

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL.

CRISTIÁN BANFI¹

SUMARIO

Este trabajo examina la responsabilidad civil como mecanismo de control ambiental (esto es, para la prevención y la reparación del daño ambiental *per se*) en el Derecho Comunitario europeo y en el Derecho chileno. Se basa en la doctrina anglosajona y nacional y en sus respectivos ordenamientos legales. Intenta comparar los fundamentos y los fines generales de las responsabilidades por culpa y estricta. Luego, confronta la responsabilidad civil con el Derecho Administrativo (regulación) en cuanto hace a la protección ambiental. Concluye con una reflexión sobre las perspectivas de la responsabilidad civil –con sus notas características– como medio más o menos eficiente para acometer el daño al entorno ecológico.

La responsabilidad civil es uno de los mecanismos utilizados por el derecho ambiental, disciplina política dotada de un marco legal autónomo que intenta alcanzar niveles de contaminación razonables. Parece indudable que tanto en el derecho extranjero² como en el derecho nacional esta debe jugar algún papel en pro de un sistema ambiental

1 Profesor Asistente de Derecho Civil, Universidad de Chile. LL.M. University of Cambridge (2002), Magíster en Derecho Privado Universidad de Chile (2000), Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile (1994). Se agradecen las valiosas observaciones del profesor Enrique Barros B. El presente artículo corresponde, sustancialmente –y salvo alguna incorporación de jurisprudencia–, a su homónimo publicado en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, N°2, julio 2004, pp. 19-70.

2 En sus versiones anteriores, este artículo se refirió particularmente a dos proyectos legislativos de la Unión Europea (“UE”): (i) el “Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental” (“Libro Blanco”) de la Comisión de las Comunidades Europeas (“Comisión”) (COM/2000/066 final Brussels 9.2.2000); y (ii) la “Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental en materia de Prevención y Reparación del Daño Ambiental” (“Propuesta”) (COM/2002/17 final Brussels 23.1.2002). Sin embargo, durante la última revisión del presente artículo apareció publicada en el Diario Oficial de la UE (21 de abril de 2004) la “Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medio ambientales” (“Directiva”). Esta regulación entró en vigencia en la fecha antes citada, sin perjuicio que para su incorporación en los derechos

efectivo, eficiente y equitativo³. El dilema, que no debe estar ajeno al debate jurídico chileno, es justamente precisar dicho rol.

Este trabajo comienza exponiendo el caso europeo en el que, admitiéndose las limitaciones estructurales de la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental, sin embargo, se confía en la misma para atender tal propósito. Prueba de esto es el intento de armonizar el derecho de daños en la UE.

Enseguida, describe y analiza los modelos centrales de atribución de responsabilidad civil, a saber: por culpa (subjettiva) y estricta (objetiva). Para ello considera algunas de las principales justificaciones filosóficas, económicas y normativas del derecho de daños *vis-à-vis* la prevención y reparación del daño ambiental⁴.

Luego se comparan las virtudes y defectos de aquél con los de la regulación (derecho administrativo), que constituye la técnica por antonomasia de control de los riesgos ambientales.

El artículo culmina con una toma de posición sobre la entidad del aporte que el derecho de daños puede brindar a la protección del entorno ecológico⁵.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REGULACIÓN COMO INSTRUMENTOS LEGALES DE CONTROL AMBIENTAL.

a) La prevención, la reparación y la restauración ambientales son perseguidas, dejando aparte los instrumentos de mercado, mediante la responsabilidad civil y el derecho público (penal y administrativo). En sentido ortodoxo, el derecho de daños se concentra en los intereses personales ínsitos en la relación entre víctima y victimario, identificados con el patrimonio personal y material de los individuos. Sin embargo, la responsabilidad civil cumpliría un papel incidental respecto del daño ambiental *per se*⁶, reaccionando ante la infracción de las normas o regulaciones vigentes⁷.

internos de cada uno de los Estados Miembros ("EM") se otorga un plazo que expira el 30 de abril de 2007 (art. 19 N°1). La Directiva reitera sustancialmente el contenido y el sentido de la Propuesta.

3 LARSSON, M., *The Law of Environmental Damage*, Stockholm, Kluwer, 1999, p. 397.

4 Entendido en sentido puro (daño ecológico), mas sin prescindir del daño patrimonial y moral de la persona que es secuela de aquél.

5 Este trabajo se originó en un paper escrito por el autor con motivo de sus estudios de postgrado en Inglaterra. Por eso se basa en doctrina anglosajona y derecho comunitario (UE). No obstante, con posterioridad se ha intentado vincularlo con algunos de los aspectos más relevantes del sistema chileno de responsabilidad civil por daño ambiental.

6 Cf. BELL, S. & MCGILLIVRAY, D., *Environmental Law. The Law and Policy relating to the Protection of the Environment*, London, Blackstone Press Limited, 5th ed., 2000, pp. 18-19; 257; 277; 280. Se sostiene que el sistema jurídico sólo puede proteger derechos de propiedad vía reparación de perjuicios, en la medida que el daño sea perceptible. Cf. OGUS, A.I. & RICHARDSON, G.M., "Economics and the Environment: A Study of Private Nuisance", en HUTTER, B. (ed.), *A reader in Environmental Law*, Oxford, OUP, 1999, p. 83.

7 Cf. THORNTON, J. & BECKWITH, S., *Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, p. 70; STEWART, R., "Economic incentives for environmental protection: opportunities and obstacles", en REVESZ, R. (ed.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge, CUP, 2000, p. 178, n. 11.

Por una parte, se ha producido un desplazamiento de la preocupación ambiental desde los derechos privados hacia el medio ambiente en sí, circunstancia que ha llevado a reconsiderar la definición del daño ambiental, las fuentes y los efectos de la contaminación, los intereses protegidos, los umbrales de daño permisible y los recursos legales⁸. Por otra parte, la responsabilidad civil trata en forma *ex post* un daño individual y accidental. Así su potencialidad preventiva y resarcitoria del daño ambiental es más bien modesta, máxime que, frecuentemente, el daño ecológico es permanente, progresivo y latente, toda vez que suele exteriorizarse con bastante posterioridad a la intervención del hecho o los hechos causantes del mismo⁹. Las limitaciones estructurales de la responsabilidad civil afectan principalmente la causalidad, la retroactividad, la identificación de los contaminadores y las fuentes de polución, la evolución en el conocimiento y comprensión ambientales y la valoración social de actividades riesgosas. Estos problemas, recurrentes en los juicios sobre responsabilidad civil, colisionan con el espíritu ambientalista. Esto se aprecia en circunstancias como la dificultad para conciliar la razonabilidad y la previsibilidad (propias de la lógica causalista de la responsabilidad civil) con un daño a menudo impredecible, la compleja prueba de los daños difusos¹⁰ y la *prima facie* precaria eficacia preventiva del derecho de daños¹¹. Parecería que el mérito de la responsabilidad civil ambiental se reduciría a una hipótesis bastante absurda: el “daño ecológico” concebido como una especie de daño moral (es decir, el sufrimiento padecido por un particular a raíz del daño al entorno). Esto negaría al medio ambiente *per se* la titularidad de derechos e implicaría entenderlo simplemente como un eslogan que oculta la necesidad social de fondos públicos para descontaminar¹².

b) De ahí que se postule que el daño ambiental puro puede ser acometido más eficazmente por el regulador, dictando desde arriba órdenes, estableciendo controles, imponiendo sanciones penales y aplicando impuestos. La autoridad también puede exigir a los privados que contribuyan a los fondos ambientales. Asimismo, esta también puede definir las infracciones ambientales en términos de conductas prohibidas más que de daños inferidos, eludiendo el complejo problema de la causalidad.

Estas ventajas del derecho público lo hacen en principio preferible como el principal instrumento de control de riesgos ambientales en una etapa temprana de gestión.

8 Cf. Larsson (n.3), pp. 113, 119, 143-145.

9 Cf. KRÄMER, L., “Environmental Liability at Community level”, en KRÄMER, L. (ed.), *Focus on European Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 1997, p. 149; KRÄMER, L., *EC Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 4th ed., 2000, p. 122; WETTERSTEIN, P., “A proprietary or possessory interest: a *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?”, en WETTERSTEIN, P. (ed.), *Harm to the Environment: the right to compensation and the assessment of damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 30.

10 En efecto: “No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. 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 medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales” (Directiva, consid. 13^o). La Directiva sólo se aplica a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de ellos, causados por una contaminación difusa cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos (art. 4 N^o1). Cf. Propuesta (consider. 9^o, art. 3.6).

11 Cf. BELL & MCGILLIVRAY (n.6), pp. 277-280; HUGHES, D., *Environmental Law*, London, Butterworths, 3rd ed., 1996, p. 37; WETTERSTEIN (n.9), p. 31; KRÄMER (1997/n. 9), p. 151.

12 Cf. CANE, P., “Are environmental harms special?”, en *Journal of Environmental Law*, 13, Oxford, 2001, pp. 3ss.

La regulación propende a la reparación *in natura* del daño al entorno “sin dueño” (i.e. distinto del daño patrimonial sufrido por un particular a consecuencia del daño al medio ambiente), estigmatiza las conductas prohibidas y brinda una extensa legitimación activa. En cambio, bajo la responsabilidad civil, amén de los inconvenientes ya aludidos, no puede asegurarse que las víctimas destinarán la indemnización a la restauración ambiental, es de suyo difícil evaluar los costos de restauración y el *locus standi* es limitado¹³.

En razón de lo anterior, se asignan al derecho administrativo tareas tales como las de reformar el sistema de acciones para implementar el Principio Quien Contamina Paga (“QCP”), fijar los límites de polución (cuya transgresión generará responsabilidad) y establecer estándares de restauración del entorno dañado. Como resultado de la ejecución de dichas funciones, los jueces dispondrían de criterios razonables en lugar de incurrir en posturas extremas o evaluaciones puramente matemáticas para cuantificar el daño ambiental, por ejemplo, la factibilidad técnica de los costos de reparación ambiental y el uso no comercial de los recursos naturales a ser restaurados¹⁴. En este escenario la responsabilidad civil operaría como un complemento de la regulación ambiental: mientras la regulación atendería intereses sociales con prescindencia de los costos y la disponibilidad de recursos técnicos, el derecho de daños pondría a prueba los criterios y decisiones de la autoridad¹⁵.

2. EL CASO DE LA UE.

a) La situación en la UE refleja en cierta medida la visión antes expuesta. En efecto, no obstante considerarse que la responsabilidad civil es inadecuada para remediar daños globales y proteger los derechos de las futuras generaciones, se la estima eficaz para tratar el daño de los particulares (resultante del daño ecológico) y para sancionar infracciones a las regulaciones ambientales. El derecho de daños es asimilado a una técnica administrativa con la que se intenta prevenir los daños ambientales y restaurar el medio ambiente lesionado por quienes emprenden actividades nocivas al mismo en los EM¹⁶.

13 Cf. BERGKAMP, HUNTON & WILLIAMS, “The Commission’s White Paper on Environmental Liability: a weak case for an EC strict liability regime”, en *European Environmental Law Review*, 9, Amsterdam, 2000, pp. 144-145; LARSSON (n.3), pp. 148, 150-152, 397, 403, 614; JONES, B., “Deterring, compensating, and remedying environmental damage: the contribution of tort liability”, en WETTERSTEIN (n.9), pp. 14, 16, 25. Se reclama el *locus standi* respecto del daño ambiental, tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Cf. WETTERSTEIN (n.9), pp. 31, 54.

14 Cf. BIANCHI, A., “Harm to the Environment in Italian practice: the interaction of International Law and Domestic Law”, en WETTERSTEIN (n. 9), p. 129; WILDE, M., “The EC Commission’s White Paper on Environmental Liability: issues and implications”, en *Journal of Environmental Law*, 13, Oxford, 2001, pp. 32-33.

15 Cf. LEE, R.G., “From the Individual to the Environment: Tort Law in turbulence”, en LOWRY, John & EDMUNDS, R. (eds.), *Environmental Protection and the Common Law*, Oxford, Hart, 2000, pp. 89-90; SHAVELL, S., “Liability for harm versus regulation of safety”, en REVESZ, R. (ed.), *Foundations of Environmental Law and Policy*, Oxford, OUP, 1997, pp. 148-149; STANTON, K. & WILLMORE, C., “Tort and Environmental Pluralism”, en LOWRY, J. & EDMUNDS, R. (eds.), *Environmental Protection and the Common Law*, Oxford, Hart, 2000, p. 111.

16 Cf. “Libro de Trabajo sobre Prevención y Restauración de Daño Ambiental Significativo” de la Dirección General de Medio Ambiente de la UE, Julio de 2001. Este documento refleja la opción regulatoria de la UE, pues exige de los EM la eliminación del “Daño Ambiental Significativo” (“DAS”) y la restauración de los sitios contaminados. Sin embargo, no existe evidencia sobre el efecto preventivo anexo a la indemnización del DAS; es más, parece innecesario prevenir el DAS por ese medio pues la regulación contiene incentivos para su observancia. De este modo, esta deviene más segura que la responsabilidad civil que, por lo demás, se

Empero, una responsabilidad “civil-administrativa” podría fusionar lo peor del derecho privado y del derecho público. Por una parte, como reactivo ante la infracción de la regulación ambiental el derecho de daños haría más costoso el cumplimiento forzado de aquélla sin predecir necesariamente las causas del daño ambiental. Por otra parte, al estar basada en normas rígidas (“inventarios de actividades peligrosas”), la responsabilidad civil perdería su flexibilidad natural frente a los cambios en el conocimiento científico del medio ambiente.

Más relevante aún, con o sin la impronta administrativa, la responsabilidad civil ambiental es un discurso causalista que implica un intrincado juicio de previsibilidad y una difícil identificación de las fuentes del daño ecológico. Además, incluso si los contaminadores son detectados, ellos pueden no encontrarse en la mejor posición para evitar el daño ambiental y, de hecho, su insolvencia puede frustrar las acciones de restauración ambiental. En fin, la prevención, la reparación y la restauración ambientales podrían lograrse con mayor probabilidad por medios diversos. Así, por ejemplo, el derecho penal sería más útil para tales propósitos, pues cumple una función simbólica que estigmatiza y castiga comportamientos tipificados como infracciones ambientales.

Con todo en la UE se insiste en una responsabilidad civil uniforme como medio de prevención y reparación del daño ambiental puro¹⁷. Los intentos legislativos traslucen la confianza en esta como un instrumento de protección ambiental apropiado, en un mundo donde reina la incertidumbre y el daño ambiental no respeta límites espaciales ni temporales¹⁸. Es evidente, sin embargo, que el tratamiento de ese interés político difuso bajo el lente del derecho privado exige importantes ajustes¹⁹.

b) Entre los objetivos primordiales del derecho ambiental destaca la reducción de las fuentes y de los niveles de contaminación. Mas su consecución pasa por considerar dos realidades: la imposibilidad de restaurar completamente el entorno afectado²⁰; y la circunstancia que el daño ambiental proviene de conductas que, lejos de ser inmorales *per se*, están inspiradas por la racionalidad económica e incluso frecuentemente generan

discute en litigios con resultados impredecibles. Cf. BERGKAMP, L., “The Commission July 2001 Working Paper on Environmental Liability: Civil or Administrative Law to prevent and restore environmental harm?”, en *Environmental Liability*, 9, Witney (Oxford), (2001a), pp. 211, 214, 216; BERGKAMP, L., “The proposed EC Environmental Liability Regime and EC Law Principles”, en *Environmental Liability*, 9, Witney (Oxford), (2001b), p. 253.

17 “(...) el problema esencial en este contexto no es si las reglas de responsabilidad son deseables (...) sino si es deseable promulgar reglas de nivel comunitario en lugar de dejar enteramente el problema a nivel nacional”. Cf. Memorando Explicativo, Propuesta; WILDE (n.14), 37; FAURE, M. & DE SMEDT, K., “Should Europe harmonise environmental liability legislation?”, en *Environmental Liability*, 9, Witney (Oxford), 2001, p. 221; REHBINDER, E., “Towards a Community Environmental Liability Regime: the Commission’s White Paper on Environmental Liability”, en *Environmental Liability*, 8, Witney (Oxford), 2000, p. 87.

18 Cf. Bell & McGillivray (n.6), pp. 19, 32, 285; Lee (n.15), pp. 77-83.

19 Uno de esos cambios consiste en la ampliación del *locus standi*. Cf. WILDE (n.14), pp. 30-31; REHBINDER (n.17), p. 89. La Directiva confiere legitimación activa a toda persona –natural o jurídica– afectada real o potencialmente por un daño medioambiental, o que tenga un interés suficiente en la toma de decisiones medioambientales relativas al daño o que alegue la vulneración de un derecho, pudiendo requerir a la autoridad competente que adopte las medidas contempladas en dicha regulación (art. 12). Véase Propuesta (arts. 2.14 y 14).

20 Cf. Krämer (1997/n.9), p. 151; Larsson (n.3), pp. 22-23.

importantes y positivos efectos. Luego el *quid* es fijar el volumen de contaminación socialmente óptimo, es decir, el punto donde los beneficios exceden los costos sociales²¹.

Según enseñan los principios de Precaución y de Prevención (orientados, respectivamente, a prevenir daños ambientales inciertos y a evitar daños típicamente asociados a ciertas actividades), los riesgos tolerables quedan fuera del ámbito de protección del derecho de daños e integran la esfera de libertad para emprender actividades nocivas al ambiente²². Por lo tanto, una política de prohibición *general* de la polución es irreal. Sólo en contextos muy circunscritos –a partir de una moralidad socialmente aceptada, como los derechos de las futuras generaciones- podría justificarse la preservación a ultranza del medio ambiente. Este propósito podría conseguirse mediante reglas de inalienabilidad con efectos distributivos y que incentiven una intervención estatal vehemente²³.

Aunque la contaminación no es de suyo inmoral ni inicua para la sociedad, en todo caso es necesario un cierto nivel de protección ambiental. Si la responsabilidad civil –tildada por algunos, con indudable exageración, como un instrumento esencial de último recurso²⁴- propende a un control ambiental razonable, es una cuestión empírica pendiente.

c) Con todo persisten dudas sobre la conveniencia de uniformar la responsabilidad civil ambiental en la UE²⁵. Si bien se estima que la armonización jurídica propende a la calidad ambiental mediante la definición de las metas y del daño ambiental, respetando la autonomía de los EM para implementar instrumentos específicos²⁶, es incierto si la responsabilidad civil puede contribuir al mismo objetivo fuera de sancionar infracciones de la regulación ambiental²⁷. En efecto:

(i) Se controvierte si la responsabilidad civil uniforme fomenta la competencia libre y transparente. Frente al temor de que las empresas puedan aprovecharse de las ventajas económicas resultantes de reglas por daños más blandas en ciertos EM, parece improbable que éstos procuren rebajar los estándares ambientales para así captar nuevas inversiones. Es más, existe evidencia que sugiere que los agentes económicos preferi-

21 Cf. Revesz (n. 15), pp. 3-4.

22 Cf. Bergkamp (n.16/2001b), pp. 256-257.

23 Cf. CALABRESI, G. & MELAMED, D., "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral", en *Harvard Law Review*, 85, Cambridge (Massachusetts), 1972, pp. 1093, 1123-1124.

