español, una defensa muy articulada del deber de no dañar como base de una concepción normativa de la responsabilidad extracontractual, en (PAPAYANNIS, 2014, p. 135) y, especialmente, (PAPAYANNIS, 2014, p. 144). El matiz importante está en que, para Papayannis, el deber de no dañar no implica que la antijuridicidad sea un presupuesto necesario de la responsabilidad extracontractual, como sí lo es de la responsabilidad penal (PAPAYANNIS, 2014, p. 185).

sirva para los dos tipos de responsabilidad por daño, el de la llamada responsabilidad subjetiva y el de la denominada responsabilidad objetiva, aboca a tal nivel de abstracción, que posiblemente sirva ese fundamento que se proponga para justificar prácticamente cualquier atribución de responsabilidad por daño a cualquier sujeto en cualquier momento.

Queda una tercera posibilidad, la de entender que la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva tienen fundamentos distintos e independientes, pero de ese modo se frustra el propósito originario, la meta sistemática y sistematizadora que se perseguía: la de dotar de un fundamento común y unos mismos principios a todas las normas que conforman ese sector de la responsabilidad civil por daño extracontractual (PAPAYANNIS, 2014, p. 33-34)².

En España (y en otros países pertenecientes a la familia del derecho continental) la salida a tal dilema fue doble y bastante contradictoria y se debió ante todo a la jurisprudencia. Primero se subjetivizó la responsabilidad objetiva, intentando mostrar algo así como que quien responde sin culpa en el fondo alguna culpa tendrá o, como vulgarmente se dice, puesto que dañó, “algo haría” (o algo no haría de lo que en el fondo debería haber hecho). De esa manera se mantenía “contrafácticamente” el dogma culpabilístico, pero a costa de atenuar o rebajar casi por completo el concepto de culpa y convirtiendo la culpa en una especie de culpa presunta.

Después, en un segundo paso y como consecuencia de esa gran atenuación de los elementos conceptuales de la culpa llevada a cabo para integrar en un esquema único, el esquema heredado, los supuestos legales de responsabilidad objetiva, la

- 2 Es muy apropiada la descripción que hace Papayannis de las diversas alternativas para conciliar o relacionar responsabilidad objetiva y subjetiva. “Existen varias alternativas para explicar la coexistencia de esas dos reglas de responsabilidad. Solo para sugerir algunas, podríamos pensar que la responsabilidad civil se fundamenta principalmente en la culpa del agente y que la responsabilidad objetiva es una extensión de la regla de la culpa. Otra posibilidad es reconocer que la responsabilidad objetiva es algo distinto de la culpa, pero entender que la culpa es el factor de atribución principal y la responsabilidad objetiva una excepción justificada de algún modo. Obviamente, también están disponibles las alternativas opuestas: afirmar por un lado que toda la responsabilidad civil es objetiva, por ejemplo por causación de daños, y que la culpa es una forma particular de causación; o reconocer que la negligencia no es una forma de responsabilidad objetiva, pero que ésta última es el fundamento principal de la responsabilidad civil y la regla de culpa una excepción justificada. Finalmente, pueden intentarse otras dos estrategias: las integradoras y las reduccionistas. Las integradoras afirman que la culpa y la responsabilidad objetiva encajan en un esquema coherente de justificación de la responsabilidad civil sin reducir una forma de responsabilidad a la otra, ni considerar que una sea principal y la otra excepcional. Las reduccionistas intentan mostrar que tanto la culpa como la responsabilidad objetiva derivan de la aplicación de otro principio más fundamental. El AED adopta esta estrategia al pretender explicar las reglas de responsabilidad en términos de eficiencia. Desde este punto de vista, las reglas de la responsabilidad civil son un mecanismo para asignar o distribuir las pérdidas generadas por las interacciones dañosas de modo que los agentes reciban los incentivos necesarios que nos permitan lograr el objetivo social de reducir el coste de los accidentes a un nivel razonable” (PAPAYANNIS, 2014, p. 33-34).

jurisprudencia acabó por introducir nuevos supuestos de culpa objetiva disfrazados de responsabilidad objetiva (GARCÍA AMADO, 2013, p. 90). Ahí jugaron un papel esencial nociones como la de “culpa levísima”, que en el fondo y muchas veces no era más que culpa presunta o culpa gratuitamente imputada al que dañaba. Es decir, un doble movimiento, primero de subjetivización de la responsabilidad objetiva y luego de objetivación de la responsabilidad subjetiva, sirvió para mantener la apariencia de que se conservaba la unidad sistemática y de fundamento del derecho de daños y que no había disonancia entre la pauta culpabilística general del 1902 del Código Civil y los supuestos legales de responsabilidad objetiva.

