

UNIVERSIDAD DE BURGOS - UBU

FACULTAD DE DERECHO

Luis Augusto Stumpf Luz

EL DAÑO AMBIENTAL INDIVIDUAL APICABLE EN LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA

BURGOS, ES

2010

Luis Augusto Stumpf Luz

EL DAÑO AMBIENTAL INDIVIDUAL APLICABLE EN LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA

Tesis elaborada como requisito para obtención
de lo título de Doctor en Derecho.

Orientador: Prof. Dr. Jose María de La Cuesta
Sáenz

BURGOS, ES

2010

UNIVERSIDAD DE BURGOS

Rector: Alfonso Murillo Villar

Vicerector de Ordenación Académica: Manuel Pérez Mateos

FACULTAD DE DERECHO

Decano de la Facultad de Derecho: Amable Corcuera

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Director: Elena Vicente

Dados Internacionales de Catalogación en la Publicación

S929d Stumpf Luz, Luis Augusto

El Daño Ambiental Individual Aplicable en la Perspectiva de la
Sociedad Solidaria / Luiz Augusto Luz; Orientación de Prof^o Dr. José
María de La Cuesta Sáenz, 2010.

511 f.; 30cm.

Tesis (Doctorado) – Universidad de Burgos. Facultad de Derecho.
Burgos, ES, 2009.

1. Daño ambiental . 2. I. La Cuesta Sáenz, José Maria –
orientador. II. Título.

CDU: 349.6

Bibliotecaria Responsable: Gislene Sapata Rodrigues CRB10/ 008/09

Luis Augusto Stumpf Luz

EL DAÑO AMBIENTAL INDIVIDUAL APLICABLE EN LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA

Tesis elaborada como requisito para obtención de lo título de Doctor en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos.

Burgos, ES, ____ de _____ de 2010.

El trabajo fue aprobado por los miembros de la banca examinadora obteniendo conceito _____.

Banca Examinadora:

1º Arguidor

2º Arguidor

3º Arguidor

4º Arguidor

5º Arguidor

DEDICATÓRIA

A mis familiares, por el amor, cariño y estímulo que me ofrecen en mi vida y por el orgullo que sienten de mi esfuerzo, que toma su raíz en las bases sólidas de la honradez, fraternidad y honestidad, en las cuales fui criado y educado.

AGRADECIMIENTOS

A todos los que convivieron conmigo en el período del Curso de Doctorado y supieron comprender mi ausencia;

Al Prof. Dr. José María de La Cuesta Sáenz, por toda su laudable sapiencia y la inestimable orientación que me ha dispensado;

A la Profesora Dra. Nuria Beloso, por la comprensión, cuidado y estímulo en los momentos difíciles y de angustia, propios de la realización de un Curso de Doctorado y la defensa de la Tesis;

Al Sol, que me enseñó una lección de perseverancia, por despuntar todos los días, iluminando, calentando la tierra húmeda, haciendo brotar la semilla y participando de los ciclos de la vida, a pesar de cualquier intemperie.

RESUMEN

La sociedad moderna, caracterizada por el avance de las ciencias naturales, por una economía globalizada y por la ciencia jurídica que tiene sus raíces en los paradigmas del pasado siglo, se enfrenta a desafíos en los que al hombre se le considera más que un ser individual o social, un ser cósmico. Una nueva comprensión de los fenómenos naturales y sociales, así como las interacciones de las relaciones sociales con el medio ambiente, conduce a la humanidad a revisar su posición en el medio en el que se encuentra insertado. En este marco, el Derecho desempeña la función de atribuir a la sociedad la seguridad indispensable para la convivencia socio-ambiental. Dado que la responsabilidad es una consecuencia natural del derecho, las sanciones y responsabilidades deben ser unos instrumentos capaces de ordenar la sociedad de manera que pueda suplir su nueva necesidad fundamental como es la de que el hombre se relacione armónicamente con el medio ambiente. Como se trata de una cuestión de interés constitucional, el medio ambiente y las generaciones futuras son beneficiarios de las obligaciones comunitarias y solidarias, compartidas entre todos los miembros titulares de ese interés público relacionado con la protección del medio ambiente, pues no es un interés que pueda ser repartido o individualizado. Así el daño ambiental individual asume un carácter transindividual. Considerando que la teoría clásica del instituto de la responsabilidad civil fue concebida en la óptica de la protección de los intereses individuales, es el desafío de la presente Tesis Doctoral estudiar la crisis del citado instituto y su incidencia sobre el Derecho Ambiental, en una perspectiva de la evolución de los Derechos Humanos y de un denominado Estado Democrático Ambiental.

ABSTRACT

The modern society, characterized by the advance of the natural sciences, by a globalized economy, by a law science rooted in paradigms of the past century, faces challenges in that the man is considered to be more than one individual or social being, but a cosmic being. A new understanding of the natural and social phenomena, as well as the interactions of social relations with the environment, takes mankind to revise its position in the middle which is inserted. This perspective, the law fulfills the function of attribute the society the indispensable security to socio-environmental coexistence. Since responsibility is a natural consequence of the law, the penalties and responsibilities should be tools capable to ordain the society in order to fulfill your new fundamental need, which is the man relate harmoniously with the environment. As question of constitutional concern, the environment and future generations are beneficiaries of the community and solidarity obligations, shared among all full members of this public interest related to environmental protection, that isn't about a interest that can be shared or individualized. Thus the individual environmental damage takes a transindividual character. Whereas classical theory of the institute of civil liability has been designed from the viewpoint of protection of individual interests, study the crisis of that institute and its incidence on the Environmental Law, under the perspective of the evolution of Humans Rights and one called Environmental Democratic State is the challenge of the present thesis.

SUMÁRIO

1 INTRODUCCIÓN	12
2 LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	27
2.1 El Derecho Fundamental a la vida en la perspectiva del Derecho Ambiental Internacional	27
2.2 La preservación ambiental en las dimensiones de los derechos fundamentales de tercera dimensión	32
2.2.1 Medio Ambiente y Derechos Fundamentales.....	32
2.2.2 Las dimensiones de los Derechos Fundamentales.....	36
2.2.2.1 <i>Los intereses fundamentales de tercera dimensión y los intereses individuales homogéneos</i>	46
2.2.2.2 <i>Los derechos fundamentales de tercera dimensión y los intereses colectivos</i>	49
2.2.2.3 <i>Los derechos fundamentales de tercera dimensión y los intereses difusos</i>	50
2.2.3 El valor de la preservación ambiental en la perspectiva constitucional formal y material.....	56
2.2.3.1 <i>La protección ambiental en la regulación de la Constitución Española</i>	68
2.2.3.2 <i>La protección ambiental en la regulación de la Constitución Brasileña</i>	77
2.2.3.3 <i>La preservación ambiental en otras Constituciones de América</i>	83
2.2.4 La expansión de la protección de los derechos fundamentales y la protección ambiental: de la internacionalización a la globalización.....	87

2.2.5 La globalización de la protección ambiental y las obligaciones “erga omnes” de un derecho ambiental generacional.....	92
2.3 La incidencia de los principios jurídicos en la protección del medio ambiente global.....	98
2.3.1 La importancia de los principios jurídicos en el estudio del Derecho Ambiental.....	98
2.3.2 Los principios ambientales.....	105
2.3.2.1 <i>Del Principio de la Ubicuid.</i>	105
2.3.2.2 <i>Del Principio de la Obligatoriedad de la Intervención Estatal.</i>	105
2.3.2.3. <i>Del Principio de Participación.</i>	106
2.3.2.4 <i>Del Principio de la Información Ambiental y de la Educación Ambiental.</i>	108
2.3.2.5 <i>Del Principio del Desarrollo Sostenible.</i>	112
2.3.2.6 <i>Del Principio de la Prevención y de la Precaución</i>	124
2.3.2.7 <i>Del Principio Contaminador-Usuario-Pagador.</i>	130
3 DERECHO Y SOCIEDAD DE RIESGO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PERSPECTIVA AMBIENTALISTA.....	139
3.1 Derecho y medio ambiente en la sociedad de riesgo.....	139
3.2 Sistemas y resonancia en la sociedad de riesgo.....	153
3.2.1 Los sistemas y la codificación en las sociedades de los siglos pasados.....	162
3.2.2 Los sistemas y el paradigma vigente del derecho en una perspectiva ambiental.....	167
3.3 La dogmática jurídica y los Derechos Fundamentales Ambientales bajo la tónica “Crisis del Estado y del Derecho”	190

3.4 El instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva del sistema jurídico vigente.....	219
4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE.....	235
4.1 La evolución y la redefinición del instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva ambiental.....	235
4.1.1 El estudio de la culpa en el instituto de la responsabilidad civil de la especie subjetiva.....	248
4.1.2 El estudio del riesgo en el instituto de la responsabilidad civil de la especie objetiva.....	269
4.1.2.1 <i>Las modalidades del riesgo en la responsabilidad civil.....</i>	<i>278</i>
4.1.2.2 <i>La incidencia de la teoría del riesgo en la sociedad solidaria.....</i>	<i>286</i>
4.1.3 El estudio del daño en el instituto de la responsabilidad civil ambiental.....	291
4.1.3.1 <i>El daño resultante de actos ilícitos.....</i>	<i>295</i>
4.1.3.2 <i>El daño resultante de actos lícitos.....</i>	<i>297</i>
4.1.3.3 <i>Las especies de daños ambientales.....</i>	<i>300</i>
4.2 Las funciones clásicas de castigar y reparar y la función innovadora de prevenir el daño ambiental en la perspectiva del riesgo.....	309
4.3 La internalización de los costes ambientales derivados de la función preventiva de la responsabilidad civil ambiental.....	326
4.4 El sistema objetivo de responsabilidad ambiental incidente en la probabilidad de daño – función preventiva.....	333
4.4.1 La extensión de la teoría del riesgo con respecto a la probabilidad del daño.....	339
4.4.2 La responsabilidad civil objetiva ambiental y el carácter preventivo en algunas legislaciones del mundo.....	342
5 LA RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO INTERESES TRANSINDIVIDUALES.....	353
5.1 Requisitos de la responsabilidad civil objetiva por daños ambientales individuales.....	353
5.1.1 La actividad dañosa.....	356
5.1.2 El daño ambiental individual.....	361

5.1.2.1 <i>Las especies de daño ambiental: daño ecológico puro y daño ecológico individual y sus interfaces</i>	362
5.1.2.2 <i>La reparación del daño individual y el onus de la prueba</i>	372
5.1.2.3 <i>El daño ambiental individual y sus dimensiones sociales</i>	374
5.1.2.4 <i>Criterios jurídicos para la reparación del daño ambiental individual</i>	380
5.1.2.5 <i>La evaluación del daño ambiental individual</i>	387
5.1.3 <i>El nexo de causalidad en el daño ambiental individual</i>	401
5.1.3.1 <i>Interrupciones del nexo de causalidad</i>	416
5.2 La Identificación del responsable	427
5.3 La legitimación activa individual en materia de responsabilidad civil ambiental como garantía de un derecho de tercera dimensión	440
5.3.1 <i>La legitimación activa individual en el Derecho de vecindad ambiental</i>	450
5.3.2 <i>La legitimación activa individual y la Acción popular ambiental</i>	461
6 CONCLUSIONES FINALES BAJO LA TEMÁTICA	477
REFERENCIAS	514

“El Hombre del siglo XX asiste al nacimiento de una nueva era, ocurrido quizás un día del año 1945 cuando demostró que había dominado la energía nuclear, o un día del año 1969 cuando realizó fantasías literarias de Julio Verne y cinematográfica de Georges Méliès, y pisó la luna”

Atilio Aníbal Alterini, Prólogo al libro *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*, de Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989).

1 INTRODUCCIÓN

En las civilizaciones antiguas, la protección del medio ambiente¹ era considerada esencialmente como respeto a la naturaleza creada por Dios². Sin embargo, además del significado religioso, la tutela del ambiente³ tenía un sentido práctico, puesto que la tierra era la riqueza principal para las civilizaciones antiguas. El Antiguo testamento imponía conductas protectoras del medio ambiente y lo mismo valía para el Código de Hamurabi de Oriente Medio, de 1700 a.C. o el de Manu, en la India, en 1300 a.C, entre otros⁴. Posteriormente, destacando el Iluminismo y la Revolución Francesa, el hombre aprendió a crear bienes de consumo y parece que depreció el valor de la

¹ FLAH, Lily R. y SAMYEVSKI, Miriam. *Ecología: Desarrollo Sostenido y Desarrollo Sostenible. En: Responsabilidad por Daños en Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997, p. 349, apuntan que “el ambiente comprende toda la problemática ecológica general y como cuestión central de utilización de los recursos naturales que se encuentran a disposición del hombre en la biosfera. Sin embargo, el concepto de ambiente no se agota en la naturaleza y la protección de la misma, siendo necesario diseñar una política de tutela total que incluya múltiples estrategias proteccionistas sectoriales que abarque el ámbito natural, la preservación de la obra humana en sus aspectos estéticos, paisajísticos, urbanísticos, etc., para asegurar la mejor calidad de vida y una sana utilización de los recursos y de la obra cultural. [...]El estudio del ambiente se ha convertido en una temática de fundamental importancia en todo el universo, ya que el hombre, como especie viviente, está incluido en un sistema complejo de relaciones e interrelaciones con ese medio que lo rodea”.

² En este sentido, CANOSA USERA, Raúl. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Ciudad Argentina, 2000, p. 63, escribe que “La primera cuestión que se ha planteado es la pertinencia del propio término ‘medio ambiente’; sólo en nuestro idioma empleamos dos palabras en apariencia redundantes. Mejor sería utilizar el término ambiente aunque a estas alturas y, según opiniones autorizadas, la expresión medio ambiente resultará más precisa. Además, sin ser especialmente feliz está ya consolidada y no es extraño por ello que las más de las veces la doctrina no la discuta[...] Por desgracia, muchas de las excrecencias de tal lenguaje se han consolidado, entre ellas la de ‘medio ambiente’, gracias sobre todo a su inclusión en normas jurídicas [...] La *vis* atractiva del ambiente favorece la adopción de un concepto amplísimo, inabarcable, de medio ambiente; porque, si, nos atenemos a la realidad, ambiente es todo lo que nos rodea y afecta nuestra vida”.

³ Hay diversos destacados autores que también apuntan al uso de la expresión ‘ambiente’ al ‘medio ambiente’, entre los cuales cabe citar a MARTÍN MATEO Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, S.A Camponês.n.5, v.1, p. 80.

⁴ ALEGRIA, Hector. *Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero*. En: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.(dir.). **Responsabilidad por Daños en Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997, p.322.

naturaleza. Por consiguiente, a nivel político, el hombre adoptó la idea de que los abusos ambientales serían perfectamente tolerables.

Hasta hace pocos años, la humanidad empezó a dedicarse a la búsqueda apasionada e incesante del progreso y del desarrollo que, a su vez, representó para los países con un alto nivel de industrialización el alcance de una etapa caracterizada por un consumo masivo, convirtiéndose estos en modelos prácticos del desarrollo. La intensificación de la producción industrial fue el motor que permitió mejorar las condiciones de vida de la humanidad, poniendo al alcance de amplios sectores de la comunidad artículos manufacturados a precios asequibles, produciendo de forma acelerada mayor cantidad de productos a precios razonables, aumentando, paralelamente, el consumo. Para mantener esa demanda, se incentivó la producción de bienes perecederos, utilizando atractivos sistemas de publicidad y técnicas de mercado y comercialización donde la felicidad era asociada a la idea de consumo. Así 'crecer' significaba 'producir más y consumir más'.

Sin embargo, pese a esta realidad, se desconocían los límites que las condiciones de vida dignas y los derechos inalienables del ciudadano merecían conseguir. Así *“los países más industrializados no lograron la armonización del ambiente socio-económico, el ambiente cultural y el ambiente natural. Lograron saturar el primero, postergar el segundo e ignorar el tercero. La premisa imperante era alcanzar un alto nivel de vida con el más sofisticado ‘confort’, sin reparar en la permanente degradación del ecosistema. Colofón de ello es que se frustraron expectativas y aspiraciones en una sociedad de bienestar y abundancia al no tutelar como valor la calidad de vida”*⁵.

Es indudable que el sistema mundial ecológico ha alcanzado la vía del colapso. Las noticias diarias informan que reservas forestales están siendo disipadas, que las aguas son envenenadas, que especies animales están en vía de extinción, que, en síntesis, el hombre vive en una aldea global precaria. La humanidad ha perdido la posibilidad de insertarse en un Universo que tiene niveles de existencias superiores al propio ser humano. CANOSA USERA

⁵ FLAH, Lily H. e SMAYEVSKI, Miriam. *op. cit.*, p. 350.

afirma que “*Nuestras sociedades cuentan, desde hace ya varias décadas, con capacidad suficiente para avanzar geométricamente en la desaparición de los recursos naturales que, una vez definitivamente agotados, no se podrán renovar*”⁶.

Es posible que haya quien piense que el problema consiste principalmente en los abusos pequeños que comportan unos costes sociales, como la basura vertida en las playas, en los ríos y en los lagos, contaminados a través de vertidos industriales o domésticos. Sin embargo, el problema es más serio.

Aunque la preocupación colectiva con el ambiente se haya convertido en una característica destacada del período en el que vivimos, la tensión entre hombre y naturaleza siempre constituyó una constante característica de los períodos diversos de la evolución cultural. Tal y como apuntaba PÉREZ LUÑO⁷, durante milenios la existencia y el pensamiento humano se han desarrollado en una relación necesaria con la naturaleza, pues es en su medio natural donde el hombre encuentra su propia referencia que, a su vez, hace posible las diversas acciones transformadoras. Desde que se conoce la humanidad, el hombre se auxilia de la naturaleza para una mejor comprensión de su propia dimensión social.

A título de introducción, cabe destacar que en el período cosmológico de la filosofía griega la explicación del orden social humano fue buscada a través de la proyección de las ideas de orden y regularidad de los fenómenos de la naturaleza. Ya en el período antropológico, posterior al cosmológico, la humanidad intentó comprender la naturaleza por la experiencia organizacional de la coexistencia político-social. Con el paso del tiempo, la naturaleza y la humanidad formaron, y siguen formando, un lazo inseparable cuyas manifestaciones externas se producen en conformidad con el desarrollo de los sistemas económicos de producción, con las formas de organización social y con la evolución del conocimiento.