24 Cf. LISTER, Ch., *European Union Environmental Law. A guide for industry*, Sussex, Wiley, 1996, p. 127. Puede comprenderse la relegación de la responsabilidad civil a un segundo plano si se concibe como un mecanismo que reacciona para sancionar las infracciones a las regulaciones ambientales. Sin embargo, de ahí a situarla en un plano paralelo al derecho penal, parece excesivo. En verdad el carácter de subsidiario (o *última ratio*) es propio del derecho penal, dada la entidad de los bienes jurídicos que castiga y los recursos extremos de que se vale para lograr ese fin y la prevención (general y especial).

25 Es más, se llega a señalar que un esfuerzo de esa envergadura sería inconducente y representaría una "preocupación soporífera y pacificadora". Krämer (1997/n. 9), pp. 49, 153.

26 Cf. Bergkamp (n.16/2001b), p. 252; Faure & de Smedt (n.17), pp. 232-233, 236; Bergkamp, Hunton & Williams (n.13), p. 108; Larsson (n.3), p. 617; Rehbinder (n. 17), p. 90.

27 A juicio de Bianchi, un sistema unitario de responsabilidad por daño ambiental aseguraría un alto nivel de protección y una distribución razonable de los recursos económicos en Europa, mientras que estos fines peligrarían con regímenes nacionales tan disímiles. BIANCHI, A., "The harmonization of laws on liability for environmental damage in Europe: an Italian perspective", en *Journal of Environmental Law*, 6, Oxford, 1994, p. 41.

rían radicarse en EM con regímenes de responsabilidad ambiental más rigurosos y, por ende, cabe presumir, mejor diseñados para el control ambiental²⁸.

(ii) Asimismo, es muy discutible que la armonización de la responsabilidad civil disminuya la litigación. Por el contrario, este efecto derivaría precisamente de la ausencia de directivas ambientales en la UE²⁹. En cambio, el volumen de litigación aumentaría producto de la violación de los nuevos umbrales de daño ambiental fijados en las reglas uniformes³⁰.

(iii) Enseguida, aunque unas reglas uniformes más rigurosas que las vigentes en cada EM podrían evitar la discriminación entre el daño ambiental internacional y el doméstico³¹, los contrastes geográficos, ecológicos, económicos y políticos entre los EM justificarían un tratamiento legal diferenciado de ambas clases de daño³². Lo anterior a pesar de las posibles consecuencias negativas, *inter alia*, la expansión de las economías de escala³³, los problemas vinculados a reglas disímiles, a la interpretación legal, a los niveles de desarrollo e infraestructura, estándares, distribución de las empresas, comercio y competencia³⁴.

(iv) Por último, es cuestionable que una responsabilidad civil uniforme garantice la vigencia del Principio QCP. Este ordena internalizar los costos de contaminación de las actividades inicuas al medioambiente; vale decir, los referidos a la indemnización de daños, la prevención y el aseguramiento de la responsabilidad, la investigación y el desarrollo de tecnologías más limpias ("I&D")³⁵. Además, dicho principio manda distribuir tales costos entre los contaminadores y/o al interior de la sociedad³⁶. Este principio impediría también que los terceros soporten los costos de reducción del daño ambiental incluidos en los precios de los bienes y servicios que adquieren³⁷. Asimismo, este serviría los objetivos ambientales³⁸ y, en la medida que la autoridad pública garan-

28 Cf. FAURE & DE SMEDT (n. 17), pp. 221, 226; BERGKAMP (n. 16/2001b), p. 252; BERGKAMP, HUNTON & WILLIAMS (n.13), p. 106; BIANCHI (n. 27), pp. 33, 40; "(...) no existe evidencia empírica sobre la distorsión de los mercados a consecuencia de la mantención de los sistemas de responsabilidad en los Estados miembros", TURRAL-CLARKE, "Civil Liability for environmental damage in Europe", en *Cambridge Academic*, Cambridge, 1993, p. 12.

29 Cf. SOMSEN, H., "The Private Enforcement of Member State compliance with EC Environmental Law: an unfulfilled promise?", en SOMSEN, H. (ed.), *Yearbook of European Environmental Law*, Oxford, OUP, 2000, Vol. 1, p. 351.

30 Cf. Wilde (n. 14), p. 24.

31 Cf. Wilde (n. 14), p. 23.

32 Cf. Propuesta (art. 17).

33 Cf. BERGKAMP (n.16/2001b), p. 255. La competencia entre normas de distintos Estados incentivaría tanto la distribución de eficiencia como la incorporación del precio del derecho a contaminar en la valoración social del medio ambiente. Cf. TIEBOUT, C., "A Pure Theory of Local Expenditure", en *Journal of Political Economy*, 1956, Chicago, p. 416.

34 Cf. Krämer (2000/n. 9), pp. 11-14.

35 Cf. Bell & McGillivray (n. 6), p. 207.

36 Cf. NASH, J., "Too much market? Conflict between tradable pollution allowances and the Polluter Pays Principle", en *The Harvard Environmental Law Review*, 24, Cambridge (Massachusetts), 2000, pp. 472, 476-478.

37 Cf. Nash (n. 36), p. 468; Larsson (n. 3), p. 90.

38 Cf. JANS, J. H., *European Environmental Law*, Groningen/Amsterdam, Europa Law Publishing, 2nd ed., 2000, p. 38.

tizar que los contaminadores soportarán sus costos, satisfaría una función pedagógica sobre la responsabilidad ambiental que cada cual debe asumir³⁹.

Sin embargo, en la práctica el Principio QCP puede ser visto como un permiso para contaminar pagando a cambio⁴⁰. En efecto, el valor de las multas y del seguro de responsabilidad sería incluido en los costos de producción, los que a su vez se traspasarían a los consumidores. Esta consecuencia configuraría una señal ambigua sobre el reproche de las actividades nocivas al ambiente y debilitaría la potencialidad preventivo-pedagógica atribuible a dicho principio⁴¹.

No obstante, el hecho que la responsabilidad civil actúe *ex-post* –mientras que el Principio QCP opera *ex-ante*– pone en entredicho su eficacia como medio de protección ambiental⁴²; en particular dado que el daño ambiental suele ser difuso y su autor a menudo queda en el anonimato⁴³. Asimismo, hay que considerar que el Principio QCP se originó en el derecho público, como forma de asignar a los contaminadores los costos de las medidas de mitigación estatales. Por ello, es incierta su contribución a la resolución de los problemas inherentes a la responsabilidad civil, a saber: la identificación de los contaminadores y la contaminación, el objeto y la suma a indemnizar, los derechos a contaminar y el daño reparado. Además pueden producirse inconsistencias entre los mandatos del Principio QCP y las medidas de mitigación ambientales, al ser percibidas como deberes públicos desligados de la identidad de los contaminadores. De ahí el recurso a instrumentos alternativos, tales como la investigación, los métodos de reducción de riesgos ambientales, la evaluación de impacto ambiental y los sistemas de administración y descenso de emisiones⁴⁴.

El aspecto crucial es definir en qué medida el Principio QCP puede orientar una elección prudente entre mecanismos *ex-ante* (regulatorios) y *ex-post* (responsabilidad civil) para la prevención y reparación ambientales, sin que ello redunde en un incremento de los costos de producción e indemnización⁴⁵.

d) En la UE se confía en la responsabilidad civil como medio de protección del medio ambiente. Esta es concebida como un sistema híbrido cuyos estándares relevantes de-

39 Cf. Nash (n. 36), pp. 468, 479.

40 También se dice que configuraría “una forma justa y económica de distribuir los costos sociales sin necesariamente atribuir culpas”, BELL & MCGILLIVRAY (n.6), p. 208; cf. KOEMAN, N. (ed.), *Environmental Law in Europe*, London, Kluwer, 1999, p. 4.

41 Cf. Hughes (n. 11), p. 22; Nash (n. 36), p. 479.

42 Cf. Larsson (n. 3), pp. 23, 102, 606; Wilde (n. 14), p. 23; Bell & McGillivray (n. 6), p. 212; Jans (n. 38), p. 38.

43 Esta idea puede asociarse con el rechazo de la responsabilidad retroactiva. En el fondo, la legitimidad de las conductas debe evaluarse según las reglas vigentes al ejecutarse las primeras, cotejándolas con las expectativas sociales de ese momento. Cf. FAURE, M., “The White Paper on Environmental Liability: efficiency and insurability analysis”, en *Environmental Liability*, 9, Witney (Oxford), 2001, p. 193; WILDE (n. 14), p. 26; “la moralidad de un acto es función del estado del sistema al tiempo en que es ejecutado”, HARDIN, G., “The Tragedy of the Commons”, en REVESZ (n. 15), p. 5. Por eso cabe gravar a quienes se benefician de la polución pero imponiéndoles costos previsibles. Cf. SIGMAN, H., “Environmental Liability in practice: liability for clean-up of contaminated sites under Superfund”, en HEYES, A. (ed.), *The Law and Economics of the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, pp. 137, 145-147.

44 Cf. BERGKAMP (n.16/2001b), pp. 259-260; KRÁMER (2000/n. 9), pp. 19-20; RICE, P., “From Lugano to Brussels via Aarhus: Environmental Liability White Paper published”, en *Environmental Liability*, 8, Witney (Oxford), 2000, pp. 41-42.

45 Cf. Faure & de Smedt (n. 17), pp. 220, 232; Bergkamp, Hunton & Williams (n. 13), pp. 107-108.

penden del tipo de actividad. En efecto, el art. 3° de la Directiva contempla ambas reglas de responsabilidad, a saber: (i) la responsabilidad estricta respecto de los daños medioambientales⁴⁶ -o cualquier amenaza inminente de estos⁴⁷- derivados de alguna de las actividades peligrosas⁴⁸; y (ii) la responsabilidad por culpa en relación con daños a las especies y hábitats naturales protegidos -o amenazas inminentes a los mismos- causados por actividades no peligrosas⁴⁹.

La Directiva tiene por objeto prevenir y reparar los daños medioambientales sobre la base del Principio QCP⁵⁰. Asimismo, excluye de su ámbito de protección tanto el daño tradicional⁵¹ como el daño ambiental difuso⁵².

En algunos círculos de opinión la distinción entre responsabilidad estricta (por daños provenientes de actividades peligrosas) y responsabilidad por culpa (por daños derivados de otras operaciones) es criticada por diversas razones, entre otras: por no incentivar la protección ambiental⁵³; por considerar peligrosas actividades inocuas; y por sembrar un manto de duda sobre qué aspectos de cada actividad generarían responsabilidad⁵⁴. A pesar de ello, pueden al menos identificarse dos razones aparentes

46 La Directiva define *daños* como “el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente” (art. 2° N°2). Se entiende por *servicios y servicios de recursos naturales* “las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público” (art. 2° N°13). La Directiva no provee una definición genérica de daños medioambientales, sino que distingue en su art. 2° N°1 tres tipos: (i) daños a las especies y hábitats naturales protegidos (“cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies”); (ii) daños a las aguas (“cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE); y (iii) daños al suelo (“cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o subsuelo”).

47 Es decir, la probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo. Cf. art. 2° N°9.

48 Son aquellas actividades profesionales que presentan riesgos (reales o potenciales) para la salud humana o el medio ambiente, las cuales están enumeradas en el Anexo III de la Directiva. Cf. consid. 8° y art. 3° N°1. Así, por ejemplo, la fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de sustancias y preparados peligrosos definidos en sendas directivas de la UE; y toda liberación en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente conforme a la Directiva 2001/18/CE. La Directiva define *actividades profesionales* como “cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y que tenga o no fines lucrativos” (art. 2° N°7).

49 Son actividades profesionales diversas de las listadas en el Anexo III. Cf. consid. 9° y art. 3° N°1.

50 Cf. art. 1°. El Principio QCP ordena al operador de la actividad asumir los costos irrogados por las acciones preventivas y reparadoras de los daños ambientales en forma definitiva (directamente o reembolsando a la autoridad competente o al tercero que haya incurrido en los mismos). Cf. art. 8° y consid. 18°. Lo anterior, orientado a que los operadores minimicen los riesgos de daños ambientales con las medidas y prácticas convenientes. Cf. consid. 2°.

51 No afecta los derechos de compensación por daños tradicionales contemplados en las legislaciones domésticas; no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a la propiedad privada ni a ningún tipo de daño económico o derecho relativo a este tipo de daños. Cf. consid. 11 y 14; art. 3° N°3.

52 No se aplica a los daños medioambientales (o amenazas inminentes de los mismos) causados por contaminación difusa cuando no sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de los operadores concretos. Cf. art. 4° N°5 y consid. 13°.

53 Cf. Bell & McGillivray (n. 6), p. 288.

54 Cf. Bergkamp, Hunton & Williams (n. 13), pp. 110-111.

para insistir en la responsabilidad civil ambiental, a saber: el mérito intrínseco de su armonización y su papel complementario respecto de la regulación administrativa.

Sin embargo, por una parte, e independientemente de si la protección ambiental es un fin socialmente óptimo, persiste la duda de si la responsabilidad civil puede propender eficazmente a aquella⁵⁵ y, por ende, la pretendida uniformidad devendría inoficiosa. Por otra parte, la persistencia europea contradice la idea generalmente aceptada que constriñe la responsabilidad civil al daño tradicional. La estructura privada de la responsabilidad civil le resta eficacia para proteger intereses públicos difusos como el medio ambiente. Asimismo, queda en una difícil posición porque estaría justificada no en sus propios méritos sino en tanto ejecuta un papel auxiliar, esto es, sirve de incentivo financiero respecto de las sanciones administrativas o penales. Estas razones pueden inclinar la balanza a favor de la sola imposición de multas administrativas. Si a lo anterior se suman la falta de información sobre los reales efectos preventivos de la responsabilidad civil ambiental y los altos costos implicados en la restauración ambiental, parece incomprensible la insistencia de la UE en la responsabilidad civil como forma apropiada para prevenir y reparar el daño ecológico⁵⁶.

Los pergaminos esgrimidos a favor de la responsabilidad civil ambiental son formales: el valor de la armonización jurídica *per se* y la función complementaria que el derecho de daños juega en relación con la regulación. Persiste así la incertidumbre sobre la cuestión previa, a saber si la responsabilidad civil sirve, y en qué grado, a la protección ambiental⁵⁷.

3. EL MODELO CHILENO.

En Chile, la responsabilidad civil por daño ambiental -regulada en la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente- se asienta en la culpa probada del Código Civil ("CC"). Este sistema comprende, en lo fundamental, la acción indemnizatoria, para reparar los daños personales (materiales o morales) derivados del daño ambiental; la acción ambiental, para reparar o restaurar el medio ambiente *per se* lesionado; y la acción popular, para requerir de la municipalidad correspondiente (en cuyo territorio se realizan actividades que causan daño ambiental) que interponga la acción ambiental⁵⁸.

a) Es interesante observar que el diagnóstico en Chile acerca de los inconvenientes de la responsabilidad civil ambiental presenta estrecho parecido con aquel del derecho extranjero. Al respecto, pueden destacarse tres dificultades esenciales de la responsabilidad civil ambiental, a saber: (i) *el daño ambiental tiene un período de latencia relativamente prolongado*, por cuanto se manifiesta (o es detectado) con bastante posterioridad a su gestación, y sus efectos son permanentes en el tiempo, lo que hace necesario probar daños futuros. Esto empaña la reconstrucción de la cadena causal entre la conducta del demandado y el daño; (ii) *las fuentes de contaminación son intrincadas y a menudo múltiples*. Esto obstaculiza la tarea de precisar qué participación tiene cada activi-

55 Cf. Bergkamp (n. 16/2001b), p. 266.

56 Cf. Cane (n. 12), 17-20.

57 Cf. Bergkamp (n. 16/2001b), p. 266.

58 Cf. art. 53 Ley 19.300.

dad nociva en la producción del daño. Frente a ello se discute arduamente cuál clase de responsabilidad cabe preferir (¿solidaria, proporcional a la cuota de cada empresa en el mercado o a la contribución de cada cual al daño total?); y (iii) *es de suyo compleja la individualización de la víctima*, puesto que hay que demostrar que la exposición de un demandante en particular a una determinada sustancia provocó al primero el daño que él mismo reclama. Esto es agravado por la carencia de información empírica sobre la probabilidad exacta del vínculo causal entre la exposición al riesgo y el daño. En efecto, la probabilidad de que la exposición de la víctima al riesgo le haya causado el daño que demanda suele ser inferior al 50%, vale decir, en términos absolutos es más probable que el daño haya derivado de otra circunstancia⁵⁹.

En el derecho chileno las dificultades atañen típicamente a (i) *la determinación del estándar de diligencia exigible* a quienes emprenden actividades potencialmente nocivas al medioambiente⁶⁰; (ii) *la relación de causalidad*⁶¹; y (iii) *la utilidad de la responsabilidad civil para prevenir y reparar el daño ecológico*⁶².

b) A estos inconvenientes subyace una cuestión más radical: la precariedad de los criterios del derecho privado como mecanismo de control ambiental eficiente. En otras palabras, la responsabilidad civil no proporciona elementos de juicio para determinar la entidad de cada impacto ambiental, para comparar los bienes jurídicos en conflicto y para adoptar una posición que considere los probables costos y beneficios sociales de las opciones en juego (¿tolerar el inicio o la continuación de una actividad económica pese a su nocividad al entorno, o impedirla en aras de la protección ambiental?)⁶³.

Ejemplo de lo anterior es el Principio QCP, por cuanto se funda en una premisa diversa del *alterum non laedere*. El primero no manda indemnizar todo daño por quien lo causa, sino que indica que las externalidades ambientales negativas deben ser internalizadas por los operadores de las actividades que las producen⁶⁴. Como consecuencia, los

59 Cf. ABRAHAM, K., "The relation between Civil Liability and Environmental Regulation: an analytical overview", en *Washburn Law Review*, 41, Topeka (Kansas), 2002, pp. 379ss.

60 Al respecto, cabe recordar que sólo se cuenta con una muy específica presunción de culpa, que se infiere de la infracción de normas, planes y regulaciones ambientales (art. 52, ley 19.300). Por ende, en general el deber de cuidado es establecido por el juez casuísticamente, valiéndose de criterios normativos tales como la gravedad y la probabilidad del daño, los beneficios sociales de la actividad del demandado y los costos de evitar o atenuar el daño. Cf. BARROS, E., "Responsabilidad Civil en materia de Medio Ambiente", en *Derecho del Medio Ambiente. Congreso Internacional. Facultad de Derecho U. de Chile*, Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1998, pp. 52-54.