Toda responsabilidad vendría a tener una parte objetiva y una parte subjetiva, con lo que se llega al extremo de entender a veces que toda culpa conlleva el daño (se dice que en la culpa está la causa) y que todo daño implica algo de culpa. La consecuencia fue un casuismo desmelenado que la propia jurisprudencia tuvo luego que frenar. Casuismo porque esa posibilidad abierta de ver culpa en cualquier daño y de ver en cualquier daño culpa disolvía en pura discrecionalidad todo intento de acotar legalmente los casos diversos y sus soluciones debidas.

3 La responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo

El reacomodo teórico vino de la mano de la teoría del riesgo, en cuanto riesgo consumado en daño. Se dirá ahora que los casos de responsabilidad objetiva se explican como aquellos en que debe responder el que, aun actuando con plena diligencia y sin vulneración de ningún deber de cuidado, desempeña actividades que por sí suponen siempre un alto riesgo de daño y cuando, además, de dicha actividad lícita obtiene un beneficio. Ese responsable no lo es de su concreto hacer, que es un hacer en todos los sentidos lícito, sino que es responsable de una actividad genérica de la que, por así decir, se beneficia. Socialmente no conviene prohibir esa actividad que socialmente es conveniente o beneficiosa si se realiza debidamente y con los cuidados apropiados, pero sería injusto que ese sujeto pudiera así beneficiarse sin tener que compensar a costa de ese beneficio concreto los daños que cause a otros que no tienen más que el beneficio genérico resultante de aquella actividad.

Pero los problemas teóricos y de fundamento no desaparecen tampoco por esa vía. Si se asume que son tan distintos e independientes los fundamentos de la responsabilidad objetiva y la subjetiva, se evapora la esperanza de ofrecer una justificación común para ambas, para el conjunto de la responsabilidad por daño extracontractual. Si se quiere que, al menos en su núcleo, perdure tal fundamento común, nos vemos abocados a optar por una de estas dos maniobras, ambas de resultado bastante contraintuitivo o forzado: o bien entender que en el fondo de la responsabilidad objetiva por riesgo hay un componente de culpa, pues algo de culpa

tiene el que buscando su beneficio pone con su actividad en riesgo a los demás y aun cuando a los demás colectivamente no les conviene que esa actividad desaparezca; o bien reconducir la responsabilidad por culpa también a responsabilidad por riesgo, viendo en la conducta negligente una fuente de riesgo, de forma que la culpa no cuenta negativamente por ser tal, sino por ser la actitud “culposa” una fuente de riesgos sociales. (SALVADOR CODERCH; RUIZ GARCIA, 2002, p. 15).

Con todo, el mayor problema de la teoría del riesgo como teoría fundamentadora, general o de la responsabilidad objetiva, está en otro dato: en que no todas las actividades de riesgo-beneficio dan pie a una obligación de responder “objetivamente” por el daño, sino solamente unas pocas. No hay una norma general que “tipifique” la responsabilidad objetiva del que lleva a cabo actividades con alto riesgo de daño para terceros y que lo hace buscando un legítimo beneficio derivado de esas actividades, sino que la legislación nada más que contempla esa responsabilidad para unas pocas de ellas, a ejemplo de algunas actividades que generan riesgos ambientales. En consecuencia, lo que una teoría fundamentadora completa tendría que ser capaz de explicar es dónde está, en qué dato o principio, la justificación de ese reparto, de esa atribución de responsabilidades distintas a actividades del mismo tipo.