⁶ CANOSA USERA, Raúl. *op. cit.*, p. 21.

⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995, p.17.

En el pasado, las acciones humanas producidas en la naturaleza no tenían los reflejos dañinos que se han verificado en la actualidad; la tecnología limitada no permitía que determinadas actividades tuviesen un desarrollo como el actual. Los sistemas de industrialización actuales son, salvo excepciones, perversos para la naturaleza. Paralelamente, existe un gran número de industrias que, en tiempos de escasez, extraen recursos no renovables que han llevado millares de años para que se formasen, contaminando ríos, mares, tierra y aire. Hay una necesidad de cambio de perspectiva. En esta metamorfosis, la sabiduría deja de ser una técnica de manipulación y control, o un mero ejercicio de coleccionar informaciones, para que se piense en una manera de ser que reside en vivir de forma armoniosa.

Sin embargo, la armonía de convivencia planetaria tiene efectividad dudosa en la medida en que la preocupación por la preservación del medioambiente es reciente cuando se compara con la historia de la humanidad. Por eso, quizás sea tardía. La preocupación por la preservación del medioambiente tiene como punto de partida países que están en un proceso más rápido de desarrollo, cuyos territorios están sufriendo la influencia de la acción humana por mucho más tiempo. La doctrina registra diversos e históricos pasajes de países que, de forma separada y fragmentada, buscaban la protección del medio ambiente. Sin embargo, hasta la década de los sesenta, no se contempló la necesidad de crear una nueva rama del Derecho, concretamente el Derecho Ambiental.

Así, del plan del Derecho Internacional, se destaca la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, de 1972, como un hito para la historia del Derecho Ambiental. Está transcrito en su primer principio: "*El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tienen la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones futuras...*".⁸ Solamente en los años siguientes, como resultado de la Declaración de Estocolmo, surgió un abanico de instrumentos internacionales

⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente:** Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 250.

sobre la materia, caracterizando un verdadero hito inaugural para el desarrollo de mecanismos de protección a los derechos ambientales.

Después de la Convención de Estocolmo, la Carta de los Derechos Económicos de los Estados de las Naciones Unidas preveía, en su artículo 3., que la protección y la preservación del ambiente para las generaciones presentes y futuras constituyeran responsabilidad de todos los Estados. En el mismo sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1980, proclamó la responsabilidad histórica de los Estados para la preservación de la naturaleza en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Asimismo, el reglamento del control de la contaminación dejó de ser regionalizada en ambiente nacional y pasó a ser tratado de forma global dado que reconocía que los problemas medioambientales rebasan las fronteras de los países o regiones.

Cabe destacar, también, que la Convención de Estocolmo reconoció, por primera vez, el derecho al medioambiente como derecho fundamental del hombre. La convención considera la existencia de un ambiente saludable y equilibrado como condición necesaria para la efectividad de numerosos derechos de la persona humana, tanto para las generaciones presentes como para las futuras⁹. Es posible incluso afirmar que la Declaración de Estocolmo significa más que un mero mensaje de intención; en otras palabras, significa una especie de Carta Magna del Derecho Ambiental Global, sobre la cual están asentadas las bases para la conformación de la legislación internacional sobre la temática. La Convención determinó diversas conferencias mundiales sobre contaminación, en Bucarest, sobre vivienda, en Vancouver, sobre agua, en Mar Del Plata, sobre desertificación, en Nairobi, entre otras también exitosas. Es necesario destacar, también, que de esa Convención derivó también el Programa de las Naciones Unidas sobre el Ambiente (PNUMA), que ha elaborado muchas recomendaciones, declaraciones y propuestas sobre los

⁹ SCOVAZZI, Tullio. Le azioni delle generazioni future. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, anno X, fasc. 1, 1995; *Idem* **Corso di Diritto Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2000. p.59, informa que la noción de la equidad intergeneracional fundamenta y legitima la representación procesal para la defensa de los intereses de las futuras generaciones. Evento. Conforme a lo ya examinado en la Suprema Corte de Filipinas, en 1993, y en el Tribunal Internacional de Justicia, en 1996, se aseguró el derecho de autopreservación y de perpetuación en el sentido de que el medio ambiente representa también a las futuras generaciones.

principales problemas medioambientales. Partiendo del Programa, se produjo la multiplicación de agencias internacionales que han ido desarrollando la temática, además de la creación de agencias especializadas en prácticamente todos los países del mundo.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 44/228, de 22 de diciembre de 1989, mediante la convocatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, realizada en Rio de Janeiro, Brasil (Eco-Rio 92), habiendo reconocido que el carácter global de los problemas medioambientales implica acciones en todos los niveles, regionales, nacionales y globales, necesitando el esfuerzo de todos los países. La Conferencia de Rio de Janeiro puso de manifiesto la necesidad y la urgencia de establecer y de adaptar principios ajustables a la conciliación del desarrollo de manera especial socio-económico-agrícola-urbanístico con la preservación ambiental, mediante el uso racional de los recursos naturales en todos los ámbitos, es decir, tanto desde un ámbito local como internacional, buscando el compromiso inmediato y la acción de las comunidades y de los Estados en el sentido de la defensa y de la preservación de la vida en la Tierra.

Así, el derecho al medio ambiente ha ocupado espacios cada vez más destacados en la conciencia política y jurídica contemporánea y, por eso, es considerado como un derecho fundamental de ámbito internacional, proyectando la internacionalización a la globalización de la protección ambiental¹⁰.

Para la efectividad de la conciencia política y jurídica contemporánea es necesario un cambio de paradigma. Paulo Bessa Antunes¹¹, a partir del trabajo de Alexandre Kiss (*Droit International de L'enviroment*, Paris, Pedonne, 1989, p.23), afirma que la principal consecuencia causada por el Derecho Ambiental actual en el orden político y jurídico es la ruptura con el antropocentrismo, dado que la doctrina jurídica tiene como base el sujeto de derecho, y a través del Derecho Ambiental, tanto en el orden nacional como

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, pp. 39-41.

¹¹ BESSA ANTUNES, Paulo de. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996. p. 17.

internacional, cada vez más se reconocen los derechos de la propia naturaleza, independientemente del valor que represente para el hombre. El autor brasileño justifica este sentido cuando menciona la Resolución N. 37/7, de 28 de octubre de 1982, proclamada por la Asamblea General de las Organizaciones de las Naciones Unidas que prevé que *"Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con la finalidad de reconocer a los otros organismos vivos ese derecho, el hombre debe guiarse por un código moral de acción"*.

En el mismo sentido, FIORILLO ¹², citando a Diogo Freitas Amaral, afirma que *"la naturaleza tiene que ser protegida también en función de ella misma, como valor en sí, y no sólo como objeto útil para el hombre. La naturaleza carece de una protección por los valores que ella representa en sí misma, protección que, muchas veces, debe ser dirigida contra el propio hombre"*. Pero, en la misma obra, FIORILLO presenta posturas diversas que entendemos resultan más coherentes, cuando afirma que los bienes medioambientales no se reducen a la vida humana, sino también a otras formas de vida, y aunque no sea vivo, un bien puede ser ambiental en cuanto esencial para la sana calidad de vida del hombre. Así, por sí solo debe ser tutelado.

CANOSA USERA plantea una cuestión que va más allá de esa discusión del antro o ecocentrismo (biocentrismo), incluso admitiendo que el antropocentrismo sea una de las causas de nuestros males. El autor escribe que *"Los problemas medioambientales son ya de tal magnitud que importa menos si se adopta un punto de vista ecocentrista o antropocentrista para abordarlos. Pero, incluso reduciendo lo ambiental a un mero factor económico, resulta necesario preservar los recursos naturales, porque mantener el actual ritmo de explotación está superando ya las posibilidades de la naturaleza para renovarse. En todo caso, debe asegurarse que esa explotación no impide la*

¹² PACHECO FIORILLO, Celso. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. Rio de Janeiro: Max Limonad, [s.d.]

*natural renovación de esos recursos; sólo así garantizaríamos la posibilidad de que las generaciones futuras puedan aprovecharlos*¹³.

En ese diapasón, debe ser proyectada la producción del daño ambiental como un daño económico, tal y como Héctor Alegría nos lo explica cuando escribe que *“La adquisición de mayor conciencia acerca de la problemática ambiental es acompañada por el hecho de que la destrucción del ambiente puede conllevar también daños económicos, además de sociales, cuya entidad puede llegar a ser muy grande. La primera defensa frente a la degradación ambiental es la imputación de sus costes a los culpables*¹⁴.

Asimismo, existe la necesidad de un reglamento jurídico de comportamiento humano, de la sociedad y del Estado. La Organización de las Naciones Unidas, a través de su Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, formuló un mínimo de veintidós principios atribuyendo al *“derecho humano fundamental, un medio ambiente adecuado a la salud y bienestar de todos los hombres*¹⁵. Sin embargo, los principios humanos no se justifican si no reflejan una toma de posición de la especie humana que necesita alterar substancialmente el comportamiento en razón del caos ambiental en que vive la sociedad. La naturaleza y la sociedad están, y siempre estarán, aliadas, caracterizando una relación cuyas manifestaciones externas emergerán de acuerdo con el desarrollo de los sistemas económicos de producción, con la evolución de los conocimientos y con las propias formas de organización social.

Actualmente, la preocupación por el ambiente representa un tormento para todos los países, es decir, para los industrialmente desarrollados, de primer mundo, que transfirieron los problemas medioambientales fuera de sus territorios y potenciaron la problemática, y para los países emergentes, de tercer mundo, que gradualmente están adquiriendo la conciencia y la capacidad de reconciliar el desarrollo con el uso controlado de los recursos sin

¹³ CANOSA USERA. *op.cit.*, p. 22.

¹⁴ ALEGRIA, Héctor. *op.cit.*, p.324.

¹⁵ Organização das Nações Unidas. **Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e desenvolvimento**. [s.l.]: ONU, 1988.

la destrucción de la naturaleza. Aún así, muchos factores favorecen la concienciación de la necesidad de la preservación ambiental, siendo cuestión inspiradora de la moderna corriente política, resultante de manifestaciones de sectores diversos de la sociedad contemporánea.

El aspecto económico pone de manifiesto la importancia vital de la concienciación, porque reducir índices de contaminación implica elevadas inversiones en tecnología y reducción en la actividad industrial por parte de los países desarrollados. Paralelamente, los países llamados emergentes deben renunciar al desarrollo desenfrenado que, a su vez, es apuntado como la solución de sus problemas.

CANÇADO TRINIDAD apunta que **"si se admite que, si una vez que el concepto de interés común de la humanidad se acepta amplia y claramente, del mismo derivarán derechos y obligaciones, lo que nos lleva a considerar como su manifestación o incluso materialización el derecho a un medio ambiente sano: en el ámbito del 'droit de l'humanité', el interés común de la humanidad encuentra expresión en el ejercicio del derecho consagrado a un medio ambiente sano, en todas sus dimensiones (individual, grupal, social o colectiva e intergeneracional), concretamente por no ser la humanidad una abstracción social o jurídica y por estar formada por una infinidad de seres humanos viviendo en sociedades y proyectándose en el tiempo. El cuadro de los derechos humanos se encuentra ineludiblemente presente en la consideración del régimen de la protección del medio ambiente humano en todos sus aspectos; en último análisis, acabamos asistiendo aquí a la confrontación entre la cuestión crucial de la supervivencia del género humano, con la afirmación - pese a las amenazas al medio ambiente – del derecho humano fundamental de vivir".**¹⁶(grifo)

El camino suicida hacia el cual se dirige la humanidad implica una elevada responsabilidad que debe ser asumida por el Poder Público y por la colectividad para la preservación ambiental. La conciencia ecológica surge de la real necesidad de cambiar el cuadro actual, caótico, como presupuesto para

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, p. 50.

la continuidad de las condiciones de vida para las actuales y para las futuras generaciones. Así, el desarrollo, en un ámbito mundial de positivación del derecho al medio ambiente, a nivel de legislación ordinaria y constitucional, es una realidad que se acentúa en la medida en que evoluciona la conciencia medioambiental.

Conviene recordar la reflexión de GOMES CANOTILHO, que atribuye al Derecho Ambiental una compilación de muchos conceptos y estructuras de las ramas jurídicas tradicionales. Recuerda el autor que *“el derecho del ambiente va a ejercer un impacto constructivo (reconstructivo) sobre algunos de los instrumentos y conceptos tradicionales. Es el caso de la concepción de interés jurídicamente protegido y lo que obligó a la problematización de la figura de intereses difusos’. [...] Es también el caso de responsabilidad por daños ecológicos que, en aspectos fundamentales, no se puede reconducir a la clásica responsabilidad civil por daños, como hoy parece demostrado a través de la idea o principio del contaminador pagador. Además, el derecho del ambiente obligó a la creación de nuevos institutos. Nos sirve de ejemplo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la relación de vecindad jurídico-ambiental y los embargos medioambientales”*¹⁷.

A partir del cuadro ambiental mundial sumariamente expuesto a título de introducción, el presente trabajo de investigación científica, valiéndose principalmente de la fuente doctrinal, intenta estudiar el instituto de la responsabilidad civil como destacado instrumento jurídico de protección ambiental. Sin embargo, el estudio en cuestión proyecta una dimensión espacial, en la medida en que la incidencia del Derecho Ambiental tiene una proyección transfronteriza, y una dimensión temporal, considerando que la cuestión ambiental necesariamente se dirige a la defensa de los intereses de las presentes y de las futuras generaciones. En la presente investigación científica, el impacto de daño ambiental, incluso considerado en la escala individual, está dirigido a las dimensiones espacial y temporal como un derecho difuso. Surge, pues la pregunta: el Derecho actual, ¿está preparado, adecuado, concebido para hacer efectivo tal planteamiento? Obviamente, la

¹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Anotação de Aula**. Aula do Curso de Pós-Graduação. promovida pelo CEDOUA e a Faculdade de Direito de Coimbra – 1995 -1996.

interrogación se proyecta hacia innumerables vertientes de reflexión, sea de producción legislativa adecuada, de actuación de los operadores del Derecho de efectiva actuación de los Estados, entre otros.

Diversas y convergentes ópticas de reflexiones son objetos de examen en el presente trabajo, dividido en cuatro capítulos: Capítulo I - La protección ambiental en la óptica de los derechos fundamentales; Capítulo II - Derecho y sociedad de riesgo como fundamento de la responsabilidad civil en la perspectiva ambientalista; Capítulo III – La responsabilidad civil por daños al medio ambiente y Capítulo IV – La responsabilidad civil ambiental y los derechos individuales como intereses transindividuales.

En el capítulo I se estudia el derecho fundamental a la vida en la perspectiva del derecho ambiental internacional, en el sentido de que el estudio tiene connotación transfronteriza. Por consiguiente, hay que destacar el estudio de la evolución de los derechos fundamentales a través de las denominadas dimensiones de los derechos humanos en que son examinados desde la protección de los intereses individuales hasta los intereses difusos. Asimismo, se examina el valor de la preservación ambiental en la perspectiva constitucional, punto importante que tiene incidencia sobre la legislación infraconstitucional, examinada concretamente en los capítulos III y IV.

La dimensión espacial – transfronteriza - es estudiada en el mismo capítulo haciendo especial hincapié en la expansión de la protección del medio ambiente como un derecho fundamental; es decir, de la internacionalización a la globalización de la protección del derecho ambiental. La dimensión temporal del derecho fundamental vislumbra el derecho ambiental como un derecho generacional, preocupado por la protección de los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Finalmente, teniendo el fundamento teórico entonces estudiado, el capítulo primero concluye con el estudio de la incidencia de los principios jurídicos del medio ambiente global como directrices de la aplicación de la legislación ambiental, cuyo contenido tiene significativa importancia en los

capítulos siguientes de la presente investigación en la medida en que conciben la creación del Derecho Ambiental.

El capítulo II tiene una estrecha convergencia con los capítulos I, III y IV. Trata del derecho y sociedad del riesgo, bien sea en la dimensión espacial – transfronteriza, bien sea en la temporal – generacional, estudiadas en el capítulo I. Paralelamente, introduce el estudio de los capítulos III y IV cuando estudia el instituto de la responsabilidad civil en la óptica de la teoría del riesgo. Así, el capítulo II se basa sobre el derecho y medio ambiente en la sociedad de riesgo a partir de la incidencia de los derechos fundamentales en la praxis del Derecho, principalmente cuando es exigida la protección ambiental a nivel de globalización. Se destaca que la sociedad moderna es concebida en diversos subsistemas y, en ese diapasón, son examinados los sistemas y sus resonancias en la sociedad de riesgo; es decir, el examen de una sociedad dirigida al futuro, con criterios de anticipación.

En ese punto, cabe destacar el estudio del paradigma vigente del derecho bajo el enfoque ambiental y, por corolario, la reflexión sobre la dogmática jurídica y los Derechos Fundamentales bajo la tópica crisis del Estado (que se proyecta sobre el capítulo I) y del Derecho (que incide sobre los contenidos de los capítulos III y IV). El Derecho Constitucional encuentra dificultades de efectivación identificadas en la propia dogmática jurídica, por tanto, en las normas infraconstitucionales (léase responsabilidad civil ambiental). Finalizando, se estudia, el instituto de la responsabilidad civil bajo la óptica del sistema jurídico vigente, proyectándose sobre los capítulos siguientes.

El tercer capítulo se adentra en el estudio de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Por tanto, los contenidos estudiados en los capítulos anteriores son recordados con frecuencia. Se estudia la evolución y la redefinición del instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva ambiental, desde el estudio del elemento culpa, aplicado en la especie subjetiva, hasta el del riesgo aplicado en la especie objetiva. Considerando el estudio del capítulo II, se analizan las modalidades del riesgo aplicadas en la

responsabilidad civil y la incidencia de la teoría del riesgo en la sociedad denominada solidaria (dimensiones espacial y temporal).