61 Ello se debe a que el daño ambiental suele exteriorizarse con bastante posterioridad a su generación y es producto no de una, sino de una pluralidad de causas. Además, el daño ambiental puro es en el hecho inseparable del daño personal. Cf. BARROS (n. 60), p. 57.

62 El daño ambiental deviene extremadamente difuso como consecuencia de una muy genérica conceptualización del medio ambiente (art. 2º, ley 19.300). Incluso la noción antropocéntrica del medio ambiente (tesis predominante en la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política chilena, en la doctrina y jurisprudencia) es exorbitante. Cf. CORRAL, H., "Daño Ambiental y Responsabilidad Civil", en *Revista Chilena de Derecho*, 26, Santiago, 1996, pp. 156-158. Estas imprecisiones conceptuales llegan al punto que "estaría justificada la conclusión de que las definiciones de medio ambiente y daño ambiental se repelen, puesto que la misma conducta humana que altera las condiciones existentes del medio ambiente, no podría ser nunca considerada "dañina" o "nociva", sino una mera variación o modificación de un medio ambiente en permanente cambio". Id., p. 164.

63 Cf. Barros (n. 60), pp. 63-64.

64 Cf. VALENZUELA, R., "El que Contamina Paga", en *Revista de la Cepal*, 45, Santiago, 1991, p. 81.

agentes no necesariamente pagan los daños que causan, sino que a menudo los costos son traspasados a los consumidores o usuarios.

Por el contrario, conforme al principio *neminem laedere*, los agentes no pueden dañar al otro y deben indemnizarlo si lo perjudican (o perturban en forma significativa) como resultado del ejercicio de su derecho a emprender. Sin embargo, ocurre que la preservación del medio ambiente y la búsqueda del desarrollo sustentable -una de las políticas públicas más relevantes en nuestros días- implican valoraciones extrajurídicas de alcance general, que trascienden la mera relación entre vecinos. Esta circunstancia, por una parte, inclina la balanza a favor de la regulación administrativa y, por otra parte, deja al descubierto las limitaciones de la responsabilidad civil para atender objetivos de esa índole. En un gesto de sinceridad, no puede pretenderse que el sistema de responsabilidad civil y los tribunales que lo aplican tengan que preocuparse -menos resolver- de otra cosa que dirimir conflictos de intereses entre unos muy concretos actor y demandado⁶⁵.

Una lúcida explicación del diverso razonamiento del derecho privado respecto del derecho público enseña que éste atiende a los bienes públicos -entre otros la protección ambiental- mediante la coordinación de las personas y los grupos intermedios. Así, mediante la regulación ambiental se intenta contrarrestar las externalidades negativas de las actividades privadas. Para tal efecto el regulador se vale de criterios discrecionales, de mérito u oportunidad. Por el contrario, la lógica de la responsabilidad civil impone la aplicación por parte de los jueces de parámetros formales o normativos para adjudicar los derechos de las partes. Los tribunales carecen, a diferencia del regulador, de los medios de análisis necesarios para establecer consecuencias generales aplicables a la sociedad en su conjunto o a grupos de actividades⁶⁶.

Pues bien, la protección ambiental es una meta social propia de las políticas públicas, alejada del ámbito de los principios o reglas jurídicas y de la forma tradicional de entender el derecho privado, que se contrapone a una técnica de regulación empleada en busca de distintos bienes⁶⁷.

c) Una explicación similar a la citada precedentemente, pero desde la óptica administrativista pura, es la ofrecida por Breyer. El eximio jurista norteamericano asevera que los reguladores deben tomar decisiones de corte legislativo, cuyo mérito depende de la valoración de hechos generales e importantes acerca del mundo. Esta circunstancia les fuerza a intentar resultados prácticos, manejables, que atiendan determinados objetivos de interés público consagrados en la ley. En cambio, los jueces deben buscar decisiones justas, cuyo mérito depende de las normas legales pertinentes y de la evidencia aportada por las partes, la que ciertamente no tiene que incluir todos los hechos relevantes del mundo. Por consiguiente, una solución que pudiera estimarse razonable

65 Cf. Barros (n. 60), pp. 52-55, 57, 63-64.

66 Cf. BARROS, E., "Lo Público y lo Privado en el Derecho", en *Estudios Públicos*, 81, Santiago, 2001, pp. 9, 11-14.

67 En el derecho privado se reconoce "(...) la forma más intuitiva de la justicia, que se centra exclusivamente en el tipo o naturaleza de la relación. Lo esencial desde el punto de vista de esa justicia correctiva o conmutativa es el vínculo entre las partes, y no un fin social más general que resulta ajeno a esa precisa relación (...) Así, mientras en la lógica de la organización el derecho es una técnica para obtener fines públicos (distributivos o de otra especie), que por nobles y fundamentales que sean resultan extrínsecos a la relación entre las partes, el derecho civil o comercial (...) son derecho privado porque atienden exclusivamente a la justicia de la precisa relación". BARROS (n. 66), pp. 19-20.

desde la perspectiva administrativa, puede ser insensata para un tribunal ya que éste debe basarse en el derecho positivo, la jurisprudencia y el sentido común aplicado al mérito del proceso⁶⁸.

Así, un sistema de responsabilidad civil puede desalentar la producción negligente de sustancias peligrosas para la salud y obligar a los productores (y/o aseguradoras) a indemnizar los perjuicios que causen a terceros. Sin embargo, puede por otra parte depositar en las manos de unos pocos (como en los jurados en el caso norteamericano) la determinación de demasiados riesgos. El problema reside en que quienes deben decidir lo deben hacer no en términos estadísticos o teóricos, sino con referencia a una víctima concreta que demanda una indemnización ante un tribunal determinado. Producto de este *modus operandi* el sistema de responsabilidad civil deviene altamente aleatorio y genera altos costos de transacción que consumen una proporción significativa de la indemnización. Por estas razones, Breyer considera inconveniente que la responsabilidad civil sustituya a la regulación en cuanto atinge a la prevención y el control de riesgos de salud⁶⁹. Esta conclusión puede proyectarse a los riesgos medioambientales, en el extranjero y en Chile.

d) Así las cosas, es difícil que el daño ambiental puro pueda ser adecuadamente protegido mediante la responsabilidad civil en Chile. A esta, en cambio, conciernen los daños sufridos por personas individualizadas⁷⁰.

La propia ley 19.300 supedita la responsabilidad civil a la existencia de una víctima particular que padezca un daño patrimonial concreto.

En primer lugar, la acción ambiental puede ser ejercida, entre otros sujetos, por las personas naturales o jurídicas en la medida que *hayan sufrido el daño o perjuicio*⁷¹. Esto es inconsistente con la naturaleza de dicha acción; pues, en rigor, esta sólo presupone del daño al medio ambiente y no del daño particular. Este último, si proviene de una lesión al entorno, puede y debe ser reparado vía acción indemnizatoria.

En segundo lugar, la ley sanciona a la municipalidad que no interpone la acción ambiental ni justifica su omisión, atribuyéndole responsabilidad solidaria por los *perjuicios que el hecho denunciado produjere al afectado*. Esto también resulta contradictorio con

68 Cf. BREYER, S., *Breaking the vicious circle. Toward effective risk regulation*, Cambridge (Massachusetts), HUP, 1993, pp. 57-58.

69 Breyer (n. 68), p. 59.

70 "Entre nosotros, dados los claros términos del Art. 19 N°8 de la Constitución Política, los que se refuerzan con la reiteración contenida en el Art. 1° de la Ley de Bases, no podemos sino concluir que el deber de reparar el medio ambiente menoscabado no es más que una manifestación y realización del derecho fundamental de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", CORRAL (n. 62), p. 168. En idéntico sentido, "El medio ambiente no es un bien protegible en sí mismo, como un valor *per se*, sino en razón del hombre que desarrolla su existencia gracias a él. Debe recordarse que el medio ambiente libre de contaminación es considerado un derecho que la Constitución asegura a "todas las personas". De esta forma, sólo aquella acción que menoscabe al medio ambiente, por cuanto rebaja la calidad de vida del ser humano, puede considerarse daño ambiental reparable a través del sistema jurídico de responsabilidad civil (...). Se trata de un daño por repercusión o rebote, ya que la alteración del medio ambiente funciona como medio a través del cual se daña a las personas". CORRAL, H., "El Sistema de Impacto Ambiental y la Responsabilidad Civil por Daño al Medio Ambiente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1, Santiago, 1999, p. 81.

71 Cf. art. 54 ley 19.300.

la acción ambiental, ya que para la procedencia de ésta, insólitamente, sería indispensable la presencia de un daño personal.

En tercer lugar, una vez deducida la acción ambiental por uno de sus titulares, los demás legitimados pueden intervenir en el juicio respectivo como terceros coadyuvantes. Sin embargo, tratándose de personas naturales o jurídicas, éstas deberán acreditar un interés actual comprometido, esto es, un derecho patrimonial afectado. Este ciertamente diferirá del daño ambiental objeto del pleito.

Por último, es muy probable que la compatibilidad entre las acciones ambiental e indemnizatoria dé pábulo al enriquecimiento sin causa de aquel que interpone ambas acciones, en especial respecto del daño emergente que un particular pueda sufrir a consecuencia de un daño ambiental. En efecto, el daño emergente podría ser resarcido tanto vía acción indemnizatoria (sin necesidad de destinar la suma indemnizatoria a la reatauración ambiental), como por medio de la acción ambiental (para restablecer el entorno dañado a una calidad similar a la que precedía al daño o, en su defecto, para restaurar sus propiedades básicas)⁷².

Estas inconsistencias del sistema de acciones de responsabilidad civil por daño ambiental en Chile revelan un defecto de técnica legislativa. Este último compromete la eficiencia y la justificación de la responsabilidad civil como instrumento de prevención y reparación del daño al medio ambiente, bien jurídico diferente del patrimonio de las personas, naturales o jurídicas⁷³.

e) Con todo, la incipiente jurisprudencia chilena sobre la acción ambiental, si bien no permite pronosticar cuál será la posible contribución del sistema de responsabilidad a la protección del medioambiente, presenta hasta ahora auspiciosos resultados. En efecto, los fallos han ordenado reparaciones en especie, mediante obligaciones de hacer, lo que redundará en beneficio de la restauración ambiental y, asimismo, permite sortear el inconveniente de la compensación en dinero, cual es asegurar que la misma se destinará efectivamente a la restauración ambiental.

Este promisorio comienzo ha sido fruto de la labor del Consejo de Defensa del Estado, organismo que ha ejercitado la acción ambiental de que es titular (art. 54 de la ley 19.300). La posición del mismo es que la garantía de un medioambiente sano (art. 19 N°8 Constitución Política) configura un derecho público subjetivo, que debe ser protegido mediante una política global, compuesta por el sistema de evaluación de impacto ambiental y la responsabilidad civil⁷⁴.

72 Cf. VALENZUELA, R., "La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental", en *Derecho del Medio Ambiente. Congreso Internacional. Facultad de Derecho U. de Chile*, Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1998, pp. 67-70; BARROS (n. 60), p. 61.

73 "(...) para que exista propiamente responsabilidad civil por daño al medio ambiente parece indispensable exigir que se acredite que el deterioro ambiental constituye una vulneración o lesión efectiva del derecho de, al menos, una persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se trata de daños causados a la persona y que implican una transgresión de un derecho constitucionalmente garantizado, y no de meros intereses difusos o colectivos". Corral (n. 62), p. 168.

74 Por vía ejemplar, cito los siguientes fallos recaídos en juicios sobre acción ambiental. **(i)** Sentencia firme de 26.07.2000, del 1º Juzgado Civil de Temuco, autos rol 91.796 caratulados "Fisco con Sociedad Agrícola Mañío Ltda.", que condenó a la demandada -ex art. 1.553 CC- a ejecutar las siguientes acciones de restauración y reparación material e integral del medioambiente dañado: trazar una línea de base documental de los elementos ambientales destruidos; reforestar las áreas de bosque nativo taladas; y eliminar residuos

Por el contrario, el escenario que exhibe la aun escasa jurisprudencia nacional no es precisamente alentador tratándose de las acciones indemnizatorias interpuestas por particulares que han sido víctimas de daños patrimoniales o extrapatrimoniales padecidos a consecuencia del daño ambiental⁷⁵.

provenientes de la explotación ilegal. La demandada había cortado y explotado bosque nativo en un fundo de un tercero sin método y criterio técnico alguno, excediendo el plan de manejo forestal aprobado por la CONAF. El tribunal aplicó la presunción del art. 52 ley 19.300, debido a la infracción por el demandado del plan de manejo. **(ii)** Dos fallos condenaron a sendas compañías telefónicas –bajo el apercibimiento del art. 1.553 CC- a retirar las antenas de telecomunicaciones que habían levantado en el casco histórico de La Serena y a efectuar un estudio post-daño del impacto causado en esa zona. Ambas decisiones aplicaron la presunción del art. 52 de la ley 19.300 por estimar que las demandadas habían contravenido las leyes 19.300, 17.288 (Monumentos Nacionales) y General de Urbanismo y Construcciones: **(a)** sentencia de 7.12.2001 del 1º Juzgado Civil de La Serena, en autos rol 306-2000 caratulados “Estado de Chile; con Telefónica Móvil de Chile S. A.”, confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena por sentencia de 17.10.2002 y por la Corte Suprema por fallo de 30.12.2003 (identificador LexisNexis 29.312); y **(b)** sentencia de 10.4.2002 (no se informa el tribunal), confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 21.01.2003 y por la Corte Suprema el 17.08.2004, en autos rol 1.083-2003 caratulados “Fisco de Chile con Entel PCS Telecomunicaciones S. A.” (identificador LexisNexis 30.698). En el considerando 13º de la sentencia de alzada, la Corte de La Serena declaró: “Que teniendo por acreditada la existencia del daño ambiental, y siendo un hecho de la causa que la demandada no solicitó la autorización previa que establece el N° 1 del artículo 30 de la ley N° 17.288, omisión que constituye una infracción a las normas de preservación o conservación ambientales que dicha ley establece, resulta plenamente aplicable la presunción contenida en el artículo 52 de la citada ley N° 19.300, relativa a la responsabilidad del autor del daño ambiental, que en esta situación afecta a la empresa demandada, teniendo presente, además, que la relación causal entre la construcción de la torre de telecomunicaciones y el daño ambiental que se ha denunciado es evidente por la sola construcción de la torre, ya que es precisamente el hecho de su presencia, como ha quedado comprobado, lo que causa el daño ambiental”. Véase el sitio de la Unidad de Medio Ambiente del Consejo de Defensa del Estado en www.cde.cl.

75 Vg. sentencia 3º Juzgado de Antofagasta de 28.01.2002, en autos rol 36.986 caratulados “Huerta Páez con Antofagasta (Chili) and Bolivia Railway PLC”, confirmada por Corte de Antofagasta, 24.01.2003, y por Corte Suprema, 8.05.2003, ingreso 1.302-2003 (Identificador LexisNexis 26734). Este juicio versó sobre una demanda de indemnización de perjuicios materiales y morales interpuesta por varios vecinos de Antofagasta en representación de sus hijos, alegando que las demandadas habían acopiado –sin adoptar las medidas de resguardo necesarias- importantes cantidades de plomo que, a la postre, habían contaminado a los menores. La demanda fue rechazada en ambas instancias y, también, el recurso de casación en el fondo. El libelo fue desestimado, en primer lugar, por no haberse demostrado, a juicio de los sentenciadores, el daño corporal concreto supuestamente sufrido por las víctimas (la presencia de plomo en su sangre) –en contraste al daño difuso (la contaminación ocurrida en Antofagasta, calificada como un hecho público y notorio)- lo que impedía además acceder a la reparación del daño moral (entendiendo que éste, en principio –y sin considerar la hipótesis de daño moral puro-, sólo puede presumirse a partir de la comprobación de un daño físico o de otra entidad). Lo anterior, pese a haber sido probada la culpa de las demandadas (esto es, no haber contemplado los perjuicios que podían seguirse de la acumulación de plomo en forma descuidada). Un segundo motivo de rechazo de la demanda fue la ausencia de nexo causal entre la negligencia de las demandadas y los supuestos daños, atendida la presencia de otros agentes contaminantes. Entre otras críticas que pueden formularse a esta decisión, cabe tener en cuenta las efectuadas por AGUAD D., Alejandra, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, N°3, Diciembre 2004, pp. 148-155, en especial aquella de que no es razonable excluir la presunción de culpa (¿o de causalidad?) del art. 52 de la ley 19.300 tratándose de acciones de indemnización de perjuicios fundadas en este cuerpo legal, pues estamos ante una responsabilidad civil que justamente dimana de la lesión al medio ambiente per se.

II. UNA DIFÍCIL ELECCIÓN ENTRE LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL.

1. ¿CUÁL DE LAS DOS REGLAS DE RESPONSABILIDAD PROPENDE A LA MAYOR EFICIENCIA AMBIENTAL?

En absoluto es claro qué método conduce a un mayor nivel de prevención ambiental y al menor costo posible, esto es, si atribuir la reparación de los daños causados a otro exigiendo o no la presencia de culpa. En efecto, las ventajas de cada regla de responsabilidad se neutralizan.

a) Suele indicarse que la responsabilidad estricta, entre otras virtudes, contribuye a predecir los derechos de las partes en conflicto, incentiva la negociación y precave la litigación⁷⁶. Pero esto supone conocer cuál es el nivel de precaución ideal para excluir la responsabilidad, vale decir, hasta qué punto el acatamiento de la regulación ambiental genera costos de prevención menores que los costos de los accidentes ambientales (daños). Es más, aunque tal información pueda obtenerse delimitando las actividades riesgosas, ello en absoluto impide un exceso o déficit en precaución. Así, por ejemplo, el agente puede tener un fuerte incentivo para aplicar menor cuidado que el socialmente óptimo, en la medida que la utilidad que obtenga con su actividad sobrepase el monto de los daños ambientales por los que tendría que responder. Esto demostraría que, a pesar de que se haya obrado con menos precaución que la exigible en las circunstancias, la probabilidad de ser responsabilizado habría disminuido⁷⁷. Por su parte, la responsabilidad por culpa puede provocar un aumento de los costos de acceder a la información acerca del nivel de cuidado socialmente óptimo⁷⁸. Sin embargo, la responsabilidad estricta genera un incremento de los costos de litigación dada su mayor propensión a compensar a la víctima, a diferencia de la responsabilidad por culpa⁷⁹.

b) En principio puede asumirse que la responsabilidad por culpa no permite acotar el volumen de polución más allá de lo estrictamente necesario para observar el estándar de cuidado exigible. Por el contrario, la responsabilidad estricta –dependiendo de los costos de prevención y de la exposición de la víctima al riesgo– disuadiría en forma directa de la ejecución de actividades nocivas al medioambiente, ya que la causalidad desnuda sobre la cual se erige permite ampliar las posibilidades de resarcimiento.