4 Características y límites del daño ambiental

En la temática de la responsabilidad civil, de derecho privado, lo que se protege son las personas y/o el patrimonio de ellas. Este es el primer obstáculo que encontraremos en el tema de la responsabilidad por daños al medio ambiente, eso porque los daños ambientales no se restringen a daños personales o patrimoniales, sino sobre todo al medio ambiente en sí mismo considerado. Así, los daños que una agresión pueda producir en la naturaleza son de dos tipos: o se producen daños en los bienes privados o en las personas (afectando la salud, por ejemplo) o, por otro, se producen daños al medio ambiente en sí mismo, que se denominan daños puramente ecológicos, puros o daños ambientales autónomos (ÁLVAREZ LATA, 2006, p. 1896; JORDANO FRAGA, 2000, p. 368).

Por ser el derecho al medio ambiente un derecho difuso, de titularidad colectiva, y que se afirma alcanzar no sólo a las presentes generaciones sino también a las siguientes, va más allá de los intereses o derechos privados. La teoría de la responsabilidad ambiciona compensar un daño causado a una persona o a su patrimonio, en virtud también de una concepción de sus igualdades aproximadas, sea en una relación contractual o extracontractual.

A partir de ese argumento de compensación entre partes, la teoría de la responsabilidad civil se debilita ante los daños eminentemente ambientales, ya que no se puede hablar en compensación cuando traemos a la discusión el referido sujeto que no existe (medio ambiente en sí) excluida la colectividad indeterminada.

El debate de la protección del medio ambiente encuentra, a principio, dos grandes limitadores frente a la teoría tradicional de la responsabilidad civil: por un lado la responsabilidad frente a un daño puramente ecológico, y de otro lado el daño ambiental producido a la colectividad indeterminada, una suma de sujetos que no se puede precisar cuántos, dónde y en qué tiempo.

Ost y Hoecke, (1999, p. 607) defiende que la desconsideración del elemento tiempo, o mejor, la concepción de instantaneidad presente en los conceptos de reparación de daño (frente al contrato celebrado o no), hace del presente cada vez más vacío mientras que el pasado y el futuro cada vez más distante, como si no interesara, y aun más abierto e incierto. Para este autor hay que repensar las ideas de contrato, simetría y reciprocidad para que así puedan ser superados dos grandes obstáculos: “la idea de que sólo se justifican las obligaciones recíprocas y aceptadas por cada una de las personas afectadas (contractualismo) y la presuposición según la cual las generaciones lejanas no pueden afectarnos en absoluto (instantaneismo)” (OST, HOECKE; 1999, p. 613).³

Las relaciones de responsabilidad pautadas en la simetría y el diseño de instantaneidad no permiten incluir a las generaciones futuras. Esta idea de responsabilidad por daños causados a las futuras generaciones planificada por Ost y Hoecke encuentra límites en algunas cuestiones: tienen las futuras generaciones derechos? ¿De qué tipo es esta responsabilidad? ¿Cómo serían indemnizadas estas futuras generaciones?

En líneas generales, la conceptualización de lo que se entiende por un sujeto responsable apunta a algunos elementos tenidos como necesarios para que nazca una obligación de indemnizar: 1) conducta activa o omisiva de la persona a la que se reclama la indemnización; 2) que tenga un criterio de imputación (sea culpa, riesgo, beneficio, etc.); 3) la existencia de un daño que la víctima (otra persona) no tiene el deber de soportar y un derecho jurídicamente tutelado; 4) la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño.

A partir de la transformación que viene sufriendo la teoría de la responsabilidad civil a través de los tiempos, de los elementos arriba mencionados, se afirma que sólo la propia existencia del daño, por un lado, y por otro su atribución a un determinado sujeto en virtud de un adecuado el título de imputación, quedan como elementos necesarios para configurar una obligación de indemnizar, para que se pueda decir que se está ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Faltando sólo uno de ellos, la responsabilidad desaparece (MIGUEL PERALES, 1997, p. 81).