Sin embargo, el daño tiene un papel relevante, concretamente como resultado de una actividad de riesgo, enfatizando que el daño ambiental es distinto de la visión clásica del derecho, con enfoque de protección de intereses privados y, simultáneamente, públicos. Considerando que el estudio del Derecho Ambiental tiene dimensión espacial y temporal, donde cada generación es titular de derechos ligados a las generaciones futuras, el estudio de la protección de víctimas potenciales o prospectivas constituye una necesidad real y no una mera especulación teórica o académica.

Por consiguiente, cabe estudiar la internalización de los costes medioambientales en razón de la función preventiva (sociedad del riesgo – capítulo II) de la responsabilidad civil ambiental. Preparando el capítulo IV, el capítulo III concluye con el examen de la extensión de la teoría del riesgo con referencia a la probabilidad del daño y a la responsabilidad civil objetiva ambiental en algunas legislaciones del mundo, siempre en consonancia con los derechos fundamentales y los principios que presiden el Derecho ambiental (capítulo I)..

Como depositario de los contenidos anteriores, el capítulo IV estudia la responsabilidad civil ambiental y los intereses individuales como intereses difusos, objeto del método deductivo de la presente Tesis Doctoral. Inicialmente, se analizan los requisitos de la responsabilidad civil objetiva por daños individuales, prestando especial atención a la principiología ambiental que la concibió (capítulo I), apuntándose que la objetivación del instituto fomenta la estabilización de criterios para un proceso evolutivo del mismo en las perspectivas individual y transindividual. Así, se profundiza en la actividad dañosa y en el daño ambiental individual.

Ese estudio se dirige a las interfaces de las especies de daño ambiental, es decir, el daño ambiental puro y el daño ambiental individual (objeto puntual de la construcción de la presente investigación científica). Tal

estudio presenta las diversas proyecciones en lo que se refiere a la reparación del daño individual y el onus de la prueba, así como a las dimensiones social y moral del daño ambiental individual. Sin embargo, el instituto de la responsabilidad civil ambiental debe estar preparado para el establecimiento y las exigencias de los criterios jurídicos para la evaluación y reparación del daño individual, hecho que implica la conveniencia de cambios de paradigmas jurídicos.

Otro desafío encontrado por el instituto es el nexo causal en el daño ambiental individual, concretamente porque hay dificultad en la determinación de la fuente contaminadora entre tantas fuentes de contaminación de la misma sustancia (causalidad múltiple). Así, la identificación del responsable tiene un especial relieve en este estudio, implicando una modificación del sistema de la responsabilidad civil ambiental, partiéndose siempre de la premisa de no dejar a la víctima y, por consiguiente, el medio ambiente, sin reparación. Considerando los límites espaciales y temporales y, paralelamente, institucionales del instituto de la responsabilidad civil ambiental, el ordenamiento jurídico presenta graves deficiencias a la hora de resolver la gran parte de los daños.

El daño individual comporta la tutela jurisdiccional reparativa individual bajo dos concepciones, siendo una resultante de la otra: una considera los objetos e los intereses individuales e individuales homogéneos (microbien ambiental) que nos da la protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado como un Derecho fundamental (capítulo I), denominado macrobien ambiental. Conviene también recordar que el estudio tiene una especial preocupación por las ópticas espacial y temporal. Así, se presta especial atención a la legitimidad activa individual en materia de responsabilidad civil ambiental como garantía de un interés difuso.

Dado que nuestra investigación se inscribe en la realización de una Tesis Doctoral, las teorías nos llevan a plantear nuevas reflexiones. Recordamos a este respecto lo que acertadamente apuntaba Elida Séguin: *“nuevas teorías hacen que surjan nuevas formas de descubrir viejas verdades. Nuevos Derechos despuntan para acompañar la evolución científica. Entre*

*ellos el Derecho Ambiental, disciplinando la relación del hombre con el medio en el que vive y que se transmitirá a las generaciones futuras*¹⁸.

Y, partiendo de los contenidos de los capítulos propuestos, citamos a Habermas: “*Un presente que se comprende, a partir del horizonte de los nuevos tiempos, como la actualidad de la época más reciente, debe de reconstruir la ruptura con el pasado como una renovación continua*”. Y, en ese ‘horizonte de nuevos tiempos’, la comprensión del intérprete está configurada en una tradición que amalgama su prejuicios¹⁹.

En ese sentido, el desafío al que pretendemos dar cumplida respuesta es la elaboración de la presente Tesis Doctoral.

¹⁸ SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**: nossa casa planetária. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. XVI.

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Globalização**: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 337.

2 LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 El Derecho Fundamental a la vida en la perspectiva del Derecho Ambiental Internacional

Los principales dictámenes normativos consagradores de normas sobre la protección del medio ambiente apuntan a la necesidad de que la ciencia jurídica debe trabajar en un concepto normativamente adecuado, teniendo en cuenta las sugerencias procedentes de otras disciplinas científicas²⁰ y el fundamento que les corresponde en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este mismo ordenamiento no debe limitarse a las normas internas sino que debe dar una cierta relevancia también a las normas internacionales y las normas comunitarias.

El derecho a la vida es reconocido como un derecho humano básico o fundamental, porque el gozar del derecho a la vida es una condición necesaria para poder gozar de todos los demás derechos humanos. Conforme a lo que apunta CANÇADO TRINDADE, tomando como referencia el Dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los vínculos de la Pena de Muerte, *“el derecho humano a la vida comprende un ‘principio sustantivo’ en virtud del cual todo el ser humano tiene un derecho inalienable a que su vida sea respetada, y un ‘principio procesal’ según el cual ningún ser humano deberá ser privado arbitrariamente de su vida”*. El mismo autor también se refiere al Comité de los Derechos Humanos, indicando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (y primer Protocolo Facultativo), al calificar el derecho humano a la vida como un **“derecho supremo del ser humano”** (grifo), advirtiendo que aquel derecho humano fundamental *“no puede ser entendido de modo restrictivo”* y su protección *“exige que los*

²⁰ En el capítulo II nos ocuparemos de la necesaria comunicación entre las diversas ciencias para incorporarla a la cuestión ambiental bajo el enfoque jurídico.

Estados adopten medidas positivas". Sobre los instrumentos internacionales pertinentes a la presente cuestión, el autor continúa expresando que la aserción del derecho a la vida de todo ser humano requiere el acompañamiento de una aserción de la protección legal de este derecho humano fundamental y de la obligación **negativa** de que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida, conforme al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, arriba citado, la Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 4. Sin embargo, esta obligación, de cuño negativista, va acompañada de una obligación **positiva** en el sentido de que deben adoptarse las medidas apropiadas para proteger y preservar la vida humana²¹.

Se observa que tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/189^A, de 1982) como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Resoluciones n.7, de 1982, y n. 43, de 1983) han adoptado la firme posición de que todos los individuos y todos los pueblos tienen un derecho inherente a la vida, y de que la salvaguarda de este **derecho fundamental** constituye una condición esencial para el gozo de la totalidad de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales. En esta perspectiva, mencionamos la posición del Comité de los Derechos Humanos, a través del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuando expresa que el Estado "**tome medidas positivas para asegurar el derecho a la vida, incluso medidas para reducir el índice de mortalidad infantil, prevenir los accidentes industriales, y proteger el medio ambiente**"²² (el original no está grifado).

En esta perspectiva, el derecho a un **medio ambiente sano y equilibrado se configura como extensión del derecho a la vida**, del derecho de vivir. El carácter fundamental del derecho a la vida, en su propio y moderno sentido, no solo mantiene la protección contra cualquier privación

²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *op. cit.*, pp.71-72.

²² *Idem. Ibidem.* p. 74.

arbitraria de la vida sino que otorga a los Estados²³ la tarea de buscar las directrices dirigidas a asegurar el acceso a los medios de supervivencia a todos los individuos y a todos los pueblos. Constatamos que las primeras constituciones salvaguardaban al ciudadano contra los gobernantes arbitrarios, ahuyentando las penas vejatorias o crueles. Actualmente, en el mundo civilizado, las personas comunes, más que con la amenaza a sus libertades, se asustan, en particular, con la contaminación del agua que se bebe, del aire que se respira y de los alimentos que se ingieren. Es innegable la actualidad y gravedad de estos riesgos, que afectan o pueden afectar a todos los miembros de la comunidad; es decir, riesgos que se extienden a lo que se denomina 'seguridad ambiental',²⁴ y, como tal, considerado un bien colectivo.

En esta línea, la I Conferencia Europea sobre el Medio Ambiente y los Derechos Humanos (Estrasburgo, 1979), destacó que la humanidad necesitaba protegerse de sus propias amenazas al medio ambiente, concretamente cuando ellas implicaban repercusiones negativas sobre las condiciones de la existencia humana – la propia vida, la salud física y mental, el bienestar de las generaciones presentes y futuras. En efecto, era el propio derecho a la vida, en su amplia dimensión, el que comportaba el necesario reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, configurado como “*el derecho a las condiciones de vida que aseguran la salud física, moral, mental y social, la propia vida, así como el bienestar de las generaciones presentes y futuras*”²⁵, es decir, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado como salvaguardia de la propia vida humana²⁶.

²³ Posteriormente, en relación a los Derechos Humanos, distinguimos tres dimensiones y también se estudian las obligaciones “*erga omnes*”, que caracterizan la actuación de los Estados.

²⁴ HERMAN BENJAMIN, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. *En: 10 Anos da ECO-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde - Imesp, 2002, pp. 89-102.

²⁵ *Idem, Ibidem*. p. 76.

²⁶ BALLESTEROS, Jesús. **Derechos Humanos**: concepto, fundamentos, sujetos. Madrid: Tecnos, 1992. p. 193-95. “*Las futuras generaciones como sujetos de derechos humanos: Si hablamos de los derechos humanos desde el punto de vista de los sujetos, es necesario referirse a los derechos de las futuras generaciones, porque el individuo ha dejado de ser el sujeto exclusivo de aquéllos para exigir su reconocimiento como tal, no sólo los grupos sociales, sino incluso pueblos enteros, a partir de la progresiva ampliación del catálogo d derechos humanos y de las exigencias del proceso europeo de unificación. También los llamados derechos de la tercera generación reclaman un sujeto más amplio de los derechos*

De este modo, el derecho a un medio ambiente sano incluye el derecho a la salud y el derecho a un patrón de vida adecuado, además de tener una amplia dimensión temporal de los derechos generacionales²⁷, ya que determinados atentados al medio ambiente producen efectos sobre la vida y la salud del ser humano solamente a largo plazo. En este contexto, se implica la caracterización más amplia de atentados o amenazas a estos derechos, requiriendo un mayor grado de celo y protección. Diversos son los ejemplos provenientes solamente de los efectos del calentamiento global sobre la salud humana: cáncer de piel, lesión en la retina ocular, catarata y eventual ceguera, lesión neurológica, alteración del sistema inmunológico, entre otras.

En síntesis, el derecho fundamental a la vida, que engloba el derecho a la vida, es una precondition para el goce de otros derechos humanos, representando la indivisibilidad de todos estos. Siendo inherente a todos los individuos y a todos los pueblos, requiere una atención especial con respecto a las exigencias de supervivencia, teniendo como extensión el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Como consecuencia, **el derecho ambiental se encuentra situado en la base de la razón legal de los dominios del derecho internacional de los derechos humanos**, fundamentales, dirigido a la protección y supervivencia de la persona humana y de la humanidad.

humanos que remite, de alguna forma a la necesaria universalización a la que la misma idea de éstos hace referencia.

Partiendo del concepto de generación el primer problema que se plantea, desde un punto de vista filosófico-jurídico, es el de si las futuras generaciones pueden no tener derechos. Esta cuestión implica otras de tal importancia que, ya desde los años setenta, se tratará de buscar un lugar propio dentro del marco del estudio de los derechos humanos para las futuras generaciones.

Es evidente que aquí no podemos tomar el término 'generación' principalmente en un sentido metafísico, lógico, epistemológico ni teológico. Aquí el sentido propio de la palabra 'generación' ha de ser fundamentalmente histórico y sociológico. Así, 'generación' será entendida como un conjunto de personas que viven en unos años determinados o en una época concreta. Sin embargo, el objeto de este estudio no son las generaciones que aún no existen pero que pueden llegar a existir.

Junto a esa definición genérica, hay que tener en cuenta que el movimiento de las filosofías, formas artísticas, instituciones sociales, etc., sigue un ritmo de conjunto cuya duración es aproximadamente el de una generación".

²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *op. cit.*, p. 76. Más adelante será examinada la perspectiva de los derechos generacionales.

SARLET²⁸ entiende que es necesaria la presencia de un espacio para la dignidad de la persona humana, conforme a lo que el autor expresa: *“Lo que se percibe, en último análisis, es que donde no haya respeto por la vida y por la integridad física y moral del ser humano, donde las condiciones mínimas para una existencia digna no han sido aseguradas, donde no haya limitación del poder, en fin, donde la libertad y la autonomía, la igualdad (en derechos, dignidad) y los derechos fundamentales no fuesen reconocidos y suficientemente asegurados, no habrá espacio para la dignidad de la persona humana y ésta (la persona), a su vez, podrá no pasar de mero objeto de arbitrio e injusticias. Todo, por tanto, converge en el sentido de que también para el orden jurídico-constitucional la concepción del hombre-objeto (u hombre instrumento), con todas las consecuencias que de ahí pueden o deben derivar, constituye justamente la antítesis de la noción de dignidad de la persona, aunque ésta, la evidencia, no pueda ser, a su vez, exclusivamente formulada en el sentido negativo (de exclusión de actos degradantes y deshumanos), ya que así se restringiría demasiado el ámbito de protección de la dignidad. Ello, a su vez, nos remite al delicado problema de un concepto minimalista o maximalista (óptimo) de dignidad [...] Así, entendemos por dignidad de la persona la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante y deshumano, como vengán a garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y co-responsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos”*.

Por tanto, la protección del medio ambiente concierne a un derecho fundamental que, como tal, guarda una estrecha relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la salud²⁹, el derecho

²⁸ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. rev., atual.e amp.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 59-60.

²⁹ FRANCO DEL POZO, Mercedes. El derecho humano a un medio ambiente adecuado. **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, Bilbao, Universidad de Deusto, n. 8, 2000,

al desarrollo³⁰, el derecho a la paz, entre otros, abordando el contenido del sub-capítulo que más adelante se describe.

2.2 La preservación ambiental en las dimensiones de los derechos fundamentales de tercera dimensión

2.2.1 Medio Ambiente y Derechos Fundamentales

La expresión ‘Derechos Fundamentales’ tiene una dificultad que debe conceptuarse. En parte, esta dificultad está justificada por la constante transformación y ampliación de estos derechos en el curso de la historia, además de las diversas terminologías usadas: derechos humanos, derechos del hombre, derechos individuales, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales del hombre, libertades públicas, entre otras expresiones.

Son derechos constituidos a partir del marco histórico de la Revolución Francesa que establecieron un nuevo nivel de legitimidad ético y

pp.48-49 afirma que *“El derecho a la vida es el más fundamental de todos los derechos, ya que si no hay vida, no hay existencia, y por tanto, no se tienen ni derechos ni obligaciones ni nada. En este sentido, el derecho a la vida podría considerarse como un prerrequisito, no sólo para el derecho al medio ambiente, sino para todos los demás derechos garantizados y garantizables. Ahora bien, la vida requiere de unas condiciones ambientales que permitan desarrollar esa existencia. Si radicalmente se carece de ellas, la vida queda eliminada, y si las que existen no son las adecuadas, la capacidad de desarrollar naturalmente esa existencia o la calidad de la misma se ve mermada por un ambiente hostil. En este otro sentido, podría decirse que el derecho a la vida es dependiente del derecho humano al medio ambiente”*. En la siguiente página, la autora afirma que: *“los aspectos que hemos visto en el derecho a la vida, se predicen de igual modo del derecho a la salud. [...] El derecho a la vida y el derecho a la salud, entendidos de este modo, proporcionan una ilustración de la indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, y constituyen, asimismo, la base de la ratio legis de la legislación internacional de derechos humanos y de la legislación ambiental dirigida a la protección y superveniencia de todas las personas y de la humanidad”*.

³⁰ En el último punto del presente capítulo estudiaremos la principiología ambiental, destacando el denominado principio del Desarrollo Sostenible. Sin embargo, consideramos oportuno desde ahora referirnos a un pasaje de la obra de GÓMEZ, Isa F. (*“El derecho al medio ambiente y el derecho al desarrollo: hacia una necesaria vinculación”*). En: **Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, Diputación Foral de Biskaia, Unesco Etxea., 1999, pp. 282-283), que escribe: *“Si bien es cierto que el derecho al medio ambiente va a suponer el establecimiento de límites al derecho al desarrollo, esto es, el derecho al desarrollo va a tener que contar necesaria e ineludiblemente con los condicionamientos medioambientales impuestos por el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”*.

político de actuación tanto del Estado como, en especial, de la propia sociedad³¹.

Sin embargo, previamente conviene fijar una distinción entre las expresiones de derechos fundamentales y derechos humanos, aun cuando muchas veces se adopten con un mismo significado. Los derechos fundamentales son los derechos del ser humano, reconocidos y positivados en la órbita del derecho constitucional de un Estado; los derechos humanos se vinculan al derecho internacional, reconociendo el ser humano como tal, sin importar su vinculación al orden constitucional; es decir, ligados a una validez supranacional. De esta forma, los derechos humanos que se insertan en el ordenamiento jurídico constitucional de un Estado a través de los caminos determinados internamente pasan a integrar el rol de los derechos fundamentales de este Estado³².

En el presente trabajo, bajo la óptica constitucional, será adoptada la denominación de "derechos fundamentales" para tratar la temática de la preservación ambiental. El autor brasileño LOBO TORRES apunta que *"es el caso, por ejemplo, de los derechos ecológicos: el medio ambiente también participa del rol de los derechos fundamentales. El derecho de la naturaleza es expresión moderna del derecho natural, que pertenece indistintamente a todos los hombres, ya que los ríos y las florestas no poseen derechos en nombre propio. La persona humana es la que tiene el derecho inalienable de vivir en un medio ambiente sano y de ver por todos respetada la naturaleza que la rodea."*³³

³¹ Por medio de la Revolución Francesa, los valores sufrieron significativas alteraciones, ya que surgía un nuevo universo de valores que inauguraría un nuevo régimen, ya no fundamentado en los intereses seculares de la iglesia y de las oligarquías de los nobles. Hay que destacar, sin embargo, que no se trató de una permuta de personalidades en el ejercicio del poder, sino de una auténtica rotura epistemológica y política en la manera de actuar que caracterizaban la administración del interés público. Las transformaciones se produjeron más allá de la simbólica caída de la Bastilla, ya que entraron, de forma definitiva, en el *modus* de ejercicio del poder como, principalmente, en el actuar y pensar de cada individuo.

³² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.41.

³³ LOBO TORRES, Ricardo. **Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.12.

Merece, también, ampliar el concepto de derechos fundamentales elaborado por el autor lusitano Jorge Miranda: "*Por derechos fundamentales entendemos los derechos o las posiciones jurídicas subjetivas de las personas en cuanto tales, individuales o institucionalmente consideradas, presentes en la Constitución, tanto en la Constitución formal, como en la Constitución material - donde, derechos fundamentales en sentido formal y derechos fundamentales material.*"³⁴

La fundamentalidad formal está vinculada al derecho constitucional positivo, escrito, situado en el vértice de la pirámide de la clasificación jurídica. Se trata de reglas directamente aplicables y que vinculan de forma inmediata las entidades públicas y las privadas. Sin embargo, es necesario observar que en el contexto del contenido anteriormente mencionado está la noción de su fundamentalidad cuando, también en conformidad con el autor portugués, GOMES CANOTILHO³⁵, se apunta la especial dignidad y protección de los derechos en dos sentidos; es decir, formal y material. La fundamentalidad material significa que el contenido de los derechos implica la constitución de las estructuras básicas del Estado y de la sociedad, aun cuando no está asociada a la constitución escrita y a la idea de fundamentalidad formal. Así, por el derecho constitucional positivo se permite la apertura de la constitución de otros derechos, también fundamentales, pero no constitucionalizados (todavía materialmente fundamentales); es decir, para los derechos no nominados en la ley, aún no formalmente constitucionalizados. En otras palabras, la conceptualización de los derechos fundamentales deber considerar en su esencia el aspecto material, ya que si se examina solamente en el aspecto formal sería insuficiente. Es imposible olvidar que la existencia de los derechos materiales fundamentales tiene como base los derechos humanos.

De este modo, los derechos fundamentales deben acogerse en las constituciones, ya sea como derechos fundamentales de defensa o ya sea como derechos fundamentales de prestaciones. En el primer grupo, se cumple

³⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1993. Tomo IV, p. 7.

³⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1992, p. 509.

la tarea de defensa del ciudadano en el plan jurídico-objetivo, con normas de capacidad negativa para los poderes públicos, con la prohibición de ingerencias en la esfera jurídico-individual, o, en el plano jurídico-subjetivo, los ciudadanos tienen la posibilidad de ejercer los derechos fundamentales y de exigir omisiones del poder público para evitar daños ambientales. En el segundo grupo, de prestaciones, el Estado tiene su parte de responsabilidad en el desarrollo de las tareas económicas, sociales y culturales a disposición del ciudadano. Asimismo, los derechos fundamentales resultan obligaciones "erga omnes" de no hacer (primer grupo) o de hacer (segundo grupo)³⁶.

Configurada la protección ambiental como un derecho fundamental, deja de tener, definitivamente, un interés menor o accidental en el ordenamiento, alejándose de los tiempos en los que "*cuando mucho era objeto de interminables discusiones científicas o poéticas*"³⁷, pero siendo elevado al máximo nivel del ordenamiento ³⁸, en la calidad de derecho fundamental, calidad que algunos valores sociales consiguieron disfrutar solamente después de décadas de maduración.

HERMAN BENJAMIN recuerda que "*De relevante efecto práctico, la caracterización del medio ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental trae consigo tres calidades consideradas inherentes a tal tipología: la irrenunciabilidad, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. Irrenunciabilidad no obstante, -aunque tal derecho conviva con la omisión de ejercicio (la pasividad actual de la víctima ambiental),- no acepte ninguna renuncia apriorística; inalienabilidad en la medida en que, por ser ejercicio propio, es intransferible, innegociable, ya que posee titularidad fragmentada y muy personal, incapaz de apropiación individual; por último, imprescriptible, ya que tienen perfil intertemporal, consagrando entre sus beneficiarios incluso los incapaces que ejercitan sus derechos directamente hasta las generaciones futuras*"³⁹. Incluso, según lo expuesto en el contenido anterior (1.1) el derecho

³⁶ WOLFGANG SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.160.

³⁷ HERMAN BENJAMIN, Antonio *op. cit.*, p. 94.

³⁸ A continuación, será estudiado el *status* constitucional de la protección ambiental.

³⁹ *Idem. Ibidem.* p. 94. En su explicación, HERMAN BENJAMIN refiere a previsión del artículo 186, inciso II, de la Constitución Federal Brasileña, que contiene el siguiente contenido: "*La función social se cumple cuando la propiedad rural obedece, - simultáneamente y según los*

ambiental debe ser tratado como base de la razón legal de la parcela de dominio del derecho internacional de los derechos fundamentales.

2.2.2 Las dimensiones de los Derechos Fundamentales

En la historia de la humanidad, hechos y comportamientos de la sociedad global han determinado el surgimiento de "generaciones" sucesivas de derechos fundamentales. Son derechos que pueden concebirse dentro de un contexto específico, desde el momento en que surgieron, y comprenderse en su efectivo sentido real. Paulo Bonavides⁴⁰ explica que el nacimiento de las generaciones de los derechos fundamentales tiene su origen de la atmósfera iluminista y que, a su vez, inspiraron las revoluciones burguesas del siglo de XVIII. De esta forma, se manifestó la célebre Declaración de los Derechos del Hombre, en 1.789 y que, a pesar de su sentido abstracto y metafísico, determinó un punto de partida para la inserción de los derechos de libertad, tanto en la esfera civil como política. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1.948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, mediante la Resolución n.217 (III), la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que, a su vez, originó la carta de valores y principios sobre la cual se fundamentan las generaciones de los derechos fundamentales. Son generaciones universales que conceden la titularidad a un individuo que, antes de ser considerado de este o de aquel país, es, por su condición de persona, objeto de la universalidad.

Es importante destacar que la terminología "generaciones" no es la más apropiada porque transmite una idea de ruptura, donde cada generación tendría un comienzo y un fin. Así, la expresión "generación" podría conducir a

critérios y grados de exigencia establecidos en la ley, - a los siguientes requisitos: I – [...]; II – utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; [...]."

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. pp. 525-527.

la noción de caducidad de las generaciones de derecho. Para BONAVIDES⁴¹ y CANÇADO TRINDADE⁴², la sustitución de la expresión por "dimensiones" ofrece una ventaja lógica y cualitativa, ya que las tres generaciones traducen un proceso acumulativo y cualitativo. Asimismo, para los efectos de este trabajo, adoptaremos la expresión "dimensiones", ya que consideramos que resulta ser acorde con la idea-motriz de la evolución, inherente pues al contenido de los Derechos Fundamentales.

Considerando la relevancia del tema, abordaremos la explicación de las dimensiones ahora mencionadas, aunque de forma sucinta.

Los derechos fundamentales de **primera dimensión** son los de defensa de las libertades de los individuos, las cuales exigen la auto-limitación y la no ingerencia de los poderes públicos en la esfera privada del individuo, que se tutelan por la mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa por parte del ente público⁴³. El nacimiento de los derechos fundamentales de primera dimensión tiene una impronta individualista, como las libertades individuales, razón de muchas luchas sociales producidas en el siglo XIX y resultado de la resistencia contra las oligarquías del clero y de la nobleza. Después de la gradual caída del feudalismo que amedrentaba la sociedad de la época, fue necesario un gran esfuerzo para reconstruir las ruinas morales y económicas de aquella sociedad frágil. Esta misma sociedad, movida por el ideal de la libertad, hizo brotar la libertad individual y colectiva, donde el hombre pasó a ocupar el espacio público, - aunque sin contar aún con una tutela plena, desarrollándose las fuerzas productivas de la sociedad en conformidad con los valores e intereses defendidos por los revolucionarios⁴⁴.

⁴¹ *Idem. Ibidem.* p. 517.

⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *op. cit.*, pp. 24-25.

⁴³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Las Generaciones de Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 205.

⁴⁴ En este contexto, emergieron las instituciones de la vida civil y de la vida pública, basadas en el credo liberal. En el desarrollo económico, la afirmación de los valores liberales, -con el crecimiento de la ciencia y de los descubrimientos que implicaron una vida social vigorosa a través de la revolución industrial- hizo posible la incorporación de los valores revolucionarios con verdades científicas dirigidas a la producción.

Por tanto, son características de los derechos de primera dimensión la titularidad del individuo del derecho de resistencia o de oposición al Estado, siendo entonces, considerados derechos de cuño negativo. Asimismo, se vienen a concretar como derechos a la vida, a la libertad, a la prosperidad, a la expresión y a la participación política, entre otros⁴⁵.

Los derechos de libertad fueron los primeros que constaron en el instrumento normativo constitucional como derechos civiles y políticos, representando un desarrollo que ha evolucionado con respecto a un mero reconocimiento de los tiempos pasados, siendo ahora reconocidos en todas las constituciones⁴⁶. En la medida en que el valor supremo era la libertad, bajo la égida de los derechos de primera dimensión se consagró la expresión 'hombre libre', estableciéndose el modelo económico liberal, cuya acumulación de riqueza generaría el natural progreso. Por consiguiente, el Estado era notoriamente liberal y el ciudadano era considerado el actor principal en el proceso y en la construcción de la nueva sociedad, implicando la creación de los derechos civiles y públicos⁴⁷.

Sin embargo, este proceso comportó un poder casi ilimitado por los que detentaban los medios de producción, pues al mismo tiempo en que se constató un considerable poder basado en los valores liberales, se estableció también una dominación sobre la mayoría de la población. Es más, aunque tuvieran igualdad jurídica a través de la conquista de los derechos civiles y pudiesen participar de la vida pública, afloraron las grandes negaciones de masa de los nuevos excluidos del sistema basado en los valores de la libertad⁴⁸.

⁴⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do Direito Social dos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. pp. 161-168.

⁴⁶ Para la afirmación de los derechos de primera dimensión, hay que destacar también la Constitución de la Federación Norte Americana, de 1787. Sin embargo, según WOLFGANG SARLET, en la ya referida obra **Dignidad de la persona humana y derechos fundamentales en la Constitución Federal de 1988**, p.62, sostiene que "*mientras los americanos tenían sólo derechos fundamentales, Francia vinculó al mundo los derechos humanos*".

⁴⁷ MUSSOI MOREIRA, Alexandre. **A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 27-29.

⁴⁸ La conquista de la igualdad jurídica a través de los derechos civiles implicaba respaldar la desigualdad económica existente entre las clases y aunque pudiesen participar de la vida pública, no pudieron cuestionar la naturaleza de lo régimen.

Cabe destacar que el período inherente a la primera dimensión se caracteriza por incentivar la producción, incluso a través de la explotación de los recursos naturales partiendo de la concepción de que la naturaleza era considerada fuente inagotable de recursos.

Sin embargo, la consecuente concentración de riquezas en manos de la burguesía redefinió otro campo ético y jurídico de actuación individual y colectiva, implicando una ruptura con el orden vigente y la exigencia de profundas transformaciones del comportamiento de los que tenían el poder en sus manos, consagrando, entonces, los derechos fundamentales de segunda dimensión⁴⁹, como resultado de la lucha contra la burguesía y contra la explotación del hombre por el hombre, donde el proletariado se configuró como el actor principal en el proceso y en la construcción de la nueva sociedad⁵⁰.

Se produce, entonces, la transición gradual del Estado Liberal de Derechos hacia el Estado Social de Derechos. Para BONAVIDES⁵¹, son los derechos que dominan el siglo XX, así como los derechos de primera dimensión dominaron el siglo XIX. Los derechos de segunda dimensión exigen una postura positiva del Estado en la construcción de la justicia social por medio de prestaciones sociales estatales, como la asistencia social, la salud, la educación, el trabajo, entre otros. Es importante destacar que también fueron formulados en el ámbito filosófico y político de acentuado cuño ideológico, dominando las constituciones del segundo período post-bélico.

En esa dimensión, el valor superior es el de la igualdad, estableciendo un Estado socialista (Estado de Bienestar Social), cuyos nuevos derechos tienen como objeto la protección de los trabajadores, individuales o colectivos, las relaciones jurídicas de cuño previdencial, preocupación por la salud, por la sanidad básica, por la educación, entre otros. Como consecuencia, el

⁴⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *op. cit.*, pp. 161-68.

⁵⁰ Cabe mencionar que la constitución de la República Socialista Federativa Soviética, consecuente de la revolución de 1917, representó una rotura radical con el modelo de Estado hasta entonces vigente. *En*: OLIVEIRA MARUN, Jorge Alberto de. Meio Ambiente e Direitos Humanos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 28, 2002. p. 122.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 521.

proletariado pasa a ser el actor principal en el proceso y en la construcción de la nueva sociedad, cuyo modelo económico, de característica social, presupone que la distribución de riqueza genere progreso.

Los derechos que eran civiles asumieron características sociales (derecho al trabajo individual y colectivo, prevención social, derecho sanitario, derecho a la salud pública, etc.); el valor de la libertad cede espacio al de la igualdad económica y no a la igualdad jurídica meramente formal establecida por las codificaciones burguesas. Por otro lado, el Estado precisaba modificarse, pues no podía ser considerado el simple amparo que sostenía las clases que controlaban el poder económico y poseedoras de los medios de producción. Se hacía necesario que el Estado pusiese en práctica el valor emergente de la igualdad, exigiendo que él mismo cumpliera con su cometido social y no sólo garantizara los privilegios económicos de la clase dominante⁵².

El Estado liberal puro, configurado en el desarrollo económico de la burguesía, dio lugar a una nueva concepción de Estado. Independientemente de que fuera comunista, social demócrata o liberal, el Estado no buscó sólo el progreso sino que se convirtió en un Estado de Bienestar Social. A su vez, ese Estado de Bienestar Social era el resultado de un sentido teleológico de todas las ideologías productivistas. Sin embargo, a través de iniciativas colectivas, de iniciativas particulares o de una mezcla de las dos, el desarrollo de la ciencia y el dominio de la naturaleza deberían ser tratados igualmente, pero lo eran bajo la creencia de que los recursos naturales eran inagotables. En ese sentido, esta creencia que caracterizaba la primera dimensión continuaría dominando el período comprendido por la segunda dimensión.

Continuando con el estudio de la evolución de las dimensiones de los derechos fundamentales, surgió la tercera dimensión como reveladora de una fraternidad emergente de un alto componente de humanismo, solidaridad y universalidad. Corresponde a la necesidad de catalogar una serie de nuevos derechos, surgidos de nuevos acontecimientos y exigencias sociales, cuyo

⁵² BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *op. cit.*, pp. 161-168.

valor supremo es la solidaridad cuando el derecho pasa a tener por objetivo la protección de los intereses difusos⁵³, – ambientales, del consumidor, de las mujeres, de la infancia, etc. – (meta-individuales, transclasistas, etc.), emergiendo nuevos sujetos sociales y una ciudadanía ambiental⁵⁴. La principal lucha pasó a ser contra el sistema predatorio de la sociedad industrial que comprometía la vida planetaria, y que implicaba el modelo económico del desarrollo sostenible. Nace así, el Estado de **Bienestar Ambiental**, también denominado “**Estado Democrático del Ambiente**”.

El Estado Democrático de ambiente se concibe como un Estado abierto a los problemas del ambiente, esto es, intenta participar activamente en el cumplimiento y elaboración de las normas ambientales producidas por las instancias internacionales (derecho internacional) y por las instancias comunitarias (derecho comunitario), conforme al objeto de estudio en el punto 1.2.4, del que nos ocuparemos seguidamente.

Se habla de “Estado ambiental” (*Umweltstaat*). Con ello se pretende expresar que hoy el Estado, además de ser un Estado de derecho, un Estado democrático, un Estado social, debe también considerarse como “Estado ambiental”.

Debe considerarse también el significativo avance alcanzado por parte de las luchas sociales iniciadas en el siglo XIX y que se consolidaron en el siglo XX. En este marco, la incesante búsqueda por la igualdad dio lugar a que una significativa parte de la humanidad profesara el credo de un cambio significativo de los rumbos adoptados por el régimen liberal.

⁵³ En el presente capítulo se abordaran también los intereses difusos de los que, por la importancia que tienen respecto a la temática que vamos a abordar, hacemos aquí una breve referencia. Mancuso, con precisión define: “*Intereses difusos son intereses metaindividuales que, no habiendo alcanzado el grado de agregación y organización necesario para su implicación institucional, -junto a ciertas entidades u órganos representativos de los intereses ya socialmente definidos,- quedan en un estado fluido, dispersos por la sociedad civil como un todo (v.g ., el interés a la pureza del aire atmosférico), pudiendo, a veces referirse a ciertas colectividades de contenido numérico indefinido (v.g.,consumidores)*”. En: CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses difusos**: Conceito e legitimação para agir. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 125.

⁵⁴ *Idem, ibidem.* p. 126.

Rogério Portanova señala que, *“los valores que estaban marcados para las transformaciones, incluso las más radicales, de la sociedad, abogaban por un permanente crecimiento de las fuerzas productivas de la sociedad, diferenciándose pues en todo su proceso de concentración o distribución de riquezas. En ese sentido se puede afirmar que todos, -desde las tesis más ortodoxas de los liberales o de la Escuela de Chicago, hasta los más inflexibles revolucionarios de orientación marxista-trotskista- compartían los mismos intereses, desde el aumento de la producción hasta el dominio de la naturaleza a través de la ciencia y de la tecnología. Desarrollar la ciencia y la tecnología, dominar la naturaleza en provecho del hombre, aumentar la producción y proporcionar el mayor confort material posible, siempre fue un ideal buscado por las ideologías tan diferentes en el plan económico, pero tan próximas en lo que se refiere a la explotación de sus medios”*. Y continúa el autor: *“Es imposible mantener el mismo nivel de producción para toda la humanidad sin que haya un colapso ecológico, una vez que la capacidad científica y tecnológica de procesar las materias es infinitamente superior a la capacidad que la naturaleza tiene para regenerarse o para ofertar materias primas para su procesamiento. Lo más increíble es que este enunciado es válido tanto para los procesos individuales de modelo de desarrollo, como para los modelos colectivistas o de socialización de los medios de producción”*⁵⁵.