76 Cf. Faure (n. 43), p. 188; Larsson (n. 3), pp. 608-609; Hughes (n. 11), pp. 63-66; Ogun & Richardson (n. 6), pp. 63, 76.

77 Cf. CALFEE, J. & CRASWELL, R., "Some effects of uncertainty on compliance with legal standards", en WEINRIE, E. (ed.), *Tort Law*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1991, pp. 89ss.

78 Es obvio que los sistemas de responsabilidad ganan en predicción en la medida que los tribunales dispongan de la información relevante. Pero los estándares de cuidado impredecibles pueden ser más eficientes que la regulación o la responsabilidad estricta, supuesto que el conocimiento relevante, adquirido *ex post* en el juicio, sea más preciso que el asequible *ex ante* por los reguladores. Cf. SHAVELL (n. 15), p. 146.

79 Cf. FAURE (n.43), pp. 188-189; LANDES, W. & POSNER, R., *The economic structure of Tort Law*, Cambridge (Massachusetts), HUP, 1987, p. 65.

Sin embargo, de lo dicho no se concluye que la responsabilidad estricta evite más eficientemente el daño ambiental que la responsabilidad por culpa. No es posible aseverar si acaso el daño ambiental puede ser prevenido en forma más adecuada reduciendo el volumen de las actividades nocivas o elevando el umbral de diligencia en su ejecución⁸⁰.

No parece entonces que la responsabilidad estricta sea la única regla eficiente para combatir los accidentes unilaterales (derivados de riesgos generados exclusivamente por el demandado)⁸¹. Por de pronto, la responsabilidad estricta por actividades peligrosas puede ser socialmente más perjudicial que la responsabilidad por culpa, puesto que –bajo el pretexto de limitar– podría conducir a la cesación de actividades económicas relevantes. Enseguida, tratándose de accidentes bilaterales (provenientes de riesgos creados por demandantes y demandados), se recomienda una responsabilidad estricta atenuada con la culpa de la víctima como defensa del demandado⁸². Sucede que ambos modelos pueden imponer soluciones “todo o nada” (reducir la actividad del demandado o del demandante) que podrían soslayarse mediante otros instrumentos, vgr. I&D⁸³. Al margen de las diferencias específicas entre ambos modelos de responsabilidad en relación con la forma de prevenir el daño ambiental (cualquiera sea el origen de éste)⁸⁴, la elección de uno u otro pasa necesariamente por comparar los costos y los beneficios de la actividad objeto del juicio⁸⁵. Como se ha podido apreciar esta información no es fácilmente asequible.

c) Shavell desarrolla un esquema para predecir las consecuencias de la aplicación de ambas reglas de responsabilidad. A partir de estas pueden sugerirse conclusiones normativas, es decir, opciones por una de las reglas según cual sea la meta social, que para el autor consiste, al mismo tiempo, tanto en la reducción de la suma de los daños derivados de los accidentes y los costos en que se incurre para prevenirlos, como en la maximización de la utilidad que los agentes obtienen de las actividades que causan los mismos accidentes⁸⁶. Las reglas de responsabilidad influyen en dos aspectos determinantes a la hora de seleccionar el modelo apropiado para alcanzar el objetivo social, a

80 Cf. VAN EGTEREN, H. & SMITH, H., “International harmonization of Environmental Law: theory with application to the European Union”, en HEYES, A. (ed.), *The Law and Economics of the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 280; LANDES & POSNER (n. 79), pp. 66-70.

81 Cf. SHAVELL, S., “Strict liability versus negligence”, en *Journal of Legal Studies*, 9, Oxford, 1980, pp. 1ss.

82 Cf. Faure (n. 43), p. 190.

83 Cf. BERGKAMP (n.16/2001b), pp. 261-263.

84 Cf. ALBERINI, A & AUSTIN, D.H., “Strict liability as a deterrent in toxic waste management: empirical evidence from accident and spill data”, en *Journal of Environmental Economics and Management*, 38, Iowa, 1999, pp. 20ss, en BERGKAMP (n. 16/2001a), p. 212 y BERGKAMP (n. 16/2001b), p. 261.

85 Cf. JONES (n. 13), 19-24; BERGKAMP (n.16/2001b), p. 261. La responsabilidad estricta atiende a las expectativas sociales incentivando ciertas actividades (las que no quedan expuestas a aquélla) en detrimento de otras (las que quedan cubiertas), y el cumplimiento del estándar de cuidado por el contaminador no lo absuelve. El daño ambiental es un costo de producción, presentándose al operador la disyuntiva entre invertir en tecnologías más seguras y ecológicas -que mitiguen el daño ambiental- o reducir o abandonar su actividad. Cf. WILDE (n.14), pp. 27-28.

86 Cf. SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Massachusetts), HUP, 1987, pp. 5-32. La tesis de Shavell se basa en la teoría de la utilidad esperada, según la cual entre varios cursos de acción posibles se elegirá aquel que produzca la mayor utilidad. Para este efecto, se multiplica la probabilidad del resultado posible de cada una de las acciones por la utilidad del mismo resultado, tras lo cual se comparan estos datos con los que arrojan las otras posibles acciones objeto de elección. Id., p. 2.

saber: (i) si se ejecutará o no una actividad y, en la afirmativa, con qué intensidad; y (ii) cuál será el estándar de diligencia exigible en cada actividad. Ambas interrogantes son aplicadas a los accidentes unilaterales y bilaterales⁸⁷.

Tratándose de los accidentes unilaterales, cabe distinguir tres supuestos⁸⁸:

(i) En ausencia de toda responsabilidad el resultado distará con mucho del socialmente óptimo, tanto en términos de la diligencia que se aplique a las actividades como de la intensidad con que se ejecuten por sus agentes, únicos creadores de los riesgos en esta hipótesis.

(ii) Por su parte, la responsabilidad por culpa incentivaría la observancia por los operadores precisamente del estándar de diligencia exigible para eximirse de la obligación de indemnizar los perjuicios. En cambio, no propendería a un volumen razonable de actividades, pues este aspecto normalmente no está incorporado al concepto de cuidado debido; a menos que la mera ejecución de una acción, independientemente de la intensidad con que se realice, constituyera una conducta negligente (*res ipsa loquitur*)⁸⁹.

(iii) Mientras la responsabilidad por culpa sólo fomenta la atención de los aspectos incluidos en el deber de cuidado, la responsabilidad estricta es más exigente pues prescinde de todo deber de cuidado⁹⁰. Propende así a un resultado eficiente en términos del deber de cuidado (como regla de conducta que disminuye la posibilidad de causar daños) y el volumen razonable de actividad (siempre que la utilidad marginal supere los costos de prevención más la cantidad a indemnizar por los daños causados con esas actividades). En suma, este modelo brinda una mejor respuesta frente a los accidentes unilaterales que derivan de actividades *per se* peligrosas (cuya mera ejecución crea un riesgo de daño significativo que aumenta a la par con la intensidad de la actividad)⁹¹.

En los accidentes bilaterales se distinguen tres situaciones, a saber:

(i) La ausencia de responsabilidad, que al igual que en los accidentes unilaterales, tampoco contribuye a la eficiencia en cuanto al nivel deseable de precaución ni de intensidad en la ejecución de actividades potencialmente nocivas.

(ii) La responsabilidad por culpa conduce a un resultado eficiente en cuanto incentiva el cuidado debido tanto en los ofensores (para eximirse de responsabilidad) como en las víctimas (para no exponerse a daños que no les serían indemnizados por quienes los causan ya que estos últimos habrían tomado las precauciones razonables). Sin embargo, este sistema no evita que los operadores ejecuten actividades en forma excesiva, pues sólo se preocuparán de obrar con el debido cuidado, el que bien puede no incluir como una de sus variables la intensidad en la ejecución de una actividad. Por consi-

87 Shavell (n. 86), p. 6.

88 Shavell (n. 86), pp. 6-9; 21-26.

89 SHAVELL (n. 86), pp. 25-26. Como explica Shavell, los tribunales a menudo no tienen acceso a las utilidades que las partes reportan de sus actividades y les es complejo analizar la actividad pasada del demandado (es decir, aquella que se remonta a una etapa anterior al hito concreto que causó el daño). En cambio, es más simple decidir sobre grados de cuidado y sobre cómo se condujo el demandado al tiempo del accidente.

90 Shavell (n. 86), pp. 6-9; 21-26.

91 Shavell (n. 86), p. 8.

guiente, los agentes tendrán un incentivo para extremar sus actividades en la medida que las utilidades que obtengan sobrepasen los costos de precaución.

(iii) La responsabilidad estricta nuevamente parece ser más eficiente. Si bien sólo incentiva la adopción del cuidado debido en los agentes (con la excepción de perjuicios de mayor entidad como la integridad física, las víctimas carecen en principio de incentivos para no exponerse a los daños pues éstos les serán compensados aunque los hechos hayan obrado con la debida diligencia)⁹², tiene la virtud de acotar a límites tolerables el volumen de actividades, sobre todo si es combinada con la culpa exclusiva de la víctima como defensa del demandado. En consecuencia, la responsabilidad estricta será preferible cada vez que el objetivo social dependa más del control del volumen de actividad del demandado que del control de volumen de la actividad de la víctima. Esto sucede, por ejemplo, con las actividades *per se* peligrosas que exponen a las víctimas a sufrir riesgos anormales en sus tareas cotidianas.

Sin embargo, el hecho que la responsabilidad estricta pareciera cubrir actividades relativamente más peligrosas que las sujetas a la regla de la culpa, no torna menos compleja la decisión del legislador y/o del juez respecto de qué debe entenderse por una actividad peligrosa. Prueba de ello es que la responsabilidad por culpa puede abarcar acciones que son probabilísticamente más riesgosas que las tratadas por la responsabilidad estricta (piénsese, por ejemplo, en los accidentes de tránsito en comparación con los accidentes nucleares). Además, las mismas actividades son objeto de reglas de responsabilidad opuestas dependiendo del sistema jurídico (por ejemplo, los accidentes de tránsito en los Estados Unidos de América quedan bajo la responsabilidad subjetiva, mientras que en Alemania y en Francia dan lugar a responsabilidad estricta)⁹³.

d) Algunos de los partidarios de la responsabilidad por culpa califican los fundamentos de la responsabilidad estricta como inconsistentes, limitados y selectivos⁹⁴. No obstante, la supuesta ineficacia de la responsabilidad estricta para perseguir las metas ambientales⁹⁵ no demuestra que la responsabilidad por culpa sí pueda atenderlas mejor. De hecho, ambas reglas presentan inconvenientes comunes que comprometen su justificación para la protección ambiental. Por una parte, su poder preventivo es obstaculizado por la insolvencia del demandado⁹⁶, escollo que podría ser mitigado por la

92 Shavell (n. 86), pp. 9-20.

93 Shavell (n. 86), pp. 26-32.

94 BERGKAMP (n.16/2001a), p. 212. A pesar de las dificultades procesales que afectan a la culpa, ello no significa que deba preferirse la responsabilidad estricta: "*los problemas probatorios requieren soluciones probatorias, no un cambio en la regla de derecho*". Cf. BERGKAMP (n.16/2001b), p. 258.

95 Cf. WILDE (n. 14), p. 27, n.40; COOTER, R. & ULEN, T., *Law and Economics*, Addison-Wesley, 1997, cap. 8. Al margen de la regla de responsabilidad aplicable, los operadores invierten en precaución hasta el punto en que los costos marginales de mitigación ambiental exceden la responsabilidad en que pueden incurrir. Cf. LANDES & POSNER (n. 79), p. 299.

96 La responsabilidad puede contrarrestar el efecto distributivo del seguro si el daño ambiental ya se encuentra distribuido óptimamente. Cf. BERGKAMP (n. 16/2001a), p. 216. El seguro, forma de repartir el riesgo, incentiva la precaución y torna la regla de la culpa más efectiva que la responsabilidad estricta, pues los costos de prevención son menores que los daños, en circunstancias que estos últimos podrían exceder el patrimonio del demandado. Cf. FAURE (n. 43), pp. 192-193, 198-199. La inconsistencia entre la magnitud del daño y la solvencia del demandado a menudo es problemática, esto es, las empresas medianas o pequeñas pueden causar daños ambientales significativos. Cf. JONES (n. 13), p. 25.

regulación⁹⁷. Por otra parte, la relación de causalidad inherente a la responsabilidad civil dificulta la elección de una sola regla; la causalidad puede contrarrestar las posibles ventajas procesales y probatorias de la responsabilidad estricta respecto de la responsabilidad por culpa (salvo que ésta se presuma, por ejemplo, a partir del principio *res ipsa loquitur*), lo que situaría en un punto de equilibrio los costos de litigación generados por una y otra regla y, por consiguiente, resultaría indiferente cuál de las dos implementar⁹⁸.

e) Ambos modelos de responsabilidad incentivan la I&D, pero de modos diversos. La culpa consiste en la violación de un estándar de cuidado construido sobre la base del conocimiento disponible en el dominio público, sin que la ignorancia de esa información exima necesariamente de responsabilidad. Por ejemplo, no desarrollar nueva tecnología puede ser considerada una conducta culpable si se prueba que el demandado no invirtió tanto como requerían las circunstancias. A su vez, la responsabilidad estricta puede incentivar la I&D en prevención ambiental, pues la indemnización no es excluida a pesar de haberse observado el deber de cuidado⁹⁹.

Sin embargo, como la eficiencia no necesariamente obliga al contaminador a invertir en I&D -menos aún respecto de un daño difuso y soterrado como suele ser el daño ambiental-, tiene sentido una responsabilidad por culpa como regla general. Pero esta debe ser reforzada mediante incentivos económicos que promuevan la I&D¹⁰⁰, máxime si el conocimiento sobre la protección ambiental es un bien público cuyo principal gestor es el Estado¹⁰¹.

2. TENDENCIA A PREFERIR LA RESPONSABILIDAD POR CULPA COMO MODELO POR DEFECTO.

a) La responsabilidad por culpa reacciona ante conductas desviadas de la conducta socialmente esperada. En cambio, la responsabilidad estricta surge aun habiéndose adoptado las precauciones razonables para prevenir el daño. Con todo, la culpa desempeña un papel dentro de la responsabilidad estricta: en las defensas del demandado, a saber el caso fortuito, el hecho del tercero, la culpa de la víctima, el estado del arte y el riesgo de desarrollo.

b) Tal como se insinuó respecto de la I&D, pareciera que la regla general de responsabilidad debe ser la culpa. Asimismo, la responsabilidad estricta presenta ciertos defectos que le restan competitividad frente a la anterior para prevenir y reparar el daño ambiental.

En primer lugar, bajo la responsabilidad estricta suele olvidarse que las actividades son peligrosas no tanto por una característica propia de estas, sino debido al modo en que son ejecutadas.

97 "(...) mientras mayor sea la probabilidad de que el daño sobrepase con creces los bienes del demandado, mayor atractivo representa la regulación". SHAVELL (n. 15), p. 147.

98 Cf. Bergkamp, Hunton & Williams (n. 13), pp. 108-110.

99 Cf. CALABRESI, G. & HIRSCHOFF, J. T., "Towards a test for strict liability in torts", en *Yale Law Journal*, New Haven, 1972, pp. 1055ss.

100 Cf. Bergkamp (n.16/2001b), pp. 263-265.

101 Ibid.

Enseguida, la vigencia del Principio QCP no depende del tipo de responsabilidad imperante, es decir, la atribución a los operadores de las actividades contaminantes de los costos asociados (como contrapartida de las ganancias) no se vincula necesaria ni directamente con la responsabilidad estricta.

Por último, la responsabilidad estricta no se funda en consideraciones de política legal y principios, sino que en razones políticas y psicológicas; se trata de una forma de reacción social ante riesgos ambientales temidos. La responsabilidad estricta es expresión del compromiso político hacia la protección ambiental, repudiando las actividades que entrañan daños significativos y sancionando presuntas faltas sin tener que demostrarlas¹⁰².

c) Es más, a partir del emblemático caso *Cambridge Water Co. v Eastern Counties Leather Plc*¹⁰³, la responsabilidad estricta hizo suya un importante ingrediente de la regla de la culpa. Si bien dicho fallo refleja la reticencia judicial a independizar el daño ambiental del daño a la propiedad¹⁰⁴, el mismo extendió la responsabilidad por contaminación histórica mediante la incorporación de la previsibilidad como supuesto de la responsabilidad estricta¹⁰⁵. Por ende, por más peligrosa que pueda ser una actividad contaminante, ante daños impresivibles la responsabilidad estricta no promueve precaución alguna¹⁰⁶.

De esta forma, ambos modelos se han aproximado¹⁰⁷ y la responsabilidad del contaminador que conocía o debía conocer los efectos dañinos de sus actividades se ha transformado en un problema casuístico¹⁰⁸. La distribución de los costos de contaminar entre quienes pueden evitarlos al menor precio se basa en la previsibilidad, condición común de la causalidad en toda clase de responsabilidad civil¹⁰⁹.

102 Cf. CANE (n. 12), pp. 12-14, 19. Entre otras razones que opacan la diferencia entre ambas clases de responsabilidad, cabe mencionar las relacionadas con las defensas disponibles, la dificultad y el costo de evaluar el daño ambiental y los altos costos previsibles de implementar una directiva como la del Libro Blanco. Este problema también fue planteado en la Propuesta (arts. 7.2 y 9).

103 Cf. 1 ALL ER 53 H.L. 1994.

104 Cf. Bell & McGillivray (n. 6), pp. 21, 277-280.

105 La responsabilidad estricta fue asentada en *Rylands v. Fletcher*. Cf. 1861-73 ALL ER Rep. 1, 1866, Exch. Ch.: "cualquiera que trae sobre su tierra un substancia con riesgo de causar daño si escapa de ella debe responder estrictamente ante toda persona que sufra un daño como resultado de ese escape", por BLACKBURN J.

106 Así lo aseveró LORD GOFF en *Cambridge Water*: "si la consecuencia mala es imprevisible (...) la persona no la escogió".

107 STANTON, K., "The Legacy of Rylands v. Fletcher", en MULLANY, N. (ed.), *Torts tomorrow. A tribute to John Fleming*, Sidney, LBC Information Services, 1998, pp. 97-99.

108 Cf. O'QUINN, J., "Not-so-strict liability: a foreseeability for Rylands v. Fletcher and other lessons from Cambridge Water Co. V. Eastern Counties Leather Plc", en *The Harvard Environmental Law Review*, 24, Cambridge (Massachusetts), 2000, pp. 288, 299.

109 Para el análisis económico del derecho la eficiencia es el criterio que permite determinar quién puede evitar la contaminación ambiental al menor costo posible. Para tal objeto se proporcionan pautas que permiten identificar las actividades que deben ser protegidas con reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. Cf. CALABRESI & MELAMED (n. 23), pp. 1096-1097.