En general, el daño es normalmente señalado como un perjuicio o menoscabo que se ocasiona a algo o a alguien, pero sin que esa sea la manera exacta y completa

3 Es lo que François Ost llama miopía temporal, que compromete cada vez más la discusión de responsabilidad entre generaciones presentes y futuras. Pérdida del sentido de comunidad temporal que vincula entre sí a las generaciones (1999, p. 613).

encontrada por el derecho de definir lo que sea un daño⁴. Es el principal elemento de la responsabilidad, la razón de ser de la responsabilidad.

Si no hubo daño, o si no fue posible determinarlo o evaluarlo, el esfuerzo relativo a la determinación de la autoría o a la calificación moral de la conducta quedará inútil:

Es el primer elemento de la responsabilidad – al decir de Orgaz – en la consideración metódica no cronológica, ya que desde ese punto de vista es el último como consecuencia o resultado de la acción antijurídica, pues si no hay daño, es superfluo indagar la existencia o inexistencia de los otros componentes del acto ilícito. (GOLDENBERG *apud* HENAO 2002, p. 12).

Así, de nada sirve buscar primero la culpa para luego verificar si existe daño. Puede que no haya culpa y sin embargo declararse responsabilidad. El resarcimiento del daño es que configura el objeto de la institución de responsabilidad.

Para Henao, el daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima, que debe ser resarcida aplicando la regla de la indemnización integral del daño, por lo que no puede haber daño fuera del patrimonio de una persona (2002, p. 4).

La noción de lo que es patrimonio gana pues relevancia: ¿Sería la noción de patrimonio esencialmente pecuniaria, o sea, los derechos que no tienen significación pecuniaria quedarían fuera del patrimonio?

Para aquel autor, las personas sólo poseen un patrimonio, y en él estarían insertados todos los bienes y derechos de que dispone. Así, se incluye en ese concepto también los daños extrapatrimoniales, una vez que en su entendimiento el patrimonio está formado por bienes materiales e inmateriales, incluyendo como daño tanto lucro cesante como daño moral. Además, dentro del patrimonio del ser humano (único sujeto de derechos) se encuentran tanto su esfera propiamente individual como aquella social - derechos individuales subjetivos y derechos colectivos (HENAO, 2002, p. 6).

Así, en relación a los derechos colectivos o también a los derechos difusos, cada miembro de esa colectividad es titular de un fragmento de un interés supuestamente lesionado por un daño colectivo o un daño difuso, pues los derechos colectivos son aquellos destinados a proteger las necesidades de la colectividad o de un sector de esa.

Si la responsabilidad civil, según la teoría tradicional, sería una medida de reparación y defensa de los intereses patrimoniales individuales, como medida de reparación de daños particulares o privados que sufra una persona, en cierta medida causa una distorsión en el entendimiento de lo que es daño ambiental, que, de inicio, se proyecta sobre un interés difuso cual sea el medio ambiente en sí. El ser humano

4 “[...] no hay en todo el derecho una jungla más impenetrable que la que rodea a la palabra daño. Todo el mundo está de acuerdo en considerar que es imposible definirla de manera exacta y completa.” (RÉMOND-GUILLOUD *apud* ANTEQUERA, 2004, p. 19).

como titular de derechos colectivos, cuando es afectado por un daño, trasciende lo estrictamente individual. (ÁLVAREZ LATA, 2006, p. 1890).

Podríamos indagar primero si sólo los daños ambientales que afectan a las personas o sus patrimonios, con carácter de individualidad, son resarcibles por medio de la responsabilidad civil, y se abarcarían de esa forma los daños puramente ecológicos o de degradación ambiental.

Así, cuál es el sentido, el límite de la expresión daño ambiental? Para la teoría tradicional de la responsabilidad civil es demasiado amplia, ya que tendría que sufrir restricciones para alcanzar solamente los daños que, degradando el medio ambiente, afecten y perjudiquen a un interés privado, y los demás requisitos del daño resarcible.

Henaos hace la distinción entre Daño Ambiental Puro (en sí mismo) y el concepto que denomina Daño Ambiental Consecutivo. En ese último estarían incluidas las repercusiones en el medio ambiente pero con respecto a una persona determinada, o sea, las repercusiones que una contaminación o deterioro causan a la persona o a sus bienes particulares, mientras el Daño Ambiental Puro no afecta a una u otra persona determinada, sino exclusivamente al medio ambiente en sí mismo considerado, es decir, los bienes ambientales como agua, flora, fauna, aire, etc. (HENAOS, 2002, p. 10).