La crítica dirigida a la sociedad de consumo, ya sea con relación a los desperdicios o ya sea con los límites de la producción, abrió una amplia discusión en el campo de la economía que sobrepasó el campo de la ciencia y de la ética, alcanzando los límites de las ciencias sociales y de la propia actuación política. Así, en el plan de la sociedad inicia una actuación denominada ecológica a través de los diversos movimientos sociales, como la

⁵⁵ PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. En: HERMAN BENJAMIN, Antonio. **10 Anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Imesp, 2002. pp. 685-686. El autor también señala que: *“Si el proceso de la revolución liberal tuvo como marco el año 1789 con la revolución francesa; por otro lado, tenemos como marco de la revolución socialista, el año 1917 en Rusia. Si queremos buscar un único marco de la emergencia del proceso de construcción de esta tercera generación de derechos humanos, no lo vamos a encontrar, dado su carácter difuso, complejo y a veces incluso paradójico; sin embargo, como referencia podremos citar que sólo el año 1968, concretamente el mayo del 68 francés y todo el elemento simbólico que se encarna en él, puede considerarse como uno de los principales marcos de la llamada tercera generación de derechos humanos”*.

aparición de las ONGS, y de representación política, por medio de los Partidos Verdes y de otras agrupaciones políticas.

Sin embargo, cabe observar que esa nueva concepción no significa una ruptura con los otros movimientos típicos de la segunda dimensión de los derechos fundamentales sino que, al contrario, significa una redefinición del eje de la producción que pasa a conquistar la igualdad defendida por el ideal socialista. Igualdad entendida como propia libertad y peculiaridad de los valores liberales que serán alcanzados sólo a través de la conquista de la igualdad reivindicada a través de las luchas sociales.

Mercedes Franco del Pozo explica que, *“Así, el desarrollo tecnológico, las diferencias Norte-Sur, los conflictos armados, la degradación del medio ambiente..., traen consigo la aparición de derechos tales como el derecho al desarrollo, la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la paz, o el derecho que ahora defendemos: el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. No obstante, hay que reseñar que dicho término no acaba de cuajar en la doctrina que se inclina por la utilización de la expresión ‘derechos de la solidaridad’⁵⁶.*

La conciencia moderna tiene que enfrentarse a la triste realidad de la extrema pobreza de ciertas naciones, en contraste con la riqueza y el desarrollo de otras. Para PEREZ LUÑO⁵⁷, la tercera dimensión de los derechos fundamentales también aflora de la ponderación con otras temáticas tales como las referentes al desarrollo, a la paz, a los derechos de los consumidores, a la comunicación, al derecho de propiedad ejercido bajo la observancia de la función social, a la calidad de vida, al patrimonio común de la humanidad, entre otros. Con frecuencia, la tercera dimensión es reconocida como complemento de las dimensiones anteriores, incluso porque es notorio

⁵⁶ FRANCO DEL POZO, Mercedes. “El derecho humano a un medio ambiente adecuado”. En **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**. Bilbao, Universidad de Deusto, n.8, 2000, p.12. Se observa que en el citado trabajo la autora utiliza la expresión ‘derechos de tercera generación’, ya que la considera como la más adecuada en el momento cronológico de su aparición; sin embargo, prefiere utilizar el término ‘derechos de la solidaridad’, puesto que se define de una forma más concreta la característica de este nuevo grupo de derechos.

⁵⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Las Generaciones del Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1991. pp. 203-206.

que la revolución tecnológica actual ha redimensionado al hombre tanto en las relaciones con su semejante, como con la naturaleza. Se modifican las relaciones con su propio contexto, influyendo en la esfera de los derechos humanos en su vertiente con los derechos fundamentales en el sentido formal o material, presentes en la escala del derecho internacional. Aquí se encuentra el eje de la presente temática.

Seguramente, esta tercera dimensión viene a concretar los límites del desarrollo productivo que, a su vez, no deben comprometer el equilibrio ecológico, así como el desarrollo de la ciencia no puede sobrepasar la frontera de la creación de la vida. En este sentido, se destaca el principio del desarrollo sostenible, que será objeto de estudio en el presente capítulo.

Considerando que las dimensiones de los derechos humanos traducen la idea de un proceso acumulativo, donde no hay rupturas de las respectivas dimensiones de derechos, Mercedes Franco del Pozo apunta que, *“De este modo, ante la nueva necesidad que surge de proteger al medio ambiente se reconoce mayoritariamente que el derecho a un medio ambiente adecuado forma parte de los derechos de tercera generación, ya que posibilita, desde una perspectiva física y biológica, la realización de los derechos de las generaciones”*⁵⁸.

Se observa, también, la existencia de una denominada **cuarta dimensión de los derechos fundamentales** para la que los derechos serían fruto de la globalización política en la esfera de la normatividad jurídica, correspondiendo su institucionalización a nivel internacional, como en el caso del derecho a la democracia, a la información, entre otros. En esta dimensión se pone de manifiesto la preocupación por la preservación ambiental.

Se destaca, pues, el derecho al medio ambiente como calidad de vida, cuyo contenido ha suscitado muchas inquietudes. Es la acción humana sobre el medio ambiente, en el que el hombre se encuentra inserto, la que ha

⁵⁸ FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op. cit.*, p.12.

condicionado su existencia y que puede, junto a él, llegar a ser exterminado. Las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación de la naturaleza, cuyos resultados son, actualmente, una preocupación cotidiana. La explotación desenfrenada de las fuentes de energía y la consecuente degradación ambiental representan una repercusión en el *hábitat* humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos, ocasionando la preocupación por la posibilidad de un **suicidio colectivo**.

La cuestión del medio ambiente emerge de la comprensión de la necesaria preservación ambiental como garantía de supervivencia, del mantenimiento del patrimonio común de la humanidad, de la comprensión del derecho al desarrollo, entre otros. Por último, se afirma que los derechos de tercera dimensión son los que sobrepasan los límites subjetivos de la figura humana, e incluso de un grupo o de un cierto Estado, fortaleciendo las características del contenido genérico que tiene como destinatario único, directo e indirecto, al género humano.

Los derechos de tercera dimensión son derechos de la humanidad que se *“hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria”*⁵⁹. En ese sentido, cabe destacar la aparición de una responsabilidad colectiva para su realización, consubstanciada en la distinción entre el principio de la solidaridad y el principio de la igualdad, ya que se trata de una responsabilidad que es de todos y, por tanto, también es de todos los que integran la sociedad⁶⁰. Aquí, es importante destacar la opinión de Mercedes Franco del Pozo quien, al tratar la protección al medio ambiente como un derecho de tercera dimensión, expresa que *“Engloban los **derechos individuales** en la medida en que son necesarios para nuestro desarrollo personal en libertad y dignidad, engloban los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto éstos no pueden satisfacerse sin un entorno favorable a ello”*⁶¹ (grifo).

⁵⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *op. cit.*, p. 210.

⁶⁰ LUCAS, J. (de), El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente. **Revista de Derecho Ambiental**, Murcia, n.12, 1994. p.64.

⁶¹ FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op. cit.*, p.16.

Así, hay dos especies de derechos esencialmente colectivos – o derechos colectivos *lato sensu* – que son los derechos colectivos *stricto sensu* y los derechos difusos. Los derechos individuales homogéneos poseen particularidades que se diferencian de los **intereses individuales**⁶² y se excluyen de la clasificación de intereses esencialmente colectivos.

Seguidamente, tales intereses serán examinados aisladamente, sin separar sin embargo los intereses puramente individuales, ya que cuando los presentemos en la perspectiva de la tercera dimensión de los Derechos Fundamentales, los haremos tomando como eje central la solidaridad.

2.2.2.1 *Los intereses fundamentales de tercera dimensión y los intereses individuales homogéneos*

Los intereses individuales homogéneos son, en su origen, muy similares a las famosas *class actions* del derecho norteamericano. Según Luiz Paulo da Silva Araújo Filho⁶³, las *class actions* fueron heredadas del sistema legal inglés y eran utilizadas cuando se tenía interés común o general de muchas personas. Al constituir una clase numerosa, sería impracticable analizar todos sus elementos en conjunto. Así, uno o más miembros podrían proponer la acción o presentar la defensa, representando a la totalidad de la clase.

⁶² COLAÇO ANTUNES, citando a Alberto Romano, sostiene que el interés individual, concebido como interés de un sujeto privado, no significa necesariamente interés de una persona física, puesto que es también individual el interés relativo a los fines de una persona jurídica privada, sin que este último presupuesto implique que tal interés pueda tener naturaleza económica o deba tenerla (**La tutela degli interessi colletivi nel processo amministrativo.**, p. 71) *En:* COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativa:** para uma legitimação procedimental. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 30.

⁶³ SILVA ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da. **Ações Coletivas:** a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 55.

Los intereses individuales homogéneos son los que, aunque se presenten uniformizados por su origen común, permanecen individuales en su esencia⁶⁴.

Los titulares de intereses individuales homogéneos son determinables; el bien jurídico es divisible y están ligados por su origen común. Se asemejan a los difusos, en cuanto a su origen fáctico común y a los colectivos, con relación a la determinación de los sujetos. Sin embargo, la divisibilidad del objeto les dará connotaciones diferentes.

Un interés individual, incluso cuando sea homogéneo, puede ser identificado y tutelado singularmente por el titular correspondiente. La posibilidad de la tutela colectiva de tales intereses, conferida por el legislador tiene por objetivo facilitar el acceso a la Justicia, aún más en ciertos casos en los que incluso se trata de un derecho individual, tomará una apariencia de grandes proporciones⁶⁵.

De otra forma, la posibilidad de la tutela colectiva de los intereses individuales provocados por una misma situación fáctica, hará que lesiones que podrían ser insignificantes y de difícil acceso a la reparación, puedan ser perseguidas, desacreditando a proveedores sin escrúpulos.

Los intereses individuales homogéneos, en sentido lato, no dejan de ser también intereses colectivos, por mucho que sean intereses individuales homogéneos, así como los difusos, tienen origen en circunstancias de hechos

⁶⁴ En Brasil, el inciso III, del párrafo único, del artículo 81 de la Ley 8.078/90, establece que son: "intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos, los que tienen un origen común", en ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 676.

⁶⁵ Un ejemplo lo encontramos en la situación que se ha producido en los *recalls* promovidos por determinadas montadoras de automóviles; cuando los propietarios de vehículos, a través de una demanda colectiva, podrán solicitar ante el Poder Judicial una solución para la pieza defectuosa, ocasionando con una supuesta condena a estas montadoras un gravamen mayor. De esta forma se favorece el compromiso del principio de la economía procesal, tan anhelado actualmente a causa de la sobrecarga de los procesos judiciales.

⁶⁶ ALBINO ZAVASCKI, Teori. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista Jurídica Síntese**, São Paulo, n. 212, p. 16, jun. 1995, p. 87.

comunes; sin embargo, los titulares de los primeros son determinados o determinables, mientras que los titulares de los demás son indeterminados.

Teori Albino Zavascki⁶⁶, a su vez, explica que en la concepción de los intereses individuales homogéneos está incorporada la “defensa colectiva de derechos”, resaltando que ésta no se confunde con la denominada defensa de derechos colectivos. Según el autor, derecho colectivo es derecho transindividual (= sin titular determinado) e indivisible. Puede ser difuso o colectivo, *stricto sensu*. Ya los derechos individuales homogéneos son, en efecto, simplemente derechos subjetivos individuales. La calificación de homogéneos no desvirtúa esa su naturaleza, pero simplemente les relaciona a otros derechos individuales

Se puede decir, por tanto, que los intereses individuales homogéneos son un conjunto de voluntades individuales. Lo que difiere con respecto a los derechos colectivos es la divisibilidad de estos intereses; es decir, es posible que cada sujeto presente individualmente su demanda. Y eso porque el objeto de la acción es indivisible.

Los intereses individuales homogéneos son accidentalmente colectivos, principalmente porque tienen el mismo origen con relación a los hechos generadores de tales derechos, lo que recomienda la defensa de todos a un mismo tiempo.

Después de la breve aproximación a los intereses individuales homogéneos, seguimos dando continuidad a nuestro estudio bajo la óptica de los intereses meta-individuales, analizando los intereses colectivos.

2.2.2.2 *Los derechos fundamentales de tercera dimensión y los intereses colectivos*

Los Intereses colectivos son derechos de naturaleza indivisible, pertenecientes a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí por una relación jurídica de base. Son indivisibles porque todos los titulares del derecho son beneficiados o perjudicados, aun cuando sólo un sujeto ingrese con la demanda en juicio.

En la exposición de Gianpaolo Poggio Smanio⁶⁷, los intereses colectivos tienen una naturaleza indivisible en la medida en que no pueden ser compartidos individualmente entre sus titulares. Atendiendo el interés de uno, estará atendido el de todos.

Esa especie de interés pertenece a una categoría determinada o, al menos, determinable de personas. Son titulares de tales intereses los miembros de una determinada clase, categoría o grupo⁶⁸.

El Código de Defensa del Consumidor brasileño, al definir los derechos colectivos, dispone como presupuesto para su caracterización la existencia de una relación jurídica de base; lo que significa que los titulares de estos intereses deben estar interconectados por alguna relación jurídica.

⁶⁷ POGGIO SMANIO, Gianpaolo. **Interesses difusos e coletivos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45.

⁶⁸ ALVIM, Thereza. **Código do Consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 234. Con respecto a la diferencia entre intereses difusos y colectivos, afirma Thereza Alvim, al comentar el inciso II del artículo 81 de la ley brasileña nr. 8.078/90, que: *“La diferencia está, en este inciso II, con relación al anterior, en la posible delimitación clara de los beneficiarios del interés o derecho, teniendo en cuenta los presupuestos, en sí mismos definidos, para identificar la titularidad del grupo, categoría o clase”*. El interés colectivo es así conceptualizado en el inciso II del párrafo único del artículo 81 de la Ley 8.078/90, que dispone: *“intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible de quien sea titular grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base”*.

⁶⁹ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 50.

Los titulares serán personas indeterminadas. Sin embargo, serán determinables, aun cuando con algún esfuerzo, formen parte de un grupo, categoría o clase. Además, el bien jurídico debería de ser indivisible, incluso con la defensa del interés personal del grupo; se trata pues de intereses que rebasan estos dos límites.

Como apunta Rodolfo de Camargo Mancuso, los intereses colectivos no surgen con la simple suma de derechos individuales, ni tampoco surgen con la defensa del interés personal del grupo; se trata de intereses que rebasar estos dos límites: *“perjudicando a un ente colectivo, nacido en el momento en que ciertos valores individuales, atraídos por semejanza y armonizados en el fin común, se amalgaman en el grupo. (...) Es preciso, pues, que haya un ideal colectivo, un alma colectiva; es esto lo que conduce a la característica específica⁶⁹”*.

Sintéticamente, por tanto, los intereses colectivos tienen la naturaleza indivisible, llegan a todos sus titulares y poseen como sujeto activo un grupo, una clase o categoría de personas, determinadas o determinables.

2.2.2.3 Los derechos fundamentales de tercera dimensión y los intereses difusos

Los intereses difusos son los de naturaleza indivisible, de los que deben de ser titulares las personas indeterminadas y ligadas por determinadas circunstancia de hecho.

⁷⁰ NIGRO MAZZILLI, Hugo. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

En la definición presentada por Hugo Nigro Mazzili⁷⁰, los intereses difusos “*son los intereses indivisibles de grupos menos determinados de personas, entre las cuales no existe un vínculo jurídico o fáctico muy preciso*”. La indivisibilidad de tales intereses con respecto a su objeto, que no puede ser cuantificado y distribuido entre los miembros de la colectividad⁷¹.

Tal y como sucede con los derechos colectivos, los intereses difusos son también de naturaleza indivisible. La gran diferencia, sin embargo, es que los titulares de estos derechos son personas indeterminadas y que se encuentran ligadas por una situación de hecho y no por una relación jurídica.

Los titulares de tal especie de derechos transindividuales, además de indeterminables, deberán estar ligados por una circunstancia fáctica, titulares de derecho indivisible, siendo marcados por una intensa conflictualidad interna, característica que les diferencia de los demás derechos meta-individuales.

En el campo de los derechos difusos, la eventual distorsión en su clasificación determinará la identificación de un derecho colectivo, no presentando problemas prácticos.

Mientras que en una acción que implica intereses individuales o incluso colectivos *stricto sensu* hay una situación jurídica definida, en las acciones que implican intereses difusos tal hecho no se produce, a causa de su indeterminación subjetiva y de la transitoriedad de las situaciones que implican los titulares de estos intereses (son hechos que producen cambios en el tiempo y en el espacio). En este sentido, resulta difícil olvidar que la cuestión

⁷¹ Así en los términos del inciso I del párrafo único del artículo 81 de la ley brasileña nr. 8.078/90: “*Los intereses o derechos difusos, así entendidos, a efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y vinculadas por circunstancias de hecho*”. En: ABREU FILHO, Nylson Paim de. *op. cit.*, p. 676.

ambiental es tratada en la óptica intergeneracional, conforme a lo que seguidamente explicamos.

Así, el derecho al medio ambiente equilibrado traduce un auténtico interés difuso, en conformidad con lo expuesto por Luiz Régis Porto: *“aquéllos que, no habiendo alcanzado el grado de agregación y organización necesaria para su compromiso institucional junto a ciertas entidades u órganos representativos de los intereses ya socialmente definidos, quedan en un estado fluido, dispersos por la sociedad civil como un todo, pudiendo, a veces, referirse a ciertas colectividades de contenido numérico indefinido. Se caracterizan por la indeterminación de los sujetos, por la indivisibilidad del objeto, por su intensa litigiosidad interna y por su inclinación a la transición o mutación en el tiempo y en el espacio”*⁷².