III. ASPECTOS RELEVANTES DE LOS FUNDAMENTOS Y LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA Y ESTRICTA.

1. VARIACIONES DE ÉNFASIS EN LAS FUNCIONES DE AMBAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD.

En términos generales, la responsabilidad civil cumple funciones intrínsecas (pedagógicas, promoción del orden y cohesión sociales, protección de intereses individuales y sanción de ciertas conductas) y extrínsecas (de compensación, prevención y distribución de los daños)¹¹⁰. Empero, estas funciones han experimentado una notable evolución.

La compensación, enraizada en la justicia correctiva y retributiva -según se trate de responsabilidad estricta o por culpa, respectivamente-, ha sido desplazada por los fines distributivos impuestos por consideraciones económicas, sociales y políticas¹¹¹. Asimismo, la prevención figura como una tarea secundaria de la responsabilidad civil, toda vez que el daño ambiental proviene en gran medida de accidentes inevitables. De hecho, no es extraño que se sugiera que el reproche personal del comportamiento y la culpa deben quedar relegados al derecho penal¹¹²; sobre todo si se atiende a la falta de evidencia empírica sobre la eficacia preventiva de la responsabilidad civil, a la función coadyuvante de ésta frente a la regulación y a la expansión del seguro¹¹³. Es más, el eventual poder preventivo de la responsabilidad civil sobre la ejecución de ciertas actividades -asociado a un alza de las primas de los seguros- queda neutralizado pues los mayores costos de producción incurridos en actividades con impacto ambiental se transfieren a los consumidores como precios de los bienes y servicios que adquieren¹¹⁴.

Puede apreciarse que, en tanto el albur determina la forma como el sistema jurídico distribuye los daños y los recursos en la sociedad, la responsabilidad civil -valiéndose de sus mecanismos preventivos y reactivos- debe ponderar el derecho a la indemnización de los perjuicios, la libertad de emprender de los agentes y el bien común, para después repartir los costos de la suerte¹¹⁵.

110 Cf. CANE, P., *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, Hart, 1997, pp. 206-207.

111 Cf. MARKESINIS, B.S. & DEAKIN, S.F., *Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 4th ed., 1999, pp. 38, 43.

112 Pero la responsabilidad civil puede orientar la conducta del individuo. Cf. ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, London, Sweet & Maxwell, 15th ed., 1998, p. 30.

113 El riesgo moral ("moral hazard") es el riesgo de que el siniestro sea causado por el mismo asegurado. Para reducirlo a su menor expresión, las compañías aseguradoras suelen exigir, entre otros, medidas de precaución; deducibles; un interés asegurable; y la exclusión de siniestros causados intencionalmente por el asegurado. Cf. CANE (n.110), p. 220. El seguro perturba la conexión entre la culpa y el deber de reparar pues éste es realizado por el asegurador. Cf. АТІУАН, P., *The Damages Lottery*, Oxford, Hart, 1997, pp. 4, 162-3.

114 Atiyah (n.113), p. 31; "(...) demandas por mayores perjuicios equivalen a demandas por mayores primas de seguros y también (...) precios más altos por los bienes y servicios". Atiyah (n. 113), p. 22.

115 Cf. RIPSTEIN, A., *Equality, Responsibility, and the Law*, New York, CUP, 1999, pp. 269-270. Una cuestión ulterior es si los sistemas jurídicos pueden sopesar la libertad de acción y la seguridad de los candidatos a víctima valiéndose de estándares de cuidado objetivos, es decir, en los que la razonabilidad corresponda a la expectativa social de un comportamiento normal. Cf. CANE, P., "Responsibility and fault: a relational and functional approach to responsibility", en CANE, P. & GARDNER, J. (eds.), *Relating to Responsibility. Essays for Tony Honoré on his Eightieth Birthday*, Oxford, Hart, 2001, pp. 81ss.

2. POSIBILIDAD DE SUSTENTAR AMBOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE DAÑOS EN UNA MISMA MORALIDAD.

a) Esta es la tesis del profesor de Oxford, Tony Honoré. Dicho autor funda ambas clases de responsabilidad civil tanto en el rechazo social hacia ciertas actividades –ya sea por su peligrosidad connatural, ya sea por ejecutarse con menos cuidado que el exigible en el caso concreto- como en la convicción de que debemos asumir los resultados inevitables de nuestras acciones (“mala suerte”). Bajo esta óptica la responsabilidad es inherente a la condición humana; es decir, la aceptación de la conducta de cada uno y sus efectos es propia de la identidad como individuos. Con arreglo al principio de cargas y beneficios, así como nos beneficiamos de una actividad así también debemos asumir las pérdidas que ésta pueda acarrear. En un extremo esto significa atribuir la responsabilidad estricta por actividades peligrosas aun si se ha observado el cuidado debido. En el vértice opuesto, supone entender que los estándares objetivos de diligencia atribuyen responsabilidad por consecuencias irresistibles, provenientes de la estupidez o de la inconsciencia acerca de nuestra propia incapacidad para evitar causar daños o reducir riesgos¹¹⁶. Este es el núcleo de una responsabilidad *ex post* que opera ante daños consumados, en contraposición a una responsabilidad *ex ante* (por riesgos), aspecto a considerar cuando la responsabilidad civil es cotejada con el derecho administrativo como medios alternativos para el control ambiental¹¹⁷.

Honoré constata además el sentido complementario de ambas reglas de responsabilidad y sus respectivos fundamentos. El autor sustenta la responsabilidad civil en la justicia correctiva (vinculada naturalmente a la responsabilidad estricta). Sin embargo, esta es atenuada por la justicia retributiva (asociada a la culpa) con el objeto de asegurar cierta proporcionalidad entre la indemnización y la gravedad de la conducta del demandado. Con ello se desestima una responsabilidad estricta absoluta¹¹⁸, permitiendo que el demandado se defienda alegando la culpa de la víctima.

b) La libertad individual es consubstancial a la responsabilidad por resultados. Ello implica cargar con nuestras propias vicisitudes, concepción contrapuesta a la imposición social de responsabilidad. Al respecto, Perry destaca dos formas de comprender la responsabilidad por resultados: la variante “personal” refleja la identidad individual prescindiendo de las consecuencias de nuestras acciones; la variante “social” (“principio del riesgo”) se centra en los daños que generamos con nuestras acciones. La versión social corresponde a un enfoque liberal de la responsabilidad civil, ya que sólo atiende a la relación causal entre hecho y daño; es decir, está cimentada en el derecho a la reparación y no en la distribución de los riesgos.

Se advierte el parecido entre la versión personal y la responsabilidad por culpa, por una parte, y entre la versión social y la responsabilidad estricta, por otra. Sin embargo, como la versión social supone un dominio sobre los efectos de nuestras acciones, se requiere

¹¹⁶ Cf. HONORÉ, T., *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart, 1999, pp. 7-28, 40, 70-80. Los estándares objetivos de cuidado y la responsabilidad estricta difieren del *means rea*. En efecto, la responsabilidad no es descartada *a priori* por falta de intención. Sin embargo, la inevitabilidad de una conducta exime de responsabilidad moral. Cf. CANE, P., HONORÉ, T., STAPLETON, J. (eds.), *The Concept of Law (H.L.A. Hart)*, Oxford, OUP, 2nd ed., 1994, pp. 178-179.

¹¹⁷ Cf. supra IV, 2.

¹¹⁸ Cf. Honoré (n. 116), pp. 81-87.

un solo sujeto responsable; por ende, dicha versión puede ser explicada más claramente según la perspectiva personal de la responsabilidad, aunque ello resulte paradójico.

La responsabilidad por resultados contribuye a definir las consecuencias atribuibles a la elección y la actividad de cada cual (“agencia”) por las que deberemos responder. La agencia comprende los resultados bajo el control del sujeto, esto es, los daños que estando causalmente vinculados a su acción, él pudo predecir y evitar. Sin embargo, Perry pone de manifiesto el error que significa suponer que los resultados pertenecen exclusivamente al demandado, en circunstancias que toda persona autónoma (incluso la víctima de un accidente) es un ser activo aunque elija no actuar¹¹⁹.

c) No obstante, tal como indica Cane, una responsabilidad civil circunscrita a la mera relación moral entre agencia y resultado/compensación, que desconozca la justicia distributiva, la prevención y la sanción, es insuficiente. Asimismo, siguiendo a dicho autor, la idea de “lotería de la vida” es incorrecta porque la responsabilidad presupone capacidad y control sobre nuestras acciones y sus efectos. De este modo, se excluyen las nociones deterministas: no tenemos que responder por daños fortuitos o providenciales¹²⁰.

3. NECESIDAD O NO DE LA INFRACCIÓN DE UN DEBER DE CUIDADO.

a) La responsabilidad estricta -parafraseando a Hart- atribuye la reparación de los daños simplemente a quien los ha causado, aunque no tenga un deber moral de repararlos¹²¹. En cambio, la responsabilidad por culpa es construida a partir de estándares de cuidado cuya observancia permite reducir, a un nivel tolerable, el riesgo de daño. Esto se logra a partir de la determinación objetiva de la previsibilidad, fundada en “qué debiera haberse hecho” y no en “qué se hizo”¹²².

b) Así, el riesgo es connatural a la culpa: sólo puede atribuirse responsabilidad por las consecuencias de la conducta que su autor pudo controlar. Por consiguiente, el estándar de lo que debe hacerse ha de establecerse en función de los riesgos que no deben imponerse a los demás, y no de los daños que no deben causárseles. Ello porque podemos provocar daños que no controlamos y porque es más probable controlar la creación de riesgos que la de daños, dado que estos están sujetos a más contingencias que escapan a nuestro control¹²³.

c) No obstante, existe el peligro de que -con el afán de objetividad- la definición del comportamiento prudente lleve al extremo la fórmula matemática de comparación de

119 Cf. Perry, S., “Honored on Responsibility for Outcomes”, en Cane & Gardner (n. 115), pp. 61ss.

120 La justicia correctiva es satisfecha mediante la resolución de conflictos, en tanto que la justicia distributiva orientando las conductas. Cf. Cane (n. 110), p. 18; Cane (n. 115), pp. 81ss.

121 Cf. Cane, Honoré & Stapleton (n. 116), p. 166.

122 Cf. ATIYAH (n. 113), pp. 3-5. Se ha destacado la similitud que existiría entre la responsabilidad por las acciones y la “capacidad de actuar de otra forma”. Cf. PETTIT, P., “The capacity to have done otherwise: an agent-centred view”, en CANE & GARDNER (n. 115), pp. 21, 33. Un aspecto positivo del *modus operandi* que privilegia las apreciaciones legales por sobre las consideraciones psicológicas, es la producción de sentencias más técnicas. Cf. CANE (n. 110), pp. 30-31, 36-39; y CANE, P., *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London, Butterworths, 6th ed., 1999, pp. 37-38.

123 Cf. ROSENKRANTZ, C., “El Riesgo y la Responsabilidad Extra-contractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación”, pp. 8-9. Tuve acceso a la versión publicada del mismo artículo, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 2, B. Aires, 1998.

costos de prevención versus daños¹²⁴. Esto puede ser incompatible con la compleja medición de los elementos básicos de la responsabilidad¹²⁵. En efecto, al fijar la probabilidad y la magnitud del daño el juez debe sopesar los valores sociales y tolerar ciertos riesgos, aunque estos hubiesen podido prevenirse o evitarse¹²⁶. Asimismo, el juez debe procurar que el estándar de cuidado objetivo trascienda la culpabilidad del demandado (omisión de precaución para impedir el daño) y cumpla un rol preventivo¹²⁷. Pero sin olvidar que la insolvencia del demandado es un serio obstáculo para la reparación efectiva de los daños causados culpablemente¹²⁸.

d) La culpa se sitúa en el núcleo del deber de compensar los daños. Esta puede definirse en función de la transgresión de las expectativas legítimas derivadas de las normas, valores y prácticas prevalecientes en la sociedad. La culpa denota el injusto en el actuar y no en el hecho. La conducta es injusta *per se* pues se sitúa debajo del umbral de cuidado objetivo. A la inversa, la responsabilidad estricta es por un “mal” (lesión del derecho ajeno), independientemente si la acción en sí es o no legítima¹²⁹.

Conforme la responsabilidad estricta, el sujeto que debe soportar los costos de una actividad es identificado sin referencia a la culpa, la que además no es sustituida por factor alguno¹³⁰. La diligencia del demandado no le exonera de responsabilidad por el propio infortunio, sino que debe indemnizar el daño aunque derive de una actividad legítima.¹³¹ Mediante esta regla se intenta proteger los intereses de la víctima y la sociedad. Por la vía de excluir la culpa se procura aumentar la posibilidad de atribuir los costos de las acciones a sus ejecutores¹³².

124 Cf. Juez norteamericano Learned Hand, en *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2nd circ. 1947) donde estimó culpable el caso en que los costos de prevención, multiplicados por la probabilidad de la ocurrencia del daño, superan el monto de éste.

125 La diligencia debida es determinada a través de un proceso que opera como si estuviese diseñado para identificar conductas que minimizan los costos de los accidentes. En realidad, los tribunales suelen no pensar (como el juez Learned Hand) en términos de resultados aritméticos, sino que examinan la conveniencia de una conducta basándose en valoraciones generales –vgr. la justicia– sobre el riesgo que la misma impone en relación con los costos de reducir este último. Cf. SHAVELL (n. 86), pp. 19-20.

126 Cf. Cane (n. 122), pp. 32-35.

127 Cf. Cane (n. 122), pp. 40, 145-150.

128 Se propone mantener conceptualmente independientes la indemnización de los accidentes que dan lugar a la primera. La responsabilidad civil confiere el derecho a compensación siempre que la acción sea anti-jurídica. De este modo, se procura disuadir de la ejecución de aquellas actividades que dañan los intereses ajenos de mayor reconocimiento social. Cf. POSNER, R., “Killing or wounding to protect a property interest”, en LEVMORE, S. (ed.), *Foundations of Tort Law*, New York, OUP, 1994, pp. 44-45.

129 Cf. COLEMAN, J., *Risks and Wrongs*, Cambridge, CUP, 1992, pp. 262, 278-284, 325, 329, 332-335, 402; COLEMAN, J., “Tort Liability and the limits of Corrective Justice”, en COLEMAN, J. & BUCHANAN, A. (eds.), *In Harm's way. Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, CUP, 1994, pp. 139ss.

130 Cf. Cane (n. 122), pp. 75, 77.

131 Cf. CANE (n.122), p. 160. La responsabilidad estricta incita una “cultura de la culpa”, es decir, produce el efecto de hacer a los demás responsables por nuestros propios accidentes. A consecuencia de ello, la reparación y el seguro de responsabilidad contra terceros son fomentados, pero la prevención queda disminuida. Cf. ATIYAH (n. 113), pp. 138-139, 143, 162-163.

132 En este sentido, Fuller considera que la responsabilidad estricta se funda en la consideración económica de que los costos previsibles de las actividades deben internalizarse en los costos privados de emprenderlas. Tal como en los impuestos, la responsabilidad estricta corrige el relajamiento en la precaución que genera la regla de la culpa. Cf. FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven, YUP, 1969, p. 75.

e) En relación con lo indicado en la letra d) anterior, se sostiene que la responsabilidad por culpa promueve un sistema judicial lento y oneroso, en el cual serían totalmente aleatorios la determinación del demandado, del monto de la indemnización y su obtención. Por el contrario, la responsabilidad estricta promovería la internalización de los costos de los accidentes y su distribución social, mediante el aumento de los precios de los bienes y servicios y la contratación de seguros de responsabilidad¹³³.

4. DERECHO DE EMPRENDER Y DERECHO A NO SER PERJUDICADO.

a) Desde otra perspectiva, ambos modelos de responsabilidad reflejan la interacción entre la libertad de acción de los victimarios y la seguridad de las víctimas de los daños accidentales¹³⁴. Dado que toda acción afecta los intereses ajenos en mayor o menor medida, para atribuir responsabilidad normalmente no basta establecer la relación causal entre la acción y el daño sino que además debe tenerse la certeza de que al demandado no asistió un buen motivo para dañar o exponer a los demás a un riesgo¹³⁵. Así, un sujeto puede tener en justicia distributiva el derecho a contaminar si su actividad produce más beneficios que costos, pero puede no tenerlo si los terceros le pagan para que no lo ejerza¹³⁶; y en este caso –si él infringe ese compromiso, contaminando- deberá responder.

b) La responsabilidad civil es un instrumento que procura minimizar *ex ante* los costos de los accidentes y distribuir eficientemente los riesgos, para lo cual atribuye *ex post* el deber de reparar los daños. La elección entre los modelos de atribución de daños depende de la preferencia social en la asignación inicial de la riqueza. La responsabilidad estricta favorece a los candidatos a víctima, imputando al hechor la obligación de compensar, a menos que el mismo pruebe un defecto en la conducta de la víctima capaz de causar el daño. Ello descarta la ausencia de culpa como eximente de esa responsabilidad. En cambio, la responsabilidad por culpa denota una inclinación pro victimarios, ya que la misma radica los daños en la víctima mientras ésta no acredite que ellos fueron causados por culpa ajena¹³⁷.

c) Si se quiere privilegiar la libertad de acción de los victimarios la opción natural es la responsabilidad por culpa. Esta permitiría discernir entre conductas correctas (y eficientes) e incorrectas (o ineficientes) lo que no podría lograrse mediante la sola

133 Cf. АТИҮАҢ (n.113), pp. 143, 149. La responsabilidad estricta es preferida, en parte, por la debilidad implícita en la regla inversa: la disonancia entre la culpabilidad y la solvencia del demandado. Cf. ROGERS (n. 112), p. 31. "(...) los daños difícilmente son pagados por el verdadero responsable (...) frecuentemente son pagados, en primer lugar, por los aseguradores, o por entidades públicas (...) En último término, la mayoría (...) son pagados por el público, del mismo modo como pagan impuestos". АТИҮАҢ (n.113), p. 21.

134 Este trabajo no aborda el daño intencional. Esta clase de perjuicio suele ser repudiado porque implica la utilización de las víctimas. Cf. OWEN, D., "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law", en OWEN, D. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 205. En efecto, la "rectitud de conducta" supone la consistencia entre medios y fines. Cf. FINIS, J., "Intention in Tort Law", en OWEN (ed.) (1997), op. cit., pp. 238, 244. Con todo, la intención no es esencial a la responsabilidad civil, pues ésta se basa en los intereses de las víctimas y en los valores sociales. Por ende, el rol simbólico carece de la relevancia que sí tiene en el derecho penal. Cf. CANE, P., "Means Rea in Tort Law", en *Journal of Legal Studies*, 20, Oxford, 2000, pp. 533ss. En fin, los delitos civiles generan menos litigación que los cuasidelitos. Cf. АТИҮАҢ (n. 113), p. 8.