El Código Civil Español, cuando trata del daño y de la responsabilidad, exige expresamente que el daño sea causado de una persona a otra persona, y no a un ente que no sea titular de derechos, como el medio ambiente en sí o a las futuras generaciones:

Artículo 1902

*El que por acción u omisión **causa daño a otro**, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.* (destaque nuestro).

Aquí la dificultad de configuración ante un supuesto de Daño Ambiental Puro, producido al medio ambiente en sí mismo.

5 La imputación del daño

En general se dice que un sujeto es responsable cuando no cumple un deber o una obligación o causa un daño a otro, siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable, contractual o extracontractual. Aquí nos interesa apenas los daños generados por obligaciones extracontractuales.

En este tema de imputación del daño a una persona son varios los problemas lógicos y conceptuales presentados. Es decir, determinar que una causa fue productora de determinado efecto, y que éste se puede atribuir a determinada persona, siempre ha

sido de las tareas más difíciles en el ámbito de la responsabilidad y que diversas teorías de la causalidad ya se planificaron con esa finalidad sin que hayan alcanzado establecer parámetros adecuados para cumplirla.

La imputación sería la atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, atribuido o aplicable a una o varias personas que, por lo tanto, deben en principio repararlo (HENAO, 2002, p. 20). Por atribución jurídica entendemos que tanto ese hecho dañino puede ser imputado a una persona porque causó directamente el daño o por el simple hecho de no haber evitado o de aun haber permitido ese resultado dañino, como la responsabilidad por omisión.

En materia ambiental hay casos con significativa dificultad de elegir a la persona responsable, así como la dificultad de establecer el nexo de causalidad. Todo ello por la frenética pluralidad de agentes contaminantes; la eventual distancia entre la emisión del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos (como las lluvias ácidas, por ejemplo), además de los daños que se prolongan mucho en el tiempo o que hay una inmensa dificultad para determinar el real alcance de los mismos, etcétera.

Varios también son los ejemplos de casos que comprueban esas dificultades apuntadas de establecer el nexo causal de daño ambiental. Pensemos en un caso de contaminación del aire o del agua y que es muy común que entre el acto de contaminación y sus efectos dañinos transcurra un tiempo que dificulte la determinación del causante. La técnica de buscar relaciones inmediatas, directas y exclusivas entre causa y daño no funcionan debidamente en la mayoría de los supuestos de responsabilidad ambiental. Muchas veces debe despreñar las pruebas directas y contundentes para buscar causas mediatas, indirectas y concurrentes. (GOMIS CATALÉ, 1998, p. 207).

En lo que se refiere a la dificultad de determinación del responsable, ésta puede derivarse tanto de la ausencia de identificación del (los) responsable(s) en el momento del daño como de los múltiples contaminantes que se entrecruzan, siendo todos contaminantes potencial y que no hay cómo determinar con precisión qué parte de contaminación toca a cada uno separadamente.

En estos supuestos de responsabilidad, se apunta la responsabilidad solidaria como salida para la imposición, pero que debe poseer límites y excepciones bajo pena de no caer en “responsabilidad de todo el mundo” (HENAO, 2002, p. 23).

Sin embargo, son características especiales presentes en la mayoría de los supuestos de daños ambientales en sí el carácter de daños colectivos (muchas veces colectividad indeterminada), daños continuados (en el sentido que perduran en el tiempo), de difícil comprobación y la adopción de medidas preventivas. Estas características lo alejan aún más de la teoría general del derecho de daños.

Los daños ambientales, en la mayoría de los casos, afectan a una pluralidad de personas, indeterminables, y así pueden tener varias demandas presentadas en relación

a una misma actividad dañina. Esto trae un gran problema para la teoría o fundamento filosófico de la responsabilidad porque toca cuestiones relativas también a la legitimidad activa, sin hablar de la dificultad de las pruebas; del resarcimiento (como se hace) o de la protección definitiva de los intereses de la colectividad, ya que no se ofrece respuesta a esos casos frente a los esquemas tradicionales de responsabilidad civil.