Conforme al estudio del capítulo II del presente trabajo, el sistema jurídico tradicional, vigente, de cuño privatístico y fundado en el conflicto de intereses individuales, tiene dificultades en acoger un derecho denominado ambiental, de carácter comunitario y de solidaridad recíproca (el propio agresor será perjudicado por su acción degradante), porque implica la formación de un nuevo paradigma como, por ejemplo, lesiones, peligros y riesgos que comprometen los ‘bienes ambientales’, repercutiendo sobre toda una colectividad indeterminada e indeterminable de sujetos. En este sentido, es preferible la utilización de la expresión ‘intereses difusos’ que ‘titularidad abierta’⁷³.

Partiendo de la conocida definición, el derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido por el derecho objetivo. Mientras que el derecho subjetivo otorga a su titular una protección máxima, los intereses difusos se

⁷² PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Ambiental: problemas fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 86.

⁷³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do Direito Social dos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 140.

⁷⁴ VARELA GARCIA, Carlos. Intereses difusos, acción civil pública y técnicas de protección del medio ambiente. **Revista de Derecho Ambiental**, n.23, 1999. pp. 51-52.

caracterizan por la ausencia de una atribución subjetiva determinada en la medida que se trata de intereses que *conciernen a todos pero que no son propiedad de nadie* (por ejemplo, la pureza del aire atmosférico). Las relaciones íntersubjetivas en los intereses difusos no están basadas en un vínculo jurídico determinado (*affectio societatis*) sino en meras circunstancias de hecho (por ejemplo, personas afectadas por una determinada contingencia lesiva para sus intereses).

Los intereses difusos se encuentran en un estado fluido de formación en el seno de la comunidad o, lo que es lo mismo, dispersos en la sociedad civil entre un número indeterminado de sujetos. Además, carecen de un encuadramiento específico dentro del sistema jurídico, que no ha podido arbitrar para ellos mecanismos adecuados de protección. Están revestidos de un grado variable de indefinición por carecer de contornos nítidos, además se encuentran disgregados por carecer de la suficiente cohesión y organización. Así, los intereses difusos se sitúan en el polo opuesto a los derechos subjetivos⁷⁴.

Para la definición de los intereses difusos, se considera su aspecto subjetivo, revelándose como una fórmula descriptiva de la extensa pluralidad de intereses individuales, bajo la forma de una relación externa directa y propia entre el sujeto y el bien y, de esta forma, todos son potencialmente capaces de exigir la tutela jurisdiccional. En síntesis, como señala COLAÇO ANTUNES⁷⁵, se trata de un interés con dos caras: la cara objetiva y la cara subjetiva, aunque ésta sea reconducida no solo al individuo *tout court*, sino también a los entes representativos de los intereses difusos. A lo largo de los capítulos siguientes, nos ocuparemos de cómo el interés individual representa el interés difuso.

⁷⁵ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *op. cit.*, p. 21.

El citado autor⁷⁶ reitera también que el interés difuso está estructurado como un interés perteneciente a todos y a cada uno de los componentes de la pluralidad indeterminada que se está tratando. No es un simple interés individual, reconocedor de una esfera personal y propia, sino el interés que cada individuo posee por el hecho de pertenecer a la pluralidad de sujetos. No se trata tampoco del interés propio de una comunidad organizada, constituida por la suma de intereses de los individuos concretos que la componen y, si así fuera, sería exclusivo.

Se trata del reconocimiento de una pluralidad de situaciones objetivas a sujetos individuales o a entes asociativos. Cuando se dice que el Estado tutela el derecho al medio ambiente se reconoce la existencia de un interés público, con la obligación de actuación del Estado, pero al mismo tiempo es reconocido un interés jurídico, no meramente de hecho, de todo ciudadano a la protección adecuada del bien ambiental. Por ello, la doctrina afirma que los derechos difusos tienen intereses híbridos, con alma pública y con cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo privado y se extiende al derecho público. Es un interés colectivo-público, pluri-individual de relevancia pública, un interés comunitario de naturaleza cultural, no corporativo⁷⁷.

Sin embargo, cuando los intereses difusos inciden en el ámbito del derecho ambiental, difieren de los demás intereses difusos (como es el caso de los derechos del consumidor), ya que el interés al ambiente se funda en la exigencia del respeto de una determinada situación por parte de los otros miembros de la colectividad. Los intereses a la legitimidad de la actividad administrativa o a la ilegalidad de las actividades de los particulares en materia ambiental pueden fundamentar la posición legitimante del derecho a la salud, del derecho al uso cívico de los bienes inmateriales, del derecho al ejercicio de

⁷⁶ *Idem, Ibidem.* p. 21.

⁷⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *op. cit.* pp. 137-140.

⁷⁸ MARTIN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, S.A. Camponês. t. 5, v. I, pp. 188-190.

una actividad particular de servicio ambiental, en definitiva del derecho a proteger el medio ambiente⁷⁸.

Análogamente al interés difuso que concibe el estudio del derecho ambiental, el derecho individual también debe integrar su concepción. Como tal, actualmente ha sido equiparado a la noción de derecho de la personalidad, regulada por los valores ambientales y por la idea polarizada de la calidad de vida que está subyacente. Así, se contribuye a frenar algunos excesos de la sociedad tecnológica y a garantizar a los ciudadanos el disfrute normal de estos derechos, potenciando la protección de los derechos difusos, tal y como examinaremos en el capítulo cuarto de este trabajo.

En síntesis, la titularidad del Derecho Ambiental es, en su mayoría, difusa, y subrayamos que se trata de intereses de todos y de nadie, que no tienen un sujeto determinado o determinable, teniendo en cuenta que pueden comprometer tanto al presente como a las futuras generaciones, incluso cuando se trata de la incidencia de un daño ambiental individual. ADA PELLEGRINI apunta que son *“intereses que no encuentran apoyo en una relación-base bien definida, reduciéndose el vínculo entre las personas a factores coyunturales o extremadamente genéricos, a datos de hecho frecuentemente accidentales y mudables: habitar la misma región, consumir el mismo producto, vivir bajo determinadas condiciones socio-económicas, someterse a determinadas iniciativas, etc. Se trata de intereses diseminados e informales para la tutela de las necesidades, también colectivas, sintéticamente referidas a la calidad de vida”*⁷⁹.

Bajo el aspecto subjetivo, los intereses colectivos también se caracterizan por la transindividualidad, pero a través de una determinación relativa de los titulares, cuando no exista un titular individual y el vínculo

⁷⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada (Coord.) A Problemática dos Direitos Difusos. En:_____. **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limond, 1984, pp. 29-45.

establecido entre los innumerables titulares se da en correspondencia a una relación jurídica de base.

2.2.3 El valor de la preservación ambiental en la perspectiva constitucional formal y material

En relación al contenido inherente a la existencia de derechos fundamentales formales y materiales sumariamente examinado, son formales cuando las normas estén enunciadas y protegidas en el contenido de la constitución, y materiales, cuando contengan la existencia de otros derechos fundamentales integrado por leyes y reglas aplicables de derecho internacional. Asimismo, estos derechos son denominados como materialmente fundamentales en virtud de las reglas que las reconocen y las protegen y al no tener la forma constitucional, sino, por su dignidad, contenido e importancia, merecen ser consideradas como fundamentales⁸⁰. Considerando que los derechos formales también son materialmente fundamentales, tenemos, pues, derechos fundamentales formales y derechos materialmente fundamentales.

Así, concluyendo la etapa de conceptualización de los derechos fundamentales, se afirma que existen derechos fundamentales que están fuera del catálogo constitucional, pero que también tienen el *status* constitucional, cuando son materiales. Y, en este sentido, se ha desarrollado el contenido anterior (n. 1.2.2), que se anticipa y coloca en los derechos fundamentales y bajo la óptica de la dimensión individual (contenido de la presente investigación). Análogamente, la caracterización de la protección ambiental como derecho fundamental es de significativa importancia para su eficacia, considerando que la cuestión revela la protección de los derechos fundamentales de la actualidad.

⁸⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 539.

Es conveniente subrayar que incluso con la ampliación ilimitada del rol de los derechos fundamentales, es necesario que se tenga mucha cautela, ya que de la misma manera las constantes revisiones constitucionales pueden representar una inevitable desvalorización de la fuerza normativa de las constituciones y un peligro de ruptura del orden jurídico, principalmente cuando derivan de intereses políticos y puntuales⁸¹; la ampliación sin medida del rol de los derechos fundamentales puede debilitar la fuerza de estos derechos. Así, es necesario fijar criterios para que el objetivo de caracterizar el derecho al medio ambiente, entendido como derecho fundamental auténtico, sea debidamente perfilado, sin riesgos de aumentar la fragilidad de estos derechos.

GOMES CANOTILHO⁸² suministra los criterios para los derechos sin fundamento constitucional que configuran una dignidad suficiente para que puedan ser considerados fundamentales. Como factor de identificación, el autor apunta que los derechos del contenido de la constitución deben ser equiparados, o susceptibles de equiparación, en contenido e importancia a los derechos previstos en la constitución, no solamente para una categoría de derecho fundamental, sino para las diversas modalidades; y es decir, los derechos, las libertades y garantías. En esta óptica, el medio ambiente se configura en condiciones sólidas para ser un derecho fundamental, aunque material, ya que protege la vida, y la vida con calidad.

En el mismo sentido, PEREZ LUÑO escribe que *"la inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, la contribución decisiva a su desarrollo y a su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales. Por ello, no debe extrañar que la literatura sobre el derecho medioambiental, derecho y ecología, y el derecho a la calidad de vida constituyan uno de los apartados más copiosos en la bibliografía actual sobre los derechos humanos. Y parece poco razonable atribuir este dato al capricho, o a la causalidad"*⁸³. Además, hay que recordar

⁸¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

⁸² GOMES CANOTILHO. *op. cit.*, pp. 540-541.

⁸³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Las Generaciones del Derechos Humanos**. *op. cit.*, pp. 207-208.

que la constitucionalización y la fundamentación de la protección al medio ambiente⁸⁴ deriva del *estatus* de derecho humano fundamental en el orden internacional, desde Estocolmo, en 1.972, y ratificado en otras diversas convenciones y tratados internacionales.

En definitiva, conforme a los argumentos expuestos, se concluye que el derecho al medio ambiente es un auténtico derecho fundamental de tercera dimensión, formal (y material) tal y como está regulado en el catálogo de las diversa Constituciones del Mundo, o meramente material, aun cuando no esté contemplado en el contenido de las constituciones de algunos países. Por tanto, tiene eficacia jurídica y aplicabilidad, ya sea cuando está previsto en las constituciones o cuando se adquiere el estado constitucional a través de la incorporación de los tratados internacionales.

Por corolario, la recepción en las normas constitucionales de cláusulas que detienen el marco 'ambiental' supone una respuesta normativa a una necesidad social, implicando una denominada "**Constitución ambiental**". Para Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, *"representa la expresión positiva de un 'valor' en alza desde un punto de vista político y cultural. Con esta simple reflexión estaríamos dando cuenta de la razón básica por la que aquéllas no se han mantenido neutrales ante un fenómeno que atraviesa – la 'transversalidad' es precisamente una de las características del Derecho ambiental – todos los sectores del ordenamiento jurídico. En este sentido, la trayectoria que ha seguido su recepción en los textos fundamentales europeos nos permite trazar la problemática que subyace en el fondo de lo que ha sido una progresiva positivación del medio ambiente como bien jurídico constitucional"*⁸⁵.

Si algo caracteriza el constitucionalismo social es, sin duda, su mayor densidad material. En efecto, con la diferencia del constitucionalismo liberal

⁸⁴ La doctrina se muestra unánime al configurar el medio ambiente como un derecho fundamental. Así, dentro de la doctrina española, un sector considera que se establece sólo una relación efectiva entre los derechos fundamentales y la calidad del medio ambiente, mientras que otro segmento doctrinario, mayoritario, reconoce el derecho humano fundamental al medio ambiente. En ese sentido, *vid.* FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op. cit.*, p. 35.

⁸⁵ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. **El Derecho Constitucional al Medio Ambiente**: Dimensión Jurisdiccional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 63.

que postulaba Constituciones breves y con énfasis en lo procedimental, las tareas del Estado social se caracterizan por cláusulas sustantivas, densificándose de este modo la constitución a través de una denominada materialización. No significa afirmar que el constitucionalismo liberal carecía de bases materiales, -que sí las tenía- sino que estas mismas bases no se proclamaban, salvo cuando era imprescindible, en el texto constitucional⁸⁶. El constitucionalismo social⁸⁷, por el contrario, necesita constantemente densificarse, porque no trata de conservar una situación social, económica o cultural estable, sino que aspira, por el contrario, a transformar la realidad, y como la transformación a veces exige forzar o modular otros intereses, la Constitución autoriza esta reflexión entre bienes jurídicos.

La preocupación por las condiciones vitales del ser humano aproximan las Constituciones a los ciudadanos, debiendo acrecentar un 'sentimiento constitucional'⁸⁸. Así, este constitucionalismo existencialista, atento a las necesidades de los individuos y preocupado por sus condiciones materiales y espirituales, caracteriza los tiempos actuales, donde aparecen los denominados 'derechos vitales'⁸⁹, cuyo número ha aumentado en la medida en que las nuevas necesidades se suman a las ya existentes y se juridizan.

Cada época presenta sus necesidades; es decir, nuevos intereses que, no raras veces, se convierten en nuevos derechos. Son "*valores y necesidades vitales histórica y culturalmente determinadas*"⁹⁰ que determinan el surgimiento de estos nuevos intereses y derechos. "*La constitucionalización de lo ambiental tiene que ser enfocada desde los presupuestos enunciados: un nuevo interés que, junto con otros de índole social, densifica el constitucionalismo contemporáneo*"⁹¹. Sin embargo, el medio ambiente posee

⁸⁶ CANOSA USERA, Raúl. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Ciudad Argentina, 2000, p.33.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1998. En la p. 905, el doctrinador utiliza la expresión 'democracia social'.

⁸⁸ LUCAS VERDÚ, P. **El Sentimiento Constitucional**. Madrid: Reus, 1985.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 944.

⁹⁰ *Idem. Ibidem.* p. 916.

⁹¹ CANOSA USERA, Raul. *op. cit.*, p. 33.

una textura distinta a la de otros intereses integrados en el Estado Social, pues es más complejo en su realización, consiguiendo lograr un Estado social medio ambientalmente orientado.

Además, en la medida en que se verifica la constitucionalización de la protección ambiental, se produce la sustitución del paradigma de la legalidad ambiental por el paradigma de la constitucionalidad ambiental que, así, toma el lugar de la legalidad en su función de vehículo y protección de los valores esenciales, consolidándose un orden público ambiental constitucionalizado. Por consiguiente, permite el control de la constitucionalidad de actos normativos jerárquicamente inferiores, sea en la impronta del control formal o material. En esta óptica, BENJAMIN señala que esa conformidad con la concepción constitucional, *“no se satisface sólo con la actuación positiva de acuerdo con la constitución. Exige más, pues omitir la aplicación de las normas constitucionales cuando la Constitución así lo determina constituye también una conducta inconstitucional. En ese caso tenemos la inconstitucionalidad por acción; en el otro, por omisión, tanto por dejarse de practicar el acto legislativo, como por la displicencia en la afirmación del acto ejecutivo”*⁹².

En conformidad con lo hasta ahora expuesto y tomando como referencia el contenido anteriormente examinado, el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental, modelado en el Principio Primero de la Declaración de Estocolmo, de 1.972, cuyo contenido, por su importancia, ahora transcribimos: *“El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medioambiente*

⁹² HERMAN BENJAMIN, Antonio. *op. cit.*, p. 96-97. El autor cita el control de constitucionalidad, en los términos de la Constitución Federal Brasileña, art. 103, que puede ser ejercido de modo difuso o concentrado; es decir, por la vía de la excepción, a cargo de cualquier interesado en el proceso judicial en curso, o por vía directa de inconstitucionalidad, con legitimación activa en *numerus clausus*. Prevé el artículo 103 de la Constitución Federal Brasileña: *“Pueden proponer acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad: I - el Presidente de la Republica; II - la Mesa del Senado Federal; III - la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV - la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa de Distrito Federal; V – el Gobernador del Estado o del Distrito Federal; VI – el Procurador- General de la Republica; VII – el Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil; VIII – partido político con representación del Congreso Nacional; IX – confederación sindical o entidad de clase de ámbito federal”*.

*de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medioambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse*⁹³.

La Declaración de Estocolmo amplía el concepto de derechos humanos para proteger el derecho y para que pueda vivir en un ambiente sano que, a su vez, es considerado uno de los más importantes derechos fundamentales de la persona humana. Asimismo, es salvaguardada no sólo la vida en sus diversas dimensiones (singular, colectiva e incluso de las generaciones futuras), sino las propias bases de la vida, el *'soporte planetario'*

94 .

Por la importancia que el tema adquirió para la humanidad, cabe al Estado el deber de actuar. Asimismo, Konrad Hesse, cuando trata acerca de las normas definidoras de las tareas del Estado en razón de la aplicabilidad de los Derechos Fundamentales, destaca la importancia del tema, afirmando que *"en las actuales reflexiones sobre la incorporación a la Ley Fundamental de normas definidoras de tareas del Estado tiene especial interés la protección del medioambiente, recogida dentro de Europa en las constituciones de Grecia, Holanda, Portugal, Suiza y España, lo que forma parte del Derecho Europeo y ha sido incorporada a algunas constituciones de los nuevos 'länder'. Existen fundadas razones para reglar constitucionalmente una tarea que coloque los fundamentos naturales de la vida bajo la esencial protección del Estado. La protección del medio ambiente sí se ha convertido actualmente, de forma patente e indiscutible, en una de las principales tareas del Estado"*⁹⁵ (grifo).

⁹³CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, p. 250.

⁹⁴ HERMAN BENJAMÍN, Antonio. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 3, v.9, p. 12, jan./mar.1998.

⁹⁵ HESSE, Konrad. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 101.

Sin embargo, previamente es preciso reflexionar sobre la necesidad e indispensabilidad de la previsión de la protección ambiental en la esfera Constitucional para una posterior actuación del legislador infraconstitucional y del implementador, esto es, de las ONGS, de los jueces, de los Físcales Públicos y de las víctimas de la degradación, tanto en el ámbito de la colectividad como de la individualidad (objeto de análisis en el apartado 1.2.2). En ese sentido, HERMAN BENJAMÍN apunta que *“La experiencia comparada parece indicar que, aunque no resulte imprescindible, el reconocimiento constitucional expresado de derechos y deberes inherentes a nuestra relación con el ambiente es, jurídica y prácticamente, útil, debiendo, por tanto, ser estimulado y festejado. [...] Aún hoy, importantes sistemas jurídicos incluyéndose, entre los mismos, a Estados Unidos, Francia (1958) e Italia (1947), protegen el ambiente sin contar con el apoyo expreso o el derecho en la Constitución. En todos ellos, doctrinas y jueces intentan ‘deducir de otros principios o de otros derechos un principio de defensa del ambiente, con las implicaciones inherentes’* (el autor cita a Jorge Miranda, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo IV, 2. ed. Coimbra Editora, 1993, p. 472). *En el régimen italiano, se encuentra vinculado a la salvaguarda de la salud (art. 32) que trata, a menudo, de buscar apoyo para amparar al medio ambiente, incluyéndose el derecho a la salud como el ‘derecho al ambiente sano’. En México, hasta ahora no han tenido resultados los esfuerzos de aquéllos que predicán la necesidad de la consagración constitucional de un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado. A pesar de esta constatación, **varias razones recomiendan la constitucionalización del ambiente, pudiendo considerarse una tendencia mundial irreversible**”* (el texto original no está grifado)⁹⁶.

La doctrina ha enseñado que son innumerables los beneficios adquiridos con la constitucionalización de la protección del medio ambiente, pues establecen un inequívoco ‘deber no degradar’ que se contrapone al derecho de explorar. Así, se trata de una fuerza vinculante plena e imprescindible, no sujeta a la discrecionalidad estatal o a la libre opción del individuo. Siendo de orden público, no hay alternativa para dejar de respetarlo

⁹⁶ HERMAN BENJAMIN, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. *En: 10 Anos da ECO-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável. op. cit.*, p. 93.

o no tomarlo en consideración, hipótesis ésta que **posibilita la incidencia de los instrumentos reparativos y sancionatorios** que la ciencia jurídica pone a disposición de los Estados y de las víctimas⁹⁷. En ese sentido, incide el instituto de la responsabilidad civil, objeto de estudio en el último capítulo de la presente tesis doctoral.

Se modifica, de manera acentuada, el paradigma clásico de la explotación económica de la tierra, pues el régimen de la propiedad pasa del derecho de explotación, respetando tan sólo el derecho de vecindad, al derecho de explotar cuando, y solo cuando, sean respetados la salud humana y el mantenimiento de los procesos y de las funciones ecológicas esenciales. Es evidente que la solución rebasa los límites estudiados en los derechos de vecindad física del propietario, en la visión civilística⁹⁸. Además, no es posible olvidar el *status* de derecho fundamental de que goza de la tutela ambiental, sirviendo de guía maestra inspiradora para los diversos modelos constitucionales. Y, con tal *estatus*, la norma constitucional que la prevé tiene aplicabilidad inmediata.

De este modo, en el plan de las constituciones, en virtud del contenido político y de la relevancia del fenómeno, las más recientes constituciones, principalmente después de la década de los setenta (Declaración de Estocolmo), pasaron a elevar la cuestión ambiental al *status* constitucional; es decir, comenzaron a considerarlo como un derecho formal fundamental de tercera dimensión, principalmente en los países que se liberaban de regímenes dictatoriales. Sin embargo, la efectiva previsión del contenido en algunos textos de las más diversas constituciones se produjo de forma lenta.

⁹⁷ *Idem, ibidem*. p. 93.

⁹⁸ HERMAN BENJAMIN, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. *En: 10 Años de ECO-92: el Derecho y el Desarrollo Sostenible. op. cit.*, p. 94. En ese sentido, el autor recuerda una consecuencia que tiene fundamental importancia para el desarrollo de la temática, que será objeto de futuro y exhaustivo examen, pero que en este momento sumariamente transcribimos para dejar clara la importancia del presente capítulo. Escribe el autor que: “*En tal ecuación renovada, no es infrecuente el reconocimiento de la inversión de la consistencia de la prueba acerca del carácter inofensivo de la actividad propuesta, de la expansión de la necesidad de las licencias y de la responsabilidad objetiva en la reparación de los daños causados*”.

Cabe observar que se produjo un primer período de provisiones constitucionales inherentes a la cuestión ambiental, marcadas por las Constituciones de Hungría (1949), Polonia (1952) y Yugoslavia (1974), dando origen al surgimiento de una segunda secuencia, caracterizadas por las Constituciones mediterráneas de la década de los setenta, de las cuales hay que destacar las de Grecia, Portugal y España. Finalmente, la tercera etapa está marcada por la Constitución alemana y por el constitucionalismo de cuño iberoamericano, (en el que se encuadra la Constitución Brasileña) y de la antigua Europa del Este. En esta tercera secuencia, se produjo la destacada inserción de las conclusiones provenientes de la Eco-Rio 92, implicando promulgaciones, e incluso reformas de otras Constituciones, añadiendo la preocupación por la problemática ambiental ya descrita, donde se inscriben las Constituciones Alemana y Argentina.

Incluso a efecto de simple descripción, es conveniente precisar que las primeras referencias constitucionales acerca de la preocupación por la preservación ambiental están marcadas por una línea divisoria, ya desaparecida, de naturaleza ideológica. Gerardo Ruiz-Rico Ruiz señala que, *“Durante la etapa comprendida por la segunda postguerra mundial se observa una clara diferencia entre los textos constitucionales aprobados en la Europa Occidental (Alemania e Italia) y los que se promulgan en los países que pertenecían a la órbita socialista. Una simple observación hace aflorar indudablemente la sospecha de que el grado de sensibilidad en los segundos parece muy superior a las Constituciones de los Estados democrático-liberales. En efecto, no puede negarse que las formulaciones constitucionales resultan mucho más precisas en los Estados marxistas. Esta es una impresión óptica que se produce al reconocer en aquéllas estrategias de positivación que luego se importarán en una fase posterior por las nuevas Constituciones europeas de los años setenta (Grecia, Portugal, España)”*⁹⁹.

⁹⁹ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. **El Derecho Constitucional al Medio Ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000, p.19. En la misma página, el autor recuerda que: *“No cabe afirmar lo contrario si se comprueba la más que relativa analogía formal que presentan estas últimas (Constituciones de Grecia, Portugal y España) con preceptos contenidos en las Constituciones de Hungría (1949), Polonia (1952) o Yugoslavia (1974)”*.

Solamente a efecto de ilustrar debidamente las regulaciones constitucionales procedentes de la primera secuencia, hacemos una somera referencia a la Constitución de Italia, de 1947, cuya concepción se inscribe en la segunda dimensión de los Derechos Humanos¹⁰⁰. La CI hace solamente una ambigua referencia a la protección del paisajismo y del patrimonio histórico y artístico en lo que se refiere al principio fundamental de la República. Juristas italianos relacionan el ambiente con el derecho a la salud, que sí es un derecho fundamental del individuo¹⁰¹.

La CI no contiene un capítulo o previsión ambiental específico(a), *“si bien los preceptos de aquélla que tienen una relación directa o indirecta con esta materia han demostrado una eficaz base normativa para garantizar una ordenación del territorio respetuosa con la exigencias ambientales. Es importante asimismo destacar cómo el significado del ‘ambiente’ va a experimentar una evolución en los años sesenta para encontrar una noción válida desde el punto de vista jurídico”*¹⁰². Sin embargo, la carencia de una regulación constitucional específica ha sido suplida por el ejercicio desempeñado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana, hasta el punto de que su contribución ha sido calificada como *“esencial a la hora de perfilar una noción constitucional de ‘medio ambiente’, así como para determinar los sistemas de protección que permitían el vacío jurídico de la CI de 1947”*¹⁰³. En esta óptica se recuerda el contenido referente al apartado 1.1, retro, cuando la incidencia de los Derechos Humanos sobre la CI supuso, y continúa dando lugar a una intensa producción jurisprudencial y legislativa, y a una reorganización de orden ejecutivo, que atribuye una eficacia jurídica inmediata al Derecho Ambiental¹⁰⁴.

¹⁰⁰ MARTIN MATEO, Ramon. *op. cit.*, pp. 146-47.

¹⁰¹ ASI, Almerighi e Alpa, **Modeli e tendenze delle dottina di diritto privato**. En: Diritto e ambiente, Padova: Cedam, 1989, pp. 191 y sigs.v. I, *Diritto Civile*.

¹⁰² RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *op. cit.*, p. 21. El autor profundiza el estudio de la CI cuando apunta: *“En lo que se refiere al derecho a la salud, fue necesario interpretarlo no sólo como derecho individual sino igualmente como un interés de la colectividad. Respecto al concepto de ‘paisaje’, la inicial connotación estética que refleja su enunciado constitucional deja paso a una consideración global del mismo, entendido como el conjunto del territorio, flora, fauna y en general el medio ambiente en el que vive el hombre”*.

¹⁰³ *Idem. Ibidem.* p. 22.

¹⁰⁴ CASCAJO CASTRO, Jose Luis y GARCIA ALVAREZ, Manuel. **Constituciones Extranjeras Contemporánea**. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 89-118.

En el presente trabajo se destaca el estudio referente a las Constituciones portuguesa, griega y española, procedentes de la segunda secuencia, esto es, de las Constituciones de la década de los setenta, que ya son el resultado de la incidencia de los derechos humanos de tercera dimensión. En la referida década, hubo una eclosión de normas constitucionales con espíritu renovador desde la óptica de los derechos y libertades. En efecto, una de las características de estos textos consiste en la introducción de una generación -hasta entonces inédita- de derechos sociales y culturales, representativos de las nuevas demandas que emergían de una sociedad tecnológicamente más avanzada con respecto a la existente al final de la Segunda Guerra Mundial.

De esta segunda secuencia de Constituciones, la Constitución griega, de 09 de junio de 1.975¹⁰⁵, encomienda al Estado la protección del ambiente natural y cultural, estando obligado a adoptar las medidas preventivas o represivas necesarias¹⁰⁶. En su artículo 24.1 prevé que: *"La protección del medio ambiente natural y cultural constituye un deber del Estado. El Estado debe adoptar medidas especiales, preventivas o represivas, con el propósito de su conservación. La ley regula las formas de protección de las florestas y espacios arbolados en general. Está prohibida la modificación que pueda perjudicar las florestas y los espacios arbolados patrimoniales, salvo si su explotación agrícola tiene prioridad desde el punto de vista de la economía o de cualquier otro uso de interés público"*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ El art. 24 de la CG insta un sistema administrativo análogo al español.

¹⁰⁶ MARTIN MATEO, Ramon. *op.cit.*, pp. 146-47.

¹⁰⁷ Aún prevé la constitución griega, en su artículo 24. 2 : "La gestión del territorio, la formación, el desarrollo, el urbanismo y la extensión de las ciudades y de las regiones urbanizables son reglamentados y controlados por el Estado, con el fin de asegurar la funcionalidad y el desarrollo de las aglomeraciones humanas y las mejores condiciones de vida posible".

Después, en la previsión del artículo 24.3 determina: "Los monumentos así como los lugares históricos y sus componentes están bajo la protección del Estado. La ley fija las medidas restrictivas de la propiedad para asegurar esta protección, así como las modalidades y naturaleza de la indemnización de los propietarios perjudicados". BENJAMIN, HERMAN Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. *En: 10 Anos da ECO-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável, op.cit.*, p. 90.

La Constitución Portuguesa, de 2 de abril de 1.976¹⁰⁸, fijó las normas programáticas aplicables al Estado, previendo en su artículo 66, I (“Ambiente y Calidad de Vida), que **"Todos tienen derecho a un ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo¹⁰⁹"** (grifo). Aunque con una metodología discutible, que da entrada a valores e instrumentos heterogéneos, contiene dos párrafos significativos, el primero y el último, que sientan que: *“Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo. El Estado deberá promover la mejora progresiva y continuada de la calidad de vida de todos los portugueses”¹¹⁰*(grifo).

En esta previsión se verifica un avance con relación a otras constituciones, pues atribuye a la sociedad el deber de defensa de un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Para Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, *“Precisamente en relación con la conservación del entorno natural, la norma constitucional portuguesa es – en nuestra opinión – una de las más ambiciosas y punteras. Su influencia pronto se dejaría notar además sobre el constituyente español en 1978 y, en general, sobre otros textos fundamentales posteriores que han asumido niveles semejantes de compromiso ambiental. Inaugura una técnica regulativa que se repetirá en adelante, al concebir el medio ambiente en una triple dimensión de derecho subjetivo, deber individual e imposición a los poderes públicos”¹¹¹.*

En España, la Constitución de 1978 fijó normas de preservación ambiental en la regulación de su artículo 45 que, por la importancia de la temática, será examinado en un subtítulo propio, seguidamente.

¹⁰⁸ El art. 66 de la CP es equiparado al sistema adoptado en la Constitución Española.

¹⁰⁹ Seguidamente, el artículo 66 dispone: 66,II: “Compete al Estado, por medio de organismos propios y mediante solicitud y apoyo de iniciativas populares: a) Prever y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión; b) Ordenar y promover la ordenación del territorio, teniendo en cuenta una correcta localización de las actividades, un equilibrado desarrollo socio-económico y los paisajes biológicamente equilibrados; c) Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y sitios, de modo que se garantiza la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico; d) Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de remoción y la estabilidad ecológica”. HERMAN BENJAMIN, Antonio. **Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem**. In: 10 Anos da ECO-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável. *op.cit.*, p. 90.

¹¹⁰ MARTIN MATEO, Ramon. *op. cit.*, pp. 146-147.

¹¹¹ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *op. cit.*, pp. 31-32.

2.2.3.1 La protección ambiental en la regulación de la Constitución Española

El constituyente español hizo constar en el capítulo III – *De los principios rectores de la política social y económica*, en su artículo 45¹¹², 1– *"Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2 – Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la inexcusable solidaridad colectiva. 3 –Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado"* ¹¹³.

Cabe resaltar que los redactores del Anteproyecto se inspiraron en las Constituciones que en aquel momento habían manifestado recientemente la preocupación por las cuestiones del medio ambiente; es decir, justamente las Constituciones griega y portuguesa, anteriormente citadas.

¹¹² AGUIAR LUQUE, Luis (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. **Constitución Española 1978-1988**. Tomo I – Constitución. Desarrollo legislativo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p.177.

¹¹³ DURAN y LA LAGUNA, Paloma. **Los Límites del Derecho**. Granada: [s.n.], 1996. p.160. *"La Constitución española reconoce el derecho a la vida en su artículo 15, y subrayando su configuración como derecho, el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1985, señaló que el derecho a la vida, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional – la vida humana – y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto antológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.*

A la vista de este precepto, el derecho a la vida se presenta como un bien básico y esencial, fundamento y asiento de los demás, que debe ser examinado tanto en su vertiente privada como en su proyección social, lo que implica que su protección se realiza tanto en el ámbito del derecho a la misma, de tal manera que se afirma que nadie puede disponer de la vida de los demás ni de la suya propia.

Así, la Constitución española recibió, con entusiasmo, las corrientes justificadoras de los nuevos intereses sociales, entre los cuales se encontraba el medio ambiente, hecho que no pudieron incluir la mayoría de los constituyentes europeos del período post-bélico. En la elaboración del proceso español se tradujo bien el doble carácter del medio ambiente, ya sea como derecho subjetivo o como mandato de actuación dirigido al ejercicio de los poderes públicos. En relación a este aspecto, conviene recordar los párrafos primero y segundo del artículo 43 de la CE, al prever: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”¹¹⁴. Por tanto, el derecho de protección a la salud y a la salud pública implica un sistema prestacional de la actividad administrativa, observando que la expresión de salud pública engloba tanto las medidas preventivas como las asistenciales¹¹⁵.

Constatándose la práctica interpretativa del artículo 43, deben ser mencionadas las conclusiones de DEMÉTRIO RUTA sobre la citada disposición: “a) El derecho a la salud es un **derecho individual**. b) Su protección tiene naturaleza de servicio público, por lo que la responsabilidad de su efectivo ejercicio está encomendada a los poderes públicos. c) La obligación más importante del Estado desde la perspectiva preventiva es la de establecer un sistema de policía sanitaria protectora de la salud. En el caso del medio ambiente estas medidas se versan acerca de lo que se entiende por

¹¹⁴ AGUIAR LUQUE, Luís (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. *op. cit.*, p. 173.

¹¹⁵ LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio, **Estudios sobre la Constitución Española**: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991. p.1464. Tomo II. El autor aún aclara que “en la redacción de la ponencia se hablaba de sanidad e higiene utilizando la terminología tradicional. La nueva expresión engloba, por tanto, las medidas preventivas de higiene, entre las que se encuentran las que se proyectan sobre el Medio ambiente. De todos es conocido la enorme importancia que la medicina da a las labores preventivas de la enfermedad. El ciudadano tiene derecho reconocido en la Constitución a que se tomen todas las medidas necesarias para prevenir la enfermedad y evitarla. Pero, incluso si nos atenemos a los datos económicos, resulta que es más barato y más eficaz la medida preventiva que la asistencial, a pesar de que esta última sigue acaparando la inmensa mayoría del presupuesto sanitario. **Vinculada, pues, indisolublemente a la salud está la tarea de proteger el Medio ambiente, en tanto que constituye la fórmula primordial de prevención de la enfermedad** (grifo). Es cierto, de todos modos, que el Medio ambiente en el que se desarrolla la vida humana abarca distintos ámbitos. Por un lado está el Medio ambiente propiamente dicho o macro ambiente, en el que se incluyen el suelo, los residuos sólidos, el aire y el agua. Por otro, el micro ambiente, referido al entrono doméstico, laboral, relaciones sociales, etcétera”.

medio ambiente (aguas, aire, etc.), para evitar enfermedades o accidentes que afecten a la salud humana” (grifo)¹¹⁶.

No hay duda de que el medio ambiente y la salud humana están profundamente inter-relacionados, a pesar de que presenten conceptos diferentes. El medio ambiente tiene en la protección de la salud una de sus finalidades fundamentales principales, existiendo una correlación entre ambos conjuntos. Así los citados conceptos se encuentran ubicados en el capítulo del título primero de la CE entre los principios inherentes a la política social y económica, en conformidad a su vez con el artículo 53.3 de la CE previsto en el capítulo “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”¹¹⁷.*

Desde el primer momento, la CE fue considerada como una norma jurídica y como tal alegada ante los Tribunales. *“Lo que inicialmente fue una postura doctrinal – recuérdese el magistral artículo del profesor García de Enterría – fue inmediatamente asumido por el Tribunal Constitucional. Así, la Constitución enuncia efectivos preceptivos normativos y no meros principios programáticos. Esto no implica que todos los apartados de la Constitución tengan los mismos efectos jurídicos. Hay una gradualidad, sin duda, en los mismos. Así, en la cúspide del despliegue efectivo de consecuencias están los derechos fundamentales y libertades públicas, más abajo se encuentran las disposiciones organizativas y finalmente estos principios rectores de la política social e económica, todo ello en base fundamentalmente a la tutela judicial que les presta nuestro Ordenamiento”¹¹⁸.*

Para CANOSA USERA, resulta de un *“constitucionalismo promisorio, tanto más promisorio cuanto menos son las posibilidades reales de cumplir los*

¹¹⁶ *Idem. Ibidem.* pp.1464-1465.

¹¹⁷ AGUIAR LUQUE, Luis (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. *op. cit.*, p. 193.

¹¹⁸ LOPERANA ROTA, Demetrio Ignacio. *op. cit.*, p. 1467.

*compromisos que con la Constitución se suscriben. Pero en los años en los que fue aprobada, lo habitual era formalizar con detalle el Estado social y la consiguiente democratización en lo económico, en lo social y en lo cultural. De las dos posibilidades que se ofrecían al constituyente: introducir en el texto un principio medioambiental (norma de acción) y regular un derecho a disfrutarlo (norma de relación), se optó por recoger las dos posibilidades y hacer así una compleja síntesis de ambas*¹¹⁹. Así, por primera vez se incorporó en el Derecho Constitucional español la noción de calidad de vida y se constitucionaliza el deber de conservar el medio ambiente, encuadrándola en el Capítulo III del Título I, cuyo título del capítulo es “*De los principios rectores de la política social y económica*”.

La CE, al tiempo que consagra el derecho a “*disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*”, en el artículo 45.1 reclama el ‘deber conservarlo’, reforzado con la posibilidad de imposición de sanciones penales y administrativas y con el deber de reparar el daño causado. Su desarrollo infraconstitucional, parcialmente realizado, requiere un deber abstracto que la Constitución impone. Con relación a lo previsto en el art. 45.3, la imposición constitucional del deber opera como verdadera norma de cobertura constitucional, pues la regulación infraconstitucional de obligaciones concretas para los particulares o las sanciones administrativas o penales, previstas por sus incidencias, son reflejos del deber constitucional. Además, sin la solidaria contribución de todos para la conservación ambiental no es posible alcanzarla. Por tanto, resulta acertada la regulación del artículo 45.2 al referirse a la “*solidaridad colectiva*” y, sobre ella, se asienta tanto el disfrute de los bienes ambientales como el deber de conservarlos, pues la preservación y el disfrute del medio ambiente tienen una dimensión colectiva apoyada en la solidaridad de todos, además de la cláusula de igualdad prevista en el artículo 9.2 de la CE¹²⁰.

¹¹⁹ CANOSA USERA, Raúl. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Ciudad Argentina, 2000. p. 43.

¹²⁰ AGUIAR LUQUE, Luís (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. *op. cit.*, p. 29: artículo 9.2: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación económica, cultural y social*”.

En conclusión, del mismo modo que la teoría general del derecho pretende un acercamiento abstracto y formal al derecho que permita la elaboración de principios, conceptos y categorías, comunes a los distintos sistemas jurídicos, se pretende un acercamiento abstracto o formal a la garantía que trascienda – sin negarlas – las concretas configuraciones normativas presentes en los sistemas jurídicos en los que pueda inscribirse. Se pretende, por lo tanto, que la construcción y el análisis de la garantía sea una categoría jurídica objeto de la teoría general del derecho¹²¹.

La regulación de un deber constitucional refuerza la limitación sobre la libertad de disposición de los recursos naturales que entraña el reconocimiento del Derecho ambiental y la inclusión de los principios constitucionales pertinentes sobre la materia. Son limitaciones que provienen de la acción pública inspirada en los principios del artículo 45.2 CE y del reconocimiento de restricciones impuestas al aprovechamiento económico ilimitado de los recursos naturales.

Sin embargo, CANOSA USERA¹²² apunta que el deber constitucional de conservar el medio ambiente tiene como reflejo el deber de respetar y no obstaculizar el ejercicio del derecho a disfrutar del medio ambiente. Son hechos que no coinciden en el mismo objeto porque el respectivo deber jurídico para los particulares, derivado del derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado, consiste en no obstaculizar este disfrute cuando entorpece su ejercicio. Una manera de impedir el ejercicio del derecho constitucional es privar al sujeto del objeto del derecho o privar al medio ambiente de su calidad o adecuación. Así, la CE separa ambas obligaciones jurídicas, reforzando la última, la de conservación del medio ambiente adecuado, con la regulación específica de un deber constitucional.

Sin embargo, el alcance y los medios para la debida tutela ambiental no se regularon con la convenida claridad en la Constitución y el legislador

¹²¹ PENA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 20.

¹²² CANOSA USERA, Raul. *op. cit.*, p. 203.

¹²³En ese sentido, será estudiado el Principio del Desarrollo Sostenible.

ordinario tampoco despejó las dudas interpretativas que el precepto constitucional provocaba¹²³. En ese sentido, algún sector de la doctrina manifestó que la regulación del artículo 45 de la CE utiliza expresiones que no están dotadas de carácter jurídico, tales como “*calidad de vida*” y “*medio ambiente*”, que son conceptos jurídicos abiertos que entorpecen la tarea clarificadora de los juristas y así minimizan la proyección del citado artículo en el escenario nacional¹²⁴. Se reconoce, sin embargo, que debe de formarse un cuerpo jurídico cada vez más autónomo, denominado Derecho Ambiental, que se contempla en el artículo 45 de la CE.

El contenido del citado artículo es múltiple, como vamos a exponer seguidamente: primero porque implica el derecho a disfrutar del medio ambiente, que también opera como un principio; segundo, porque impone a los poderes públicos la promoción y la restauración del medio ambiente; es decir, el control para el uso racional de los recursos naturales; y tercero, en la medida en que establece el deber de todos de conservar el medio ambiente (art. 45.1) reforzando su cumplimiento con la regulación de sanciones administrativas y penales (art. 45.3).

Además, la cuestión ambiental en el ordenamiento español ha demostrado algunas deficiencias en términos de producción legislativa infraconstitucional puesto que el legislador democrático, que debe concretar las relaciones jurídicas entre el interés ambiental y los demás bienes constitucionales, ha dejado bastante que desear en cuanto al desempeño de esta actividad. DEMETRIO RUTA escribe que, “*Hay, sin embargo, una forma especial de incumplimiento como es la omisión legislativa, el no desarrollar los preceptos constitucionales mediante leyes que les den plena virtualidad aplicativa*”. Para tal consecución, el autor remite a una actuación de los otros dos poderes: “*a los jueces...*” y “*al ejecutivo*”. *En el seno del Estado social a*

¹²⁴ Son destacados autores como CANOSA USERA, Raúl. en *op. cit.*, p. 44. RAMOS, Rodrigues. Instrumentos jurídicos preventivos en la protección del ambiente. *En: Documentación Administrativa*, n. 190, 1981, p. 38. M. BELTRÁN y R. CANOSA. Relevancia constitucional del medio ambiente. *Noticias de La Unión Europea*, n. 122, 1995. p. 45.

las Administraciones públicas les está impuesto al perseguir determinados objetivos en su actuación; **esos fines cuando están expresamente determinados en la Constitución no admiten la excusa de falta de habilitación legislativa**¹²⁵. De la propia Constitución se desprende que la razón primordial de la existencia de las Administraciones públicas es perseguir una serie de fines sociales. La no actuación hacia esa meta, convierte en ilegítima la actuación administrativa, y se encomienda a los Tribunales por la propia Constitución que controlen tales supuestos (art. 106.1) ¹²⁶(grifo).

Así, considerando la apertura de la CE y el vacío legislativo ahora mencionado, se permite una potencial incidencia de disposiciones comunitarias, en especial directivas que, a su vez, exigen la introducción de novedades en el orden jurídico español. Por consiguiente, la interpretación del precepto constitucional ambiental puede ser hecha a la luz de los tratados comunitarios, considerados mucho más precisos¹²⁷. Así, las autoridades nacionales han perdido espacio de actuación en la medida en que crece el espacio material ocupado por la normativa comunitaria, tal y como ha defendido MARTÍN MATEO como “*el marco europeo del Derecho ambiental*”¹²⁸. En otras palabras, la Constitución española no fue coherente y cabalmente desarrollada por la legislación infraconstitucional, permitiendo la interferencia del Derecho comunitario entre los escalafones normativos nacionales y condicionando así el contenido del escalafón normativo infraconstitucional, operando una especie de ‘comunitarización’ del ordenamiento¹²⁹.

¹²⁵ LOPERANA ROTA, Demetrio Ignacio. *op. cit.*, p. 1468. Más adelante, en la misma página, continúa apuntando el autor que, “Según el Tribunal Constitucional no hay posibilidad para su intervención frente al legislador: no puede obligar a legislar. La única responsabilidad es la política que se deriva de la **falta de actuación de los miembros de las Cortes o Asambleas Legislativas**” (grifo).

¹²⁶ AGUIAR LUQUE, Luís (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. *op. cit.*, p. 839. artículo 106.1: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.”

¹²⁷ CANOSA USERA, Raul. *op. cit.*, pp. 57-63.

¹²⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. *op. cit.*, p. 39.

¹²⁹ El Tratado de Roma, de 1957, firmado por los países fundadores de la CENE, no contenía un precepto específico referente al medio ambiente, ya que la preocupación con la protección ambiental era muy escasa y los reconocidos problemas a los que se enfrentaba Europa por la preservación del medio ambiente tampoco se podían comparar con los actuales. No obstante, a través del *Acta Única Europea* fueron aprobados tres programas de acción ambiental. El primero resultó con la aprobación del Consejo de Ministros, de 22 de noviembre de 1973, sintetizados en los principios ambientales (expuestos más adelante); el segundo programa, de

Por consiguiente, estas deficiencias de la legislación infraconstitucional y la lógica de las normas comunitarias ponen en las manos de la magistratura la facultad de hacer valer la norma comunitaria, aplicándola directamente. Esta obligación, en los casos de directivas, faculta al juez para que promueva los intereses ambientales en razón de un doble mandato: lo que proviene del ordenamiento jurídico interno y lo que resulta del Derecho Comunitario, considerando que *“El Ordenamiento positivo debe ser interpretado conforme a la Constitución, a toda la Constitución y por tanto de acuerdo con los principios rectores de la política social y económica”*¹³⁰.

En ese sentido, se inserta la regulación del artículo 10. 1 y 10.2¹³¹ de la CE, referente al Título I – De los derechos y deberes fundamentales. A través del contenido del artículo 10, en razón de su trascendencia, la Norma Fundamental otorga una protección especial a los denominados derechos fundamentales que, a su vez, son elementos que forman parte de un sistema axiológico positivado por la Constitución y que constituyen los fundamentos

1977, fue aprobado para otro período cuatrienal, cuyos objetivos eran idénticos al primero; y el tercero, aprobado en 1983, que mantiene los principios iniciales e incorpora otros nuevos (principio de la generalidad, en que todas las políticas comunitarias deben perseguir la protección ambiental, y principio de la globalidad, según el cual la política ambiental es de tal intensidad que debe tener en cuenta las políticas sectoriales). Posteriormente, fue aprobado el cuarto programa para el período de 1987-1992, por resolución del Consejo de 19 de octubre de 1987, con contenido de políticas de educación e información, estrategias globales en materia de residuos, regulación para sustancias químicas, nuevas perspectivas de los equilibrios naturales, desarrollo de tecnologías limpias, aplicación de la legislación comunitaria, política de cooperación internacional y medios para una política de medio ambiente y, asimismo, también por Resolución del Consejo, de 1986, al haber sido aprobado un Programa de Acción para el Año del Medio Ambiente con campañas de sensibilización y programas pilotos. (En: CANÇADO TRINDADE, António Augusto, op.cit.). No hay que olvidar, también, las directivas contempladas en los Libros Verde y Blanco.

¹³⁰ LOPERANA ROTA, Demetrio Ignacio. *op. cit.*, p. 1468.

¹³¹ AGUIAR LUQUE, Luis (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. *op. cit.*, p. 73. artículo:

10.1: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.*

10.2: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España”.*

¹³² MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Otros. **Constitución Española**. Madrid: Editorial Colex, 1997. p. 42. Más adelante, en la p. 222, en lo que se refiere al estudio del artículo 45 de la CE, los autores mencionan que la referida previsión, *“recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de la opinión que se ha plasmado también en numerosos documentos internacionales”* (grifo).

materiales de todo el ordenamiento jurídico. Y, en conformidad con la regulación del artículo 10.2, se observa que los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos recurrentes en la CE. Así, *“Las normas constitucionales y las internacionales, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, sirven de base a la interpretación de las normas legales”*¹³². Es justamente en ese punto donde se refuerza la importancia de los contenidos anterior y posteriormente desarrollados.

Bajo la óptica de la estructura normativa, la CE y las demás Constituciones procedentes de esta segunda secuencia formulan principios de actuación de los poderes públicos, pero también deben ser reconocidos como preceptos que formulan ‘derechos de crédito’ a favor del ciudadano. Así, *“Su simple proclamación o positivación supone, en efecto y de manera automática, una facultad subjetiva que lo convierta en directamente exigible, pero el hecho en sí de que se reconozca en cuanto ‘derecho’ del conjunto de la sociedad implica – a nuestro modo de ver – la pauta que obligatoriamente debe seguir el legislador al desarrollar los instrumentos de protección ambiental. De esto modo, se comprenden bien las iniciativas legislativas que han introducido paulatinamente elementos de ‘subjetivación’ de aquellas cláusulas constitucionales: creación de circuitos de participación de los grupos y particulares en los organismos administrativos ambientales competentes para la conservación de la naturaleza, la ampliación del concepto de legitimación procesal aplicada a los llamados ‘intereses difusos’, sin olvidar **la nueva teoría de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente**”*¹³³ (el texto original no está grifado).

¹³³ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *op. cit.*, p. 35.

¹³⁴ Acerca de la Reforma de la Constitución Alemana, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, en las pp. 35-36 de la referida obra escribe: *“Parecía absolutamente necesario, y en cierto modo lógico también, que uno de los ordenamientos más representativos de una sensibilidad fuertemente ecológica ‘se pusiera al día’ en cuanto a la introducción de una disciplina constitucional del ambiente. En este sentido, el nuevo artículo 20-a de la Grundgesetz no hace sino ratificar la evolución de los textos fundamentales hacia una ampliación de su espectro dogmático, incorporando disposiciones que sintetizan la importancia que cobra en la más alta esfera jurídica la tutela del medio ambiente. En relación con ese nuevo precepto de la Constitución alemana habría que puntualizar especialmente algunas notas que se infieren de su enunciado esencialmente programático, con preferencia al reconocimiento de un posible ‘derecho subjetivo’. Un compromiso, por lo demás, que se adquiere no sólo con respecto a la sociedad actual, sino ‘teniendo también en cuenta la responsabilidad para las futuras generaciones’. Pero uno de los aspectos que destacan en esta nueva regulación constitucional sería la*

2.2.3.2 La protección ambiental en la regulación de la Constitución Brasileña

Conforme a lo descrito anteriormente, un tercer período de regulaciones constitucionales se produjo ya en la década de los ochenta¹³⁴. Una de las contribuciones más significativas deriva de la Reforma de la Constitución alemana, de 1994¹³⁵. Sin embargo, anterior a la mencionada Reforma, destacan las Constituciones iberoamericanas que no dejaron de alinearse con la tendencia generalizada de introducir una disciplina ambiental específica en los textos fundamentales.

En esta línea y en la óptica del presente trabajo de investigación, prestamos especial atención a la situación brasileña. Como resulta de la repercusión mundial de la problemática ambiental, la Constitución de la

declaración que se hace en el nuevo texto de 1994 sobre los principales destinatarios del mandamiento constitucional. A través de una fórmula que encierra – en nuestra opinión – un planteamiento análogo al artículo 53-3. de la Constitución española de 1978, el constituyente alemán ha hecho una mención expresa de cada uno de los poderes del Estado, en lo que sería un implícito reforzamiento de la obligación que a todos ellos incumbe en relación al cumplimiento de un deber de protección ambiental: ‘mediante la legislación y a través del poder ejecutivo y la jurisdicción, según la ley y el derecho’. Por consiguiente, el último referente – tal y como se indica de forma bien explícita al final del precepto – va a ser la normativa de desarrollo infra-constitucional, sin la cual el objetivo marcado por el texto fundamental no podría materializarse ni ser efectivo en la práctica. En este sentido, la reforma constitucional alemana no hace sino ratificar la principal problemática que afecta a esta disciplina constitucional desde su origen, esto es, su fuerte dosis de condicionamiento a la voluntad del legislador. Por último, haríamos un subrayado específico en relación con el objeto sobre el que se proyecta esa tutela constitucional. La mención que se hace en el artículo 20-a a los ‘fundamentos naturales de la vida’ parece reflejar la opción del constituyente por una formulación extraordinariamente genérica, aunque por esa misma razón, bastante útil para asimilar la constante evolución que experimenta el derecho ambiental, precisamente en lo que se refiere al bien jurídico protegido. En la noción incorporada al texto alemán cabría, pues, todo lo que hoy se entiende como ambiente natural, sin excluir todo aquello que en un futuro se pueda considerar igualmente relacionado con este mismo concepto”.

¹³⁵ También sobre la Constitución de la República Federal de Alemania, *vid.*, CASCAJO CASTRO, Jose Luis