135 Cf. Owen (n. 134), pp. 208-209.

136 Cf. Calabresi & Melamed (n. 23), p. 1121.

137 Cf. Coleman (1992/n. 129), pp. 212-229, 243.

causalidad¹³⁸. La responsabilidad por culpa propende a un nivel de riesgos aceptable, pues obliga a sopesar el derecho de las víctimas a no ser dañadas con la libertad para emprender de los agentes. Para tal efecto la culpa se basa en el dominio del riesgo (control), lo que significa que quien ejecuta una actividad en forma imprudente y crea riesgos para los demás debe asumir como propios los daños resultantes. Se trata de restaurar la igualdad entre los individuos y la equitativa distribución de los riesgos que ha sido perturbada por el victimario. Este objetivo de la justicia correctiva es perseguido mediante la compensación¹³⁹.

d) Weinrib rechaza la responsabilidad estricta pues ésta prescinde de la igualdad esencial de las personas, principio que no reconoce razones *a priori* para preferir la seguridad de los candidatos a víctima en detrimento de la libertad de acción de los potenciales victimarios¹⁴⁰. Adicionalmente, el autor le reprocha carecer de asidero moral en cuanto mecanismo de reacción ante accidentes inevitables¹⁴¹.

En este sentido, el sesgo tentativo de la responsabilidad por culpa (es decir, evitar el daño acatando el cuidado debido) es confrontado con la impronta focalizada en los resultados propia de la responsabilidad estricta (que sólo intenta eliminar la causación de daños)¹⁴². Se plantea que la responsabilidad estricta es injusta y contraria a la ética. Por una parte, el hecho de responsabilizar a alguien por resultados no buscados vulnera su libertad de acción. Por otra parte, la creación de riesgos anormales¹⁴³ como fuente autónoma de esta responsabilidad, se desvía notoriamente de la idea de culpabilidad¹⁴⁴.

e) Asimismo, aun cuando el énfasis de la responsabilidad estricta en la seguridad de la víctima puede neutralizarse con el que la responsabilidad por culpa imprime sobre la libertad de acción del victimario, la primera se contrapone a la justicia correctiva y a la noción de agencia. Pues atribuir daños a alguien que no fue culpable de producirlos implica responsabilizarlo por el solo hecho de ser activo, esto es, humano¹⁴⁵. Si bien es cierto que, cuando se decide emprender una actividad, también se elige exponer a los demás a determinados riesgos, responsabilizar al agente sólo porque dañó a otro contradice el principio aristotélico-kantiano de la idéntica libertad individual de las personas, conforme al cual son “culpables” las acciones realizadas con menos cuidado que

138 Cf. RIPSTEIN (n. 115), pp. 49-60, 70-71; STOLJAR, S. *Concerning Strict Liability*, en FINN, P. D. (ed.), *Essays on torts*, Sidney, The Law Book Company Limited, 1989, p. 293.

139 Cf. RIPSTEIN, A., “Private Law and Private Narratives”, en CANE & GARDNER (n. 115), pp. 57-59.

140 Cf. WEINRIB, E., *The Idea of Private Law*, Cambridge (Massachusetts), HUP, 1995; ENGLARD, I., *The Philosophy of Tort Law*, Cambridge, Dartmouth Publishing, 1993, pp. 7-8, 44-48.

141 Los accidentes se deben más a la inexperiencia, estupidez o incompetencia, que a una culpabilidad individual. Cf. ATIYAH (n. 113), p. 33.

142 Cf. GARDNER, J., “Obligations and Outcomes in the Law of Torts”, en CANE & GARDNER (n. 115), pp. 111ss. Sin embargo, la responsabilidad por culpa no necesariamente se traduce en una obligación de medios, sino que también puede ser interpretada como una obligación de resultados. En este último caso el deber de cuidado obliga al hechor a usar los medios adecuados para evitar el daño. Cf. CANE & GARDNER (n. 115), p. 231.

143 La anormalidad tradicionalmente se concibe en función de la probabilidad y la magnitud de los riesgos. Con todo, se postula considerar preferentemente la seriedad del daño amenazado, como en *Fletcher v. Rylands* (“potencialmente puede causar daño si escapa”), desplazando a la posibilidad de que se pierda el control. Cf. KRESS, K. “The seriousness of harm thesis for abnormally dangerous activities”, en OWEN (n. 134), pp. 277-278, 282.

144 Cf. FLEMING, J., *The Law of Torts*, Sidney, LBC Information Services, 9th ed., 1998, pp. 11, 369.

145 Cf. Weinrib (n. 140), pp. 145, 168-169, 177, 181, 203.

el exigible en las circunstancias. Esto no obsta a la ineficiencia de un comportamiento más diligente que el que cabe esperar según el estándar aplicable¹⁴⁶.

f) Con todo, no existen razones *a priori* para inclinarse por la culpa, la que fuera la regla inicial postulada por Holmes¹⁴⁷.

Primero, aunque se proclame la mayor eficiencia de la responsabilidad por culpa (inhibiendo a las partes de recurrir a la litigación) no es dable afirmar –mientras no exista evidencia concluyente– que los potenciales victimarios son más meritorios que las futuras víctimas, ni que éstas son totalmente pasivas respecto del daño que sufren. En efecto, el hecho que un sujeto decida actuar no necesariamente supone que haya elegido dañar a otros; estos últimos, a su vez, no pueden reputarse absolutamente pasivos, pues toda víctima interviene en la misma actividad que le daña.

Segundo, aunque se estimara que la responsabilidad estricta es inmoral pues impone a sus destinatarios un arrepentimiento por actos legítimos (habrá que responder de ellos independientemente de la diligencia puesta en su ejecución), la responsabilidad civil es una consecuencia bastante más fría que los sentimientos pues se reduce al pago de una suma de dinero a cambio del ejercicio de un derecho¹⁴⁸. Ni el hecho que la responsabilidad estricta prescinda de la culpabilidad la torna ilegal¹⁴⁹.

En fin, la responsabilidad estricta puede impedir que alguien se beneficie con ciertas actividades a expensas de las víctimas, quienes de otra forma tendrían que probar la culpa de los agentes¹⁵⁰. Si éstos, promoviendo sus intereses personales, deliberadamente eligieron exponer a los demás a riesgos anormales, no es equitativo que las víctimas absorban las consecuencias de una decisión que les es por completo ajena. Desde esta perspectiva la responsabilidad estricta pasa a ser una condición para emprender actividades nocivas o peligrosas¹⁵¹. En este sentido la base moral de la responsabilidad estricta descansa en la producción de daños con motivo de la ejecución de dichas actividades, en las que su agente eligió voluntariamente participar¹⁵².

146 Cf. Wright, R., "The standards of care in Negligence Law", en Owen (n. 134), p. 256.

147 Como se sabe, Holmes formuló magistralmente la necesidad de justificar la atribución del daño en términos tales que permiten inferir una opción *prima facie* por la responsabilidad subjetiva: "El principio general de nuestro derecho es que la pérdida por un accidente debe quedar donde caiga y este principio no se ve afectado por el hecho de que un ser humano sea el instrumento de la desgracia... un perjuicio resultante de un accidente inevitable, o, lo que de acuerdo al derecho o a la razón constituye la misma cosa, de un acto que el cuidado y la previsión humanos y ordinarios son incapaces de precaver, no es sino la desgracia del damnificado, sin que constituya fundamento para la responsabilidad legal". Cf. HOLMES, O. W., *The Common Law*, B. Aires, Tipográfica Editoria Argentina, trad. 45ª ed., 1964, p. 95. En el mismo sentido se dice que mientras la seguridad de la víctima supone una responsabilidad por causación sin culpa, la libertad de acción de los operadores requiere la culpa como factor de atribución de los daños. Cf. FLEMING (n. 144), pp. 5, 10-11.

148 Cf. COLEMAN, J., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, CUP, 1988, pp. 166ss.

149 Es más, aunque se ha declarado la inconstitucionalidad de las presunciones de culpa de derecho, la responsabilidad estricta es considerada legítima. Cf. *Western & Atlantic Railroad v. Henderson* 279 U.S. 639 (1929).

150 Cf. EPSTEIN, R., *A Theory of Strict Liability. Towards a reformulation of Tort Law*, San Francisco (California), Cato Institute, 1980, p. 133.

151 Cf. FLEMING, J., *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1985, p. 155.

152 "Lo que la moralidad interna del derecho demanda de una regla de responsabilidad estricta no es que termine ordenando lo imposible, sino que defina lo más claramente posible el tipo de actividad que produce una recarga especial de responsabilidad legal", FULLER (n. 132), p. 75.

g) En definitiva, parece prudente una responsabilidad por culpa como medio de acometer los daños derivados de actividades que impongan un nivel de riesgo tal para los prójimos que sea irrazonable atribuir a un individuo la reparación de los perjuicios sólo porque se benefició a expensa ajena¹⁵³. La culpa puede convertirse en el factor de imputación general, que le dé sentido a la relación causal y deje sólo algunas áreas específicas a la responsabilidad estricta¹⁵⁴.

5. TENTATIVAS DE INTEGRACIÓN DE LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

a) Cabe admitir la seria dificultad para favorecer en forma radical los intereses de determinadas categorías de personas y, por ende, para imponer una u otra regla de responsabilidad basada en razones últimas. De ahí la sensatez que implica valerse de criterios económicos para delinear el daño permisible y las conductas culpables, como también para equilibrar los bienes jurídicos comprometidos: la libertad individual, el bien común, los costos de la precaución y el daño¹⁵⁵. En este sentido, deben destacarse los aportes del análisis económico del derecho, a saber el rescate de la función distributiva de la responsabilidad civil; la inclusión de la utilidad social en la responsabilidad moral; y la apreciación de la justicia correctiva en orden a aumentar la riqueza¹⁵⁶.

b) Lo anterior sugiere la necesidad de combinar ambos modelos de responsabilidad, esto es, de integrar los fines aparentemente contradictorios de corte preventivo, distributivo y de justicia correctiva que a cada uno les corresponde atender, sin ignorar las limitaciones del derecho de daños para alcanzar objetivos tan vastos como la protección ambiental.

Una muestra de dicha tendencia es ofrecida por Englard. Frente a la incompatibilidad práctica entre justicia correctiva e indemnización resultante de la insolvencia del demandado, dicho autor propone una responsabilidad civil que funcione con criterios razonables y que propenda tanto a la justicia correctiva como a la justicia distributiva. Sin embargo, según indica el mismo autor, no se trata de caer en una obsesión por la eficiencia que podría anular las peculiaridades de cada modelo de responsabilidad, ni de crear un factor de ineficiencia determinista (en cuya virtud la sola atribución de responsabilidad revelaría la disfunción disuasiva del sistema). Al contrario, se trata de evitar una retórica moralista inconsistente con el impacto del seguro de responsabilidad, que refuerza la justicia correctiva con elementos distributivos más allá de la relación entre víctima y victimario¹⁵⁷.

153 Cf. PERRY, S., "The impossibility of general strict liability", en WEINRIB (n.77), pp. 182-185, 192-197.

154 A la postre, una responsabilidad estricta general ocultaría la relación de causalidad que debe darse entre un hecho y un daño. Cf. FULLER (n. 132), p. 76.

155 Cf. OWEN (n.134), pp. 217-220; 224-228.

156 Cf. POSNER, R., "The concept of Corrective Justice in recent theories of Tort Law", en LEVMORE (n.128), pp. 61, 66-6. Posner postula que la justicia correctiva aristotélica (analizada en la *Ética Nicomaquea* inmediatamente después de la justicia distributiva) es coherente con la teoría económica. A su vez, la justicia distributiva sería un medio para maximizar la riqueza, objetivo último del Estado justo.

157 Cf. ENGLARD (n. 140), pp. 11-12, 14, 25, 41-42, 52-53, 58-9, 227-229. Según una interpretación, aparentemente minoritaria, si la justicia correctiva fuese incompatible con la compensación la responsabilidad civil se limitaría a determinar los recursos disponibles para las partes, función bastante más elemental que definir el derecho a indemnización. Cf. McBRIDE, N. & BAGSHAW, R., *Tort Law*, Essex, Longman, 2001, p. 24.

c) Fundado en razones de justicia, Fletcher recomienda combinar la responsabilidad estricta *ex-ante* (que puede provenir de riesgos ultra peligrosos) y la responsabilidad por culpa *ex-post* (por un daño que podría haberse evitado adoptándose el cuidado debido). Esto se traduce en que el demandado deberá en principio reparar los daños provenientes de los riesgos excesivos que ha creado, aunque podrá eximirse probando que tales riesgos eran razonables¹⁵⁸.

d) Más importante en todo caso es el análisis de Fletcher sobre ambos modelos de responsabilidad bajo dos paradigmas, a saber: la reciprocidad y la razonabilidad, pilares del derecho a reparación y de la obligación de indemnizar. La idea de reciprocidad denota el derecho a una seguridad equivalente medida en la conducta de las víctimas; por ende, la víctima tendrá derecho a ser compensada si el hechor ha creado mayores riesgos que la primera. A su vez, la razonabilidad es función del adecuado balance entre los costos y los beneficios sociales derivados de una actividad¹⁵⁹. Ambos modelos de responsabilidad son expresiones complementarias de la reciprocidad, pero están situados en distintas “comunidades de riesgo”. La culpa supone que cada sujeto crea tantos riesgos como los que sufre y los riesgos no recíprocos son los daños causados mediante acciones descuidadas¹⁶⁰. La responsabilidad estricta es una reacción a la creación de riesgos no recíprocos, como los que provienen de actividades peligrosas¹⁶¹.

e) Por su parte, Coleman señala que la justicia correctiva no permite entender aquellas áreas en las que la responsabilidad civil puede contribuir al logro de determinadas metas sociales, entre otras, la protección ambiental. De ahí que confronte a la justicia correctiva con el contexto social, intentando una explicación general de la relación entre distintas ramas e instituciones jurídicas y la responsabilidad civil. Su propósito es distinguir los incentivos para optar entre la regulación y la responsabilidad civil como instrumentos alternativos de políticas públicas.

Para Coleman el principio rector de una responsabilidad civil por los resultados se basa en la agencia y la asunción de los propios infortunios y daños causados a los demás¹⁶². En su concepto, la justicia correctiva y la justicia distributiva son las componentes de

Otro intento en esta orientación puede vincularse a la noción de “integridad en el derecho”. Dicho concepto tiene una arista convencional, en función del derecho establecido, y una dimensión pragmático-innovadora, que aplica casuísticamente los principios de justicia, equidad y debido proceso, fomentando la convergencia moral de la justicia distributiva (“compasión colectiva”) con la justicia correctiva (“distribución de los costos de los accidentes entre los actores privados”). Este esfuerzo es emprendido pese a que ambas formas de justicia en la práctica colisionen y fuercen la elección de una sola. Cf. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts), HUP, 1986, pp. 225, 243, 269-270.

158 Cf. Fletcher, G. P., “The search for synthesis in Tort Theory”, en Weinrib (n. 77), pp. 116ss.

159 Cf. Fletcher, G.P., “Fairness and Utility in Tort Theory”, en Levmore (n. 128), pp. 48ss.

160 Sin embargo, destaca Rosenkrantz, la innovación de Fletcher es haber objetivado la culpa. Es decir, para la configuración de ésta ya no se necesita saber lo que habría hecho un sujeto razonable en las mismas circunstancias (cf. LORD REID, *Bolton vs. Stone* (1951) App. Cas 850 HL) ni conocer los costos de la conducta alternativa (cf. Learned Hand), sino que basta con compensar los riesgos producidos por el demandante con los creados por el demandado. Cf. ROSENKRANTZ (n. 123), pp. 10-12.

161 La responsabilidad estricta cumpliría una función más integral, en cuanto a la internalización de los riesgos, que la regla de la culpa. En efecto, bajo aquel sistema los riesgos generados por los hechores no equivalen a los creados por las víctimas; además, el demandado tiene mayor capacidad para evitar los costos asociados a dichos riesgos. Cf. FLEMING (n. 151), p. 156.

162 Cf. supra III, 2.

una responsabilidad moral erigida sobre la distribución equitativa de los costos propios de la mala suerte (infortunios de la vida). La responsabilidad no se infiere a partir de interpretaciones naturalísticas (como la previsibilidad), sino de la justicia moral y política en la distribución de los daños. Le justicia correctiva y la justicia distributiva responden a una explicación holística, cual es la idea de reciprocidad entre personas iguales y libres. Esta aproximación opera en tres niveles: (i) como principio abstracto de moralidad política, fundado en la justa distribución de los costos de los infortunios de la vida, donde la justicia distributiva ayuda a identificar las circunstancias de las que dependen las decisiones para emprender diversas actividades; (ii) como prácticas sociales de justicia correctiva, en las cuales se persigue la equidad en la distribución de los costos de los infortunios de la vida que resultan de la puesta en práctica de esas decisiones. Esto se realiza atribuyendo los daños al responsable de las conductas injustas; (iii) y, por último, como principio regulador, en cuya virtud la responsabilidad civil fija los estándares objetivos de conducta, el deber de reparar y los supuestos bajo los cuales éste puede ser imputado¹⁶³.

f) Los intentos dogmáticos reseñados en las letras precedentes evidencian cuán complejo es integrar ambos modelos de responsabilidad y sus respectivas funciones y fines. Estos problemas son agravados por la carencia de información empírica concluyente sobre los efectos distributivos y los costos administrativos de ambos modelos¹⁶⁴.

6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ES UN INSTRUMENTO DE LA JUSTICIA CORRECTIVA EN QUE ENCUENTRA UNA EXPLICACIÓN PLAUSIBLE.

a) La responsabilidad civil es un instrumento relativamente débil para atender objetivos sociales como la protección ambiental. El derecho de daños es eminentemente privado, ya que su función primaria consiste en satisfacer la justicia correctiva mediante la reparación, bajo la regla de la culpa (con vocación de modelo canónico) o de la responsabilidad estricta (que está destinada, aparentemente, a zonas específicas de la ilicitud civil). Por eso se dice que al deber de reparar los perjuicios subyace la idea de agencia, que la justicia correctiva es una justicia distributiva localizada y que la indemnización sustituye el derecho de la víctima a una seguridad equivalente a la de sus semejantes¹⁶⁵. Por eso, también, tiene sentido sustentar la responsabilidad civil en su propia coherencia estructural, vinculada esencialmente con la justicia correctiva. Aunque este punto de vista haya sido calificado de autónomo, formal, sistemático, individualista y apolí-

¹⁶³ Cf. COLEMAN, J., *The Practice of Principle. In defence of a pragmatist approach to Legal Theory*, Oxford, OUP, 2001, pp. 4ss, 18-62.

¹⁶⁴ Cf. CALABRESI, G. & KLEVORICK, "A. Four tests for liability in torts", en WEINRIB (n. 77), pp. 138-139, 172-173. Ambos autores diseñaron cuatro tests de responsabilidad para determinar la atribución de los daños por el sujeto *prima facie* gravado (víctima o victimario): (i) Learned Hand ex-ante: se atribuyen los daños a quien -al tiempo del accidente- sabía o debía saber que los costos de prevención eran inferiores que los del accidente; (ii) responsabilidad estricta ex-ante: se atribuyen los daños a quien -a la misma época- estaba en la mejor posición para comparar los costos de prevención y tomar la decisión consiguiente; (iii) Learned Hand ex-post: se atribuyen los daños a quien los causó siempre que -al tiempo del litigio- los costos de prevención sean menores que los del accidente; (iv) responsabilidad estricta ex-post: se atribuyen los daños luego de una indagación similar a la regla (iii), pero según el conocimiento del hechor sobre los costos de prevención al tiempo del accidente o del juicio.

¹⁶⁵ Cf. Weinrib, Perry y Fletcher, respectivamente. Una sinopsis en FREEMAN, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London, Sweet & Maxwell, 7th ed., 2001, pp. 564-566.

tico¹⁶⁶, uno puede considerarlo simplemente como la clásica forma de comprender la responsabilidad civil y su tarea esencial.

b) Coincidentemente, y pese a sus últimas publicaciones sobre integración de los fundamentos de la responsabilidad civil¹⁶⁷, Coleman entiende que esta se basa en la justicia correctiva, cuyo núcleo es la relación entre el derecho y el deber a ser indemnizado. Tales derecho y deber operan cuando una persona sufre daños atribuibles al mal actuar de (culpa) o al mal causado por (responsabilidad estricta) terceros. Sin embargo, es posible atribuir responsabilidad a personas diversas de quienes debieran indemnizar a la víctima, sin por ello comprometer el logro de la justicia correctiva. Esto sucede cada vez que no exista coincidencia entre el ser culpable y el estar en la mejor posición para prevenir accidentes. Es así necesario determinar si el daño sufrido por la víctima puede imputarse a un tercero distinto del que lo causó, en concreto, si es posible atribuirlo a quien pudo evitarlo al menor costo. En consecuencia, la justicia correctiva puede depender de instituciones y prácticas que trascienden de la intimidad entre víctima y victimario (por ejemplo, la indemnización puede obtenerse vía impuestos y seguros), al tiempo que la justicia retributiva puede lograrse mediante sanciones penales¹⁶⁸.

No es en la eficiencia ni en la prevención, sino en la justicia correctiva, donde se encuentra la explicación más plausible de la responsabilidad civil. La justicia correctiva determina que la compensación se active ante la infracción de un deber primario, a saber el respeto del interés ajeno. La responsabilidad civil es un mecanismo de control social de la justicia correctiva, que se legitima en tanto sistema casuístico y bilateral de adjudicación de derechos mediante la aplicación *ex-post* de reglas a daños causados *ex-ante*. Esta función resulta de una relación privada, entre víctima y victimario, sujeta al escrutinio judicial. La responsabilidad civil emprende esta tarea independientemente de la prevención de los costos de los accidentes y de otros efectos generales¹⁶⁹.

En nuestra tradición jurídica también se alzan voces que consideran que la justicia conmutativa es la única finalidad y función normativa de la responsabilidad civil. La misma está encapsulada en el principio *alterum non laedere*. Parafraseando a Pantaleón, la reparación no borra el daño del mundo sino simplemente lo cambia de bolsillo. La responsabilidad civil no cumple una tarea de ingeniería social o preventiva, mas le concierne el conflicto entre víctima y victimario¹⁷⁰.

c) La responsabilidad civil esencialmente realiza la justicia correctiva entre víctimas y victimarios, protegiendo los intereses de las primeras ante ciertas conductas nocivas de los segundos¹⁷¹. Por tal razón cabe preguntarse en qué medida esta puede ser útil

166 Cf. Englard (n. 140), pp. 7-8, 44-48.

167 Cf. Coleman (n. 163).

168 Cf. Coleman (n. 148), pp. 166ss.

169 Cf. Coleman (n. 163).

170 Cf. PANTALEÓN, F., "Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual", en *Revista Derecho y Humanidades*, Santiago, 2002, pp. 17ss.

171 Para Weinrib el derecho privado consiste en una relación bipolar entre víctima y victimario. En sus conceptos, este principio debiera guiar la interpretación de la responsabilidad civil, en contraposición a un funcionalismo basado en premisas tales como que el derecho y la política, o el derecho privado y el derecho público, no pueden distinguirse uno del otro. En sentido figurado "explicar el amor en término de fines extrínsecos es necesariamente un error (...) El amor es en sí un fin. Mi opinión es que, en este sentido, el derecho privado es como el amor". WEINRIB (n. 140), p. 21.

como instrumento de control ambiental y en qué grado conviene recurrir a mecanismos alternativos mejor diseñados para prevenir y/o reparar daños difusos y, por ende, cuál es su valor en relación con el diseño y ejecución de políticas públicas tan generales como la protección ambiental¹⁷².

Si se quiere convertir a la responsabilidad civil en una responsabilidad colectiva, esto es, como compromiso social para remediar los daños sufridos por las víctimas pese a que estos no puedan ser vinculados causalmente con la actividad del victimario¹⁷³, no será posible atribuir responsabilidades individuales. ¿Estamos dispuestos a abandonar el concepto tradicional de causalidad y aceptar que pueda imputarse responsabilidad a quien, paradójicamente, no causó el daño?

IV. RELACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y REGULACIÓN EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL.

1. DOS FORMAS DE DEFINIR NIVELES DE CALIDAD AMBIENTAL. INCLINACIÓN POR LA REGULACIÓN.

a) El derecho de daños y el derecho administrativo implican procesos para determinar niveles de calidad ambiental. La responsabilidad civil es un proceso privado, cuya lógica reside en que los mismos particulares fijan *ex post* el umbral de lo ambientalmente tolerable, sobre la base de comparar los costos y los beneficios involucrados en las actividades que pueden dañar el entorno. Este sistema está orientado fundamentalmente a compensar los daños, mientras que su efecto preventivo es tenue e indirecto: el mensaje que pueda enviar dependerá de que se haya causado un daño (como ocurre con la fórmula del juez Learned Hand).

En contraste, la regulación es un proceso público de toma de decisiones sobre niveles razonables de calidad ambiental, las que se presentan como límites a la autonomía privada. La regulación funciona *ex ante* e intenta prevenir –directa y explícitamente– el daño ambiental, tal como ordena el Principio de la Precaución.

Ahora bien, los conflictos sobre calidad ambiental involucran externalidades de distinta índole. Así, las transacciones entre particulares afectan a terceros ajenos al lugar y/o a la época en que las mismas se celebran (las futuras generaciones). Asimismo, el debate que surge concita no solamente intereses antropocéntricos, sino también de sesgo ecologista en cuya virtud se reclaman derechos a favor de los ecosistemas y los animales. Esta circunstancia favorece al proceso regulador como forma natural de enfrentar tales conflictos y preocupaciones sociales, y al mismo tiempo denota la inutilidad de basar la estrategia en una estructura circunscrita a daños inferidos entre particulares¹⁷⁴.

172 Cf. Cane (n. 110), pp. 212-213, 218, 232, 236.

173 Cf. HOWARTH, D., "Three forms of Responsibility: on the relationship between Tort Law and Welfare State", en *The Cambridge Law Journal*, 60, Cambridge, 2001, pp. 553ss.

174 Cf. SCHROEDER, C., "Lost in the Translation: What Environmental Regulation does that Tort cannot duplicate?", en *Washburn Law Journal*, 41, Topeka (Kansas), 2002, pp. 583-586.

b) Tampoco parece plausible pretender que la regulación pueda ser sustituida por la responsabilidad civil como si ésta pudiera emular la función preventiva de la primera. En efecto, el derecho de daños está inspirado en la justicia correctiva y, por ende, destinado a procurar el resarcimiento de perjuicios ya acaecidos; es decir, su rol preventivo es secundario o, al menos, no se puede distinguir con nitidez de la función indemnizatoria por excelencia¹⁷⁵. Es decir, toda potencialidad preventiva del derecho de daños supone la previa causación de éstos o, al menos, su proximidad. Así lo dejan de manifiesto diversas acciones preventivas (*injunctions* en el Common Law), cuya eficacia queda más reducida mientras más inminente sea el daño. Además no existe suficiente evidencia empírica que corrobore la eficacia preventiva de la responsabilidad civil¹⁷⁶. La determinación *ex ante* de los niveles razonables de contaminación demanda una política sin titubeos, supeditada a la detección de infracciones y no de daños¹⁷⁷.

c) Las legislaciones ambientales extranjera y chilena reflejan la convicción de que la tarea del regulador consiste en delimitar lo comerciable o litigioso de lo que no lo es, en lugar de crear las condiciones para que los particulares adopten sus decisiones mediante la celebración de contratos o la tramitación de juicios de responsabilidad civil. Dichas legislaciones fijan también estándares que difieren de los que resultan del mero análisis de los costos versus los beneficios, método que prescinde del vínculo de causalidad entre ciertas actividades y sus posibles efectos nocivos al entorno. El regulador, en definitiva, trata de satisfacer bienes colectivos, como la salud pública, con las limitaciones técnicas y económicas prevalecientes.

La estructura de la responsabilidad civil es compatible con daños provenientes de lesiones al medio ambiente que puedan identificarse con particulares. En cambio la misma no parece adaptarse a daños de fuentes y efectos difusos (como la polución del agua y del aire, respectivamente). Si no imposible, parece sumamente difícil probar una clara conexión entre un agente y un daño determinados; a lo más podría demostrarse que es más probable (50%) que cierta actividad haya causado el daño, que lo contrario¹⁷⁸.

175 Cf. SCHROEDER (n. 174), p. 589. Un ejemplo de tal confusión de roles se aprecia en el paradigmático caso *Sindell vs. Abbott Laboratories* 607 P. 2d 924 (Cal. 1980), en el cual se aplicó una regla de responsabilidad proporcional a la cuota de cada empresa en el mercado (market share liability). Sin embargo, el fallo no aclaró si dicha regla se basaba en la prevención o en la justicia correctiva. Únicamente indicó que entre un demandante inocente y un demandado culpable éste debiera soportar el costo del daño, lo que –según se advierte– puede servir de argumento para una u otra función. Una ilustración adicional de esta ambigüedad en SCHWARTZ, G., “Mixed theories of Tort Law: affirming both Deterrence and Corrective Justice”, en *Texas Law Review*, 75, Texas, 1997, pp. 1801, 1815-16. Para este autor la responsabilidad civil se funda en razones preventivas, a menos que ello sea incompatible con el criterio de la justicia correctiva.

176 Cf. SCHROEDER (n. 174), pp. 591-592. Por el contrario, si bien existe evidencia de que los destinatarios de las normas de responsabilidad civil (vgr. médicos, operadores o propietarios de plantas) tienden a modificar su conducta ante la posibilidad de ser condenados en daños, ello no les enseña a reaccionar en forma previsible y satisfactoria. Cf. SCHWARTZ, G., “Reality in the Economic Analysis of Law: does Tort Law really deter?”, en *UCLA Law Review*, 42, Los Angeles (California), 1994, pp. 377, 443-444.

177 De ahí la complejidad de persuadir al público que los resultados preventivos pueden ser atendidos más eficientemente mediante la litigación que mediante procesos colectivos. Estos últimos han configurado el modus operandi en que la causa ambientalista está inspirada desde sus albores. Cf. *Ethyl Corp vs. EPA* 541 F2d 1 (D.C. Cir. 1976); SCHROEDER (n. 174), pp. 594-595.

178 Cf. Schroeder (n. 174), pp. 596-602.

2. INFLUENCIA RECÍPROCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA REGULACIÓN.

a) La responsabilidad civil puede, sin embargo, aportar al proceso regulador del medio ambiente; e incluso puede funcionar como instrumento regulador.

Primero, los tribunales pueden condenar al pago de indemnizaciones lo suficientemente altas como para desalentar la reincidencia en conductas nocivas al medio ambiente. Este efecto es particularmente importante tratándose de comportamientos marcados por una intención que sólo puede inferirse del carácter soterrado del daño ambiental.

El derecho de daños puede también propender a un nivel óptimo de cumplimiento de la regulación, evitando un exceso en prevención. En efecto, el demandado tendrá usualmente un potente incentivo para transigir el pleito por una suma que, aunque exceda la cuantía de los daños causados, no superará los costos en que habría incurrido para cumplir con la regulación ambiental.

Asimismo, los juicios sobre responsabilidad civil ambiental pueden suministrar valiosos datos sobre los daños y los costos para prevenirlos; por el contrario, dicha información no está a disposición del regulador antes de la producción de los daños. Esta información, junto con la ponderación de las externalidades –necesaria para determinar si existió interferencia anormal en derecho ajeno-, puede conducir a regulaciones más estrictas. Esto es, los estándares de calidad ambiental pueden tornarse más exigentes a consecuencia de dicha comparación entre costos y beneficios¹⁷⁹.

b) En un sentido fuerte, la regulación es una técnica de orden y control que establece los estándares, deberes, prohibiciones y sanciones por infracciones ambientales. Por su parte, la responsabilidad civil aparece como un mecanismo privado para ejecutar la regulación ambiental, directa (contra los contaminadores) o indirectamente (contra los reguladores). Sin embargo, no sólo se echa de menos evidencia empírica sobre su eficacia para cumplir dicha función, sino que nos vemos en un terreno en el cual suelen primar preferencias ideológicas. Por eso resulta de suyo delicado definir quién puede, de mejor forma, propender a un nivel razonable de cumplimiento de los estándares ambientales. En efecto, no es claro si esa tarea debe ser acometida por el regulador negociando con los regulados (aunque sin abdicar de su poder coercitivo) o por los particulares, en sus pleitos por daños (que pueden no obstante transigir).

Desde otro ángulo, la responsabilidad civil puede ser asimilada a un instrumento que establece estándares ambientales que complementan los de resorte administrativo. Así sucede con la responsabilidad por culpa, la cual no es excluida con la mera observancia de las regulaciones; por el contrario, el juez puede construir deberes de cuidado más exigentes, a modo de estándares adicionales a los del regulador.

En todo caso no puede precisarse cuáles son los beneficios concretos asociados a dicha función complementaria de la responsabilidad civil. Es más, esta puede ser muy perjudicial, ya que los contaminadores pueden entender que este sistema mixto los expone a una doble sanción (administrativa y civil), todo lo cual se traduce en la disminución en el volumen y tipo de actividades que, pese a ser contaminantes, son útiles a la sociedad.

179 Cf. HYLTON, K., "When should we prefer Tort Law to Environmental Regulation?", en *Washburn Law Journal*, 41, Topeka (Kansas), 2002, pp. 521-526.

Bajo un sistema mixto no bastaría (como causal de justificación del daño ambiental) que los operadores acataran los estándares regulatorios vigentes al tiempo de decidir si emprenderán una actividad determinada. Además tendrían que satisfacer el estándar determinado *ex post* en el correspondiente litigio por daños.

En suma, una cosa por otra: el sistema puede descartar el cumplimiento de la regulación como eximente de la responsabilidad civil, en cuyo caso ésta juega un rol significativo en la fijación de los estándares ambientales; pero puede generar desincentivos económicos de repercusión social¹⁸⁰.

c) Recíprocamente, la regulación puede contribuir a precisar el contenido de la culpa. Puede así imponer un deber de cuidado que dé pie a una presunción de culpa deducible de la infracción de aquella. En todo caso, si bien tal presunción puede ser desvirtuada (acreditándose la observancia de la norma), ello no necesariamente excluye toda culpa. Por el contrario, el juez puede establecer un deber de cuidado adicional a aquel que dimana de la regulación vigente y, eventualmente, estimar que el demandado lo ha infringido, debiendo éste responder.

Ahora bien, pese a que la responsabilidad civil sirve de complemento de la regulación en relación con ciertos riesgos ambientales que ésta no controla, la regulación está sin embargo mejor equipada para enfrentar la mayoría de los riesgos ambientales. Lo anterior debido a que la regulación enfrenta *ex ante* la causalidad difusa, tan común a los riesgos ambientales.

Bajo un sistema dual de responsabilidad y regulación el cumplimiento de la regulación ambiental es necesario, pero insuficiente para excluir toda responsabilidad; ésta puede de hecho ser atribuida por el tribunal con cierto margen de aleatoriedad¹⁸¹.

d) Un sistema público de cumplimiento de la regulación ambiental, incluso en sentido duro, tiene mayor eficacia preventiva respecto de riesgos y daños de compleja detección. Por el contrario, es improbable que los particulares se involucren en intrincados juicios encaminados a determinar responsabilidades por riesgos y daños ambientales, atendida la escasa posibilidad de identificar a los responsables y la relativamente baja indemnización esperada. En cambio, al Estado puede no parecerle decepcionante (o no tanto como a los privados) investigar las causas del daño ambiental difuso, a pesar que sea prohibitivo desde la perspectiva de los costos versus los beneficios. Es más, el administrador puede tener un fuerte aliciente para hacerlo, a saber la perspectiva de aplicar sanciones más rigurosas mientras más complejo resulte descubrir al infractor y establecer el tipo de daño ambiental infligido. En efecto, existe una clara correspondencia entre el ocultamiento de las infracciones y la intención de eludirlas¹⁸².

e) Podemos proclamar (junto a los analistas económicos del derecho, examinando la responsabilidad civil con referencia a sus consecuencias sociales¹⁸³) o controvertir (a

180 Cf. CANE, P., "Using Tort Law to Enforce Environmental Regulations?", en *Washburn Law Journal*, 41, Topeka (Kansas), 2002, pp. 448-462.

181 Cf. Abraham (n. 59), pp. 391ss.

182 Cf. Hylton (n. 179), pp. 517-519, 529.

183 Véase, *in extenso*, PEÑA, C., "Sobre el Análisis Económico de la Responsabilidad Civil", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago, Ed. Jurídica ConoSur, 1996, pp. 516-531.

la manera de Weinrib, circunscribiendo el derecho de daños a la relación entre víctimas y victimarios) que la responsabilidad civil constituye una técnica de regulación. Sin embargo, la eficacia del derecho de daños como forma de control de ciertos riesgos ambientales debe ser evaluada en su típico funcionamiento *ex post*.

Este rasgo inherente a la responsabilidad civil le resta potencialidad preventiva, pues sólo como consecuencia de la indemnización impuesta (como reacción a un daño ocurrido) el nivel de nocividad ambiental disminuirá o aumentará. La responsabilidad civil es un debate sobre daños (no riesgos) entre víctimas y victimarios encaminado a la reparación¹⁸⁴ y su justificación última reside en la conveniencia de que los daños sean compensados, en principio, por quien los causa.

De este modo, por relevantes que sean los efectos preventivos de la responsabilidad civil, ésta se perpetuará -incluso en materia ambiental- siempre que continúe satisfaciendo las exigencias de justicia correctiva propias de su estructura privada, *ex post*, que se manifiesta en la obligación de reparar los daños causados¹⁸⁵.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ES, EMINENTEMENTE, POR DAÑOS Y NO POR RIESGOS.

a) La potencialidad de la responsabilidad civil como instrumento de control de riesgos ambientales se ve contrarrestada por la exigencia del daño. Sus funciones más relevantes -la reparación y la prevención en la reiteración de acciones nocivas al entorno- operan sólo cuando los riesgos se han materializado en daños infligidos a una persona en particular.

b) Por eso, la responsabilidad por la sola creación de riesgos es discutible.

Por una parte, esta es políticamente impopular. Asimismo, sus virtudes prácticas son dudosas, pues, dada la falta de información concluyente sobre las probabilidades causales. En fin, la responsabilidad que es proporcional a la probabilidad de que el riesgo creado devenga en daño es inconsistente con la reparación integral de los daños basada en la causalidad, en cuanto ésta es probada aplicándose la regla de la preponderancia de la evidencia (aun a falta de certeza total)¹⁸⁶.

Por otra parte, es muy incierto el mérito preventivo que pueda tener una responsabilidad anclada en la causalidad probabilística *ex ante*. Se sostiene que ésta propendería a un nivel óptimo de disuasión, permitiendo las conductas que con mayor probabilidad producen beneficios que riesgos y, recíprocamente, desalentando las acciones con los efectos inversos. Por el contrario, se indica que la responsabilidad *ex post* redundaría en un déficit en prevención -no se atribuiría a conductas riesgosas inocuas- o en un exceso de prevención (se impondría sobre conductas cuyos beneficios exceden los daños).

A pesar de lo dicho, ambas hipótesis de responsabilidad pueden ser igualmente preventivas en la medida que exista indiferencia al riesgo. Sin embargo, en un contexto de

¹⁸⁴ De ahí la diferencia entre la responsabilidad civil y el Principio de la Precaución. Este último es el inspirador de la técnica regulatoria porque ordena adoptar medidas preventivas siempre que existan amenazas de un daño ambiental serio e inminente, aun en ausencia de total certeza científica.

¹⁸⁵ Cf. Cane (n. 180), pp. 427-429, 438, 440-446, 466-467.

¹⁸⁶ *Ibid.*

aversión al riesgo¹⁸⁷ la responsabilidad *ex post* produce mejores efectos compensatorios que la responsabilidad *ex ante*. Esta última, en tal escenario, daría lugar a un déficit en compensación (incentivando acciones ineficientes de quienes sólo considerarían los riesgos, no los daños que pueden causar) o un exceso de indemnización (desalentando acciones riesgosas pero eficientes)¹⁸⁸.

c) Puede pensarse que la responsabilidad por mera exposición al riesgo es más efectiva que la responsabilidad por daños. Sobre todo respecto de daños latentes o muy posteriores a las actividades que los causan, situaciones bastante típicas del daño ambiental. Asimismo, puede suponerse que la responsabilidad por daño priva a la víctima de reparación, atendidas las enormes dificultades probatorias que debe encarar. Sin embargo, ambas premisas ceden terreno al perfeccionamiento del sistema procesal y al hecho que el daño puede ser percibido con mayor facilidad que el riesgo.

De esta manera, la responsabilidad *ex post* irroga menos costos administrativos que la responsabilidad por riesgos; en efecto, la primera opera únicamente respecto de daños causados, que constituyen sólo una proporción de los riesgos¹⁸⁹.

d) El argumento filosófico y moral decisivo para preferir en principio la responsabilidad por daños, como destaca Rosenkrantz, incide en su coherencia con las acciones y decisiones humanas. Como los riesgos no son todo lo que hacemos –porque también podemos causar o evitar daños–, imponer responsabilidad por el mero riesgo prescindiendo del daño perpetrado conduce a un déficit en compensación (no se indemnizan los daños, es decir, se repara menos de lo que se hizo). A la inversa, una responsabilidad por el mero riesgo creado y que ignore que no hubo daño redundaría en un exceso de compensación. Por lo tanto, atribuir responsabilidad sólo por los riesgos creados y no por los daños causados o evitados, entraña un grave desconocimiento de las consecuencias de nuestras acciones y, por ende, de nuestra identidad como individuos¹⁹⁰.

V. REFLEXIONES FINALES.

1. Este artículo ha tratado de plantear que la responsabilidad civil difícilmente puede servir a la protección del medio ambiente *per se*. En efecto, esta es un medio para restablecer la justicia conmutativa (la justicia correctiva en la responsabilidad estricta y la justicia retributiva en la responsabilidad por culpa) entre una víctima y un hechor determinados. Para tal objeto la responsabilidad civil atribuye *ex post* al demandado la obligación de indemnizar los daños irrogados en el patrimonio material y/o espiritual de la víctima. Sólo incidentalmente el derecho de daños puede prevenir y desalentar las acciones nocivas, independientemente de que estas infrinjan o no un deber de cuidado (establecido por el juez o la ley en función de un prototipo abstracto de conducta).

¹⁸⁷ Se sostiene que existiendo *indiferencia o neutralidad al riesgo* las decisiones sólo son influenciadas por las pérdidas posibles, mientras que si existe *aversión al riesgo* también son afectadas por la magnitud *per se* de las pérdidas. Cf. SHAVELL (n. 86), p. 6.

¹⁸⁸ Cf. Rosenkrantz (n. 123), p. 22.

¹⁸⁹ Cf. Rosenkrantz (n. 123), pp. 29-32; 36-37.

¹⁹⁰ Cf. Rosenkrantz (n. 123), pp. 38ss.

Pero es complejo acomodar la responsabilidad civil al problema del daño ambiental. Este suele involucrar una causalidad atípica por la multiplicidad de fuentes de las que puede provenir y por su lenta exteriorización. Es más, el daño ambiental merece protección en el derecho privado sólo cuando implica un perjuicio para una persona concreta y la Carta Fundamental reconoce a las *personas* el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Así, no es sorprendente que el entorno ecológico carezca de legitimación activa ni que la acción ambiental de la ley 19.300 en la práctica complemente la indemnización del perjuicio experimentado por un sujeto a resultas del daño ambiental, en lugar de asegurar la reparación de éste *per se*.

En Chile y en el extranjero el entorno requiere de una protección focalizada en la prevención de riesgos. Únicamente cuando éstos se convierten en daño ambiental debe perseguirse su restauración *in natura*. No obstante, un discurso jurídico centrado en la imposición *a posteriori* del deber de reparar los daños infligidos por un sujeto a otro -que denominamos responsabilidad civil- no puede gozar de protagonismo en el control de daños al medioambiente. La responsabilidad recae sobre quien (culpablemente o no) causó el daño; mas cabe dudar que el sujeto obligado a indemnizarlo haya estado en la mejor situación para prevenir el daño.

2. La protección del medio ambiente no es un valor absoluto que deba alcanzarse a toda costa. Por el contrario, a ésta concierne la definición de la clase e intensidad de las actividades que la sociedad está dispuesta a soportar. Sólo más allá del umbral de externalidades negativas tolerables por la sociedad aparece el daño.

Esta tarea de definiciones convoca al gobierno y al legislador en cuanto reguladores que obedecen a criterios discrecionales (no normativos) y preventivos de riesgos (no sancionatorios de daños e infracciones). Esto demuestra la vigencia de los principios que inspiran al derecho ambiental. Por una parte, se trata de prevenir aquellos daños que comúnmente -conforme al conocimiento vigente- derivan de ciertas actividades. Por otra, los operadores deben internalizar los costos de prevenir los impactos ambientales de sus actividades.

Tanto en la UE como en Chile la responsabilidad civil por daño ambiental tiene una función auxiliar, como mecanismo de cumplimiento forzado de la regulación y como forma de fijar lo ambientalmente correcto. Lo segundo resulta de la elaboración judicial del deber de cuidado propio de la responsabilidad por culpa.

Sin embargo, si bien la fijación de estándares y la sanción de infracciones a la regulación que causan impacto ambiental no son tareas menores, ambas no constituyen un recurso efectivo para controlar los riesgos ambientales. Tal como se aprecia en la Directiva y en la ley 19.300, la responsabilidad civil poco o nada puede hacer por el daño global al entorno. Empero, dicho obstáculo puede sortearse modificándose el sistema de acciones. De esta manera, ciertas entidades podrían "representar" al medio ambiente lesionado y asegurar que la indemnización se destine a la restauración de aquel, independientemente del perjuicio padecido por particulares con motivo del daño ambiental. Así lo evidencia alguna jurisprudencia chilena incipiente recaída en la acción ambiental, impulsada por el Consejo de Defensa del Estado en representación del interés colectivo comprometido en el resguardo del medioambiente.

No obstante, en lo sustancial, la responsabilidad civil continuará siendo un instrumento reactivo que opera conforme a criterios normativos y causalistas, no de mérito u oportunidad.

3. Si aun así se mantiene una postura optimista acerca de las posibles ventajas de la responsabilidad civil como mecanismo de control de riesgos ambientales, la forma concreta que ésta adopte -fundada o no en la culpa- no es una cuestión de todo o nada.

Por de pronto, no es posible aseverar cómo podría prevenirse más eficazmente el daño ambiental. ¿Reduciendo la intensidad de las actividades? Esta vía puede resultar de la responsabilidad estricta, pero tiene el peligro de conducir a la cesación de conductas que -no obstante acarrear externalidades negativas- son socialmente beneficiosas. ¿O imponiendo determinados estándares de diligencia en su ejecución?

No parece que esta aproximación al problema ayude a su solución. Se trata más bien de un permanente dilema de información sobre las externalidades, los costos y los beneficios de las actividades con impacto ambiental. Por eso, la reparación de los daños provenientes de la creación de riesgos excesivos puede ser acometida, indistintamente, por uno u otro modelo de responsabilidad, dependiendo de cuál sea la preferencia social por la regla inicial de asignación de los recursos. En el fondo, la pregunta es si se quiere privilegiar la libertad de acción de los que emprenden esas actividades (responsabilidad por culpa) o la seguridad de las víctimas quienes experimentan los efectos negativos de las primeras (responsabilidad estricta).

Con todo, más allá de esa opción, concurren argumentos razonables para sostener que la regla general de responsabilidad debe fundarse en la culpa. En principio, la responsabilidad estricta no puede ser absoluta sino que debe dar cabida a la culpa (en la víctima o un tercero), permitiendo al demandado eximirse o atenuar su responsabilidad. De esta forma se produce una suerte de integración entre la justicia correctiva (que enfatiza la incorrección del resultado de la conducta del victimario) y la justicia retributiva (que acentúa la gravedad de la conducta de la víctima).

Adicionalmente, la previsibilidad abstracta -como componente de la culpa- ha enriquecido a la causalidad (previsibilidad concreta) incluso en la responsabilidad estricta. Y la peligrosidad (fuente típica de la responsabilidad estricta) ha sido entendida no tanto como una cualidad inherente a una actividad, sino como la manera más o menos diligente en que dicha actividad es ejecutada.

Por otra parte, la responsabilidad estricta no tiene que ver con el Principio QCP más que lo que tiene que ver con éste la responsabilidad por culpa. Este principio -pese a su aparente vinculación con la responsabilidad civil, como evidencia la Directiva- obedece a una dialéctica preventiva y económica que se separa de la lógica causalista del *neminem laedere*.

Aun existe una razón sociológica para entender que la atribución de daños debe depender, normalmente, de la infracción de un cierto estándar de cuidado y no de su sola causación. La mayoría de los riesgos que imponemos con nuestras conductas son recíprocos a aquellos a que los demás nos exponen. Este equilibrio espontáneo sólo es alterado, *ex post*, cuando una persona sufre una perturbación significativa debida a una acción realizada con menos diligencia de la que cabe esperar en el tráfico social.

En fin, puede sugerirse que la regla de la culpa refleja más comprensivamente el principio de agencia o de responsabilidad por resultados. Acorde con esta última deben tenerse en cuenta no sólo las consecuencias de nuestro actuar en el mundo (causalidad desnuda) sino también la forma en que actuamos (grado de cuidado). Los aspectos social y personal de la agencia son subsumidos normativamente en la regla siguiente: así

como nos beneficiamos, así también debemos soportar los infortunios de las acciones propias y ajenas; salvo que podamos atribuirlos a un tercero.

4. Pudiera convenirse que la responsabilidad estricta no es coherente con la justicia correctiva y la agencia. En efecto, dicho modelo de responsabilidad atribuye daños a quien los causó sin exigir culpa, o lo que es peor, prescinde de la diligencia del agente. Así, parafraseando a Weinrib, la responsabilidad estricta surge sólo por ser activos.

Pero, ¿qué tan cierto es que únicamente se “causaron” daños? ¿No hay acaso una sanción a la previsibilidad de los resultados, ingrediente propio de la culpa y adoptado por la responsabilidad estricta? ¿Qué valor le asignamos a la decisión deliberada de exponer a los demás a riesgos anormales?

En otras palabras, no puede desconocerse que la responsabilidad estricta también tiene una base ética. Por ende, no es en este plano donde encontramos las razones últimas para inclinar la balanza a favor de uno de los dos modelos tradicionales de atribución de daños. Por el contrario, los argumentos parecen emanar de la realidad social, la que indica que –por regla general– un cierto grado de perturbación debe ser tolerado por la sociedad y que la responsabilidad sólo se desencadena cuando ese límite es transgredido por un sujeto concreto.

Cuál modelo de responsabilidad aplicar en cada caso de impacto ambiental, no es una pregunta que pueda contestarse en términos absolutos, de mérito ni *a priori*. Únicamente pueden delinearse criterios para decidir cuál es más razonable como regla y cuál como excepción. Es decir, recordando a Coase, qué es preferible en cada caso: ¿qué A contamine o que B respire aire puro? Todo dependerá de los costos y beneficios. Con todo, la regla de Holmes –que apunta a la responsabilidad por culpa– se impone como paradigma general pues obedece a la prudencia y la realidad. Parece entonces sensato reservar la responsabilidad estricta para aquellos accidentes causados por actividades peligrosas que rompen la proporcionalidad que suele darse en el trato espontáneo, esto es, cuya sola ejecución expone a los demás a riesgos excesivos, no obstante que generen utilidades significativas a sus operadores.

Al respecto, baste recordar la proposición de Shavell. Por una parte, es recomendable la responsabilidad estricta en cuanto hace a los accidentes unilaterales provenientes de actividades riesgosas, por cuanto fomenta la adopción de un nivel de cuidado compatible con la evitación del daño y propende a un volumen de actividad razonable. Este segundo aspecto a menudo no es incorporado en la debida diligencia. Por otra parte, la responsabilidad estricta también es apropiada respecto de los accidentes bilaterales si lo que está en juego es, fundamentalmente, cuánta actividad deberá tolerarse más que con qué diligencia deberá realizarse.

Bajo particulares circunstancias de peligrosidad se justifica privilegiar la seguridad de las víctimas potenciales y dejar como único medio de exención de responsabilidad la ausencia de relación de causalidad. En este sentido, una técnica legislativa razonable consiste en la enumeración de actividades cuya mera ejecución representa una contingencia o riesgo anormal. Es lo que ha hecho la Directiva y también se aprecia, pero en forma tenue y dispersa, en la legislación especial chilena. Con todo hay que reconocer la dificultad de definir cuáles actividades son más peligrosas. Así lo demuestra el hecho que distintos ordenamientos nacionales acometen las mismas actividades mediante reglas de responsabilidad contrapuestas.

5. No podemos negar que la responsabilidad civil es, primordialmente, reparadora. Si ésta puede ayudar a prevenir la continuación de conductas nocivas al medio ambiente y a distribuir socialmente los costos de los accidentes, es únicamente producto de su función primigenia, compensatoria, orientada a la justicia conmutativa. Esta constatación, aunque nada tiene de novedosa, es sumamente relevante para la protección del medio ambiente. En efecto, éste es un bien público que, en rigor, debe ser resguardado mediante un mecanismo dirigido a la prevención de actividades potencialmente dañinas al entorno.

Sucede, empero, que los tribunales deben valerse de criterios que permitan aplicar la responsabilidad civil cuando se han sobrepasado tanto los límites de la reciprocidad en los riesgos creados por una actividad como los de la razonabilidad de sus costos y beneficios. Esto supone complementar ambos modelos de responsabilidad, sus fundamentos y fines. Sin embargo, aun integrados, ambos paradigmas son insuficientes para proteger el medioambiente. En efecto, el restablecimiento de la justicia correctiva en la relación entre víctima y victimario tiene una débil incidencia para el logro de una meta social y política tan difusa como es salvaguardar el entorno.

Existe un poderoso argumento para perseguir dicha meta mediante algo distinto de la responsabilidad civil. El control de los riesgos ambientales depende en buena medida de la asignación de los costos de prevenir y reparar los impactos ambientales a quien, aunque resulte paradójico, no los causó aunque pudo evitarlos más eficientemente. Este es el razonamiento implícito en el Principio QCP, acometido por el derecho administrativo y los seguros.

6. La responsabilidad civil discurre sobre la reparación de los daños que A causó a B. Este razonamiento difiere del proceso regulador (público, preventivo y general) en que la sociedad confía para lograr un nivel de contaminación razonable. La responsabilidad civil podría controlar los riesgos ambientales si se desentendiera de la causalidad, esto es, si razonara en términos distintos de la necesidad de imponer la indemnización al que causó los daños.

No parece posible en el corto plazo una responsabilidad civil que, prescindiendo del *alterum non laedere*, se base en el Principio QCP, como es el intento de la Directiva. Asimismo, es difícil que el juez que conoce de un litigio por daños delibere como si fuera un regulador. Un tribunal puede establecer estándares de cuidado, asimilables a los fijados por el administrador, y forzar el cumplimiento de la regulación ambiental infringida, por ejemplo, mediante la presunción de culpa basada en la infracción de la regulación, como muestra parte de la aún escasa jurisprudencia chilena en materia de acción ambiental. Sin embargo, el razonamiento judicial no es *ex ante*, general, público, discrecional y político, sino que *ex post*, normativo y privado. Aunque resulte obvio afirmarlo, el derecho privado no es derecho público, en tanto la protección ambiental requiere de la atención preferente del segundo.

Mientras la responsabilidad civil continúe siendo lo que es y ha sido -una dialéctica que procura restablecer la justicia conmutativa quebrantada en la relación particular entre víctimas y victimarios-, su contribución al control ambiental seguirá siendo secundaria. Es justamente este carácter el que presentan los fines preventivos y distributivos del derecho de daños, pues dependen de su rol primordial, que es compensatorio, *ex post*, de reparación de daños personales, y no de control de riesgos.