Otra dificultad que presentan los daños ambientales es la característica de que son, muchos de ellos, continuados. Es decir, no son normalmente consecuencia de una acción localizada en un único punto temporal, pero pueden ser producto de un largo proceso dilatado en el tiempo.

6 A modo de conclusión

El derecho de daños presenta un entramado de derechos y correlativas obligaciones, y en esa correlación de derecho y obligaciones habría una antecendencia de los derechos. Su razón de ser última es la protección de ciertos derechos básicos de las personas, razón por la que se estatuyen obligaciones cuya vulneración se traduce en la imposición de esa peculiar consecuencia jurídica que es la obligación de reparar el daño al dañado, obligación que recae en el sujeto concreto que vulneró el derecho correspondiente de alguien.

Como explica también Coleman, en ciertos pasajes de su obra, habría una obligación primaria consistente en el deber de evitar el daño, sea mediante abstenciones o mediante acciones positivas, y una obligación derivada que es la de reparar el daño acontecido en vulneración de aquella obligación primaria.

De inmediato se ha de precisar una nueva escala conceptual. En cuanto componentes principales del derecho de daños, hablamos de obligaciones y derechos legales, positivos, puestos por el respectivo sistema jurídico en sus normas. Pero no nos estamos moviendo en el puro plano de la dogmática del derecho de daños, el de aquella parte de la ciencia jurídica que sistematiza, explica e interpreta ese peculiar conjunto de normas tal como la legislación y la jurisprudencia lo han configurado en cada lugar.

No todo daño cuenta como daño indemnizable y, por consiguiente, se quiere averiguar por qué determinados daños se toman en consideración y otros no, por qué la responsabilidad por los mismos se imputa a ciertos sujetos y por qué varían las condiciones para tal imputación, fundamentalmente por qué en unas ocasiones la imputación de responsabilidad requiere culpa y por qué en otras ocasiones dicha imputación se hace al margen de cualquier forma de reproche subjetivo, como responsabilidad objetiva.

Evidentemente, en todos los casos el gran problema lo presenta la responsabilidad objetiva, aunque también se suscitan cuestiones similares en relación con el elemento de la causalidad, entre otros.

Nota

* El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R “CONFLICTOS DE DERECHOS: TIPOLOGIAS, RAZONAMIENTOS, DECISIONES” (Ministerio de Economía y Competitividad de España), del que el Prof. Dr. Juan Antonio García Amado es el investigador principal, y de cuyo equipo de investigación también forma parte la coautora.

Referencias

- ÁLVAREZ LATA, Natalia. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. In. FERNANDO REGLERO CAMPOS, L. (Coord) *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3. ed., Ed. Aranzadi, 2006.
- BERNAL, C. P. Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva? In. M. PAPAYANNIS, Diego (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- GARCÍA AMADO, J. A. ¿Quién responde por la mala suerte de cada uno? In. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- _____. Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas. In. Herrador Guardia, Mariano J., *Derecho de daños 2013*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013a.
- _____. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. In. BERNAL PULIDO, Carlos; FABRA ZAMORA, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013b.
- HENAO, Juan Carlos. Responsabilidad de Estado Colombiano por el Daño Ambiental. *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, ISSN 1139-5087, n. 5, 2002.
- JORDANO FRAGA, Jesús. Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho Publico: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra lege ferenda. REDA, 107, p. 351-371, jul/set 2000.
- MIGUEL PERALES, Carlos de. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. 2. ed. Madrid: Cívitas, 1997.
- OST, François; van HOECKE, Mark. Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. *Doxa*, n. 22, 1999.
- PAPAYANNIS, D. M. Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología. *Isonomía*, n. 37, p. 61-97, 2012.
- _____. Introducción. Veinte años de *Riesgos y daños*. In. PAPAYANNIS, Diego M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Madrid: Marcial Pons, 2013a.
- _____. Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad. In. PAPAYANNIS, Diego M. (ed.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013b.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCIA, Pablo. Riesgo, Responsabilidad objetiva y negligencia. *InDret*. Barcelona, Abril, 2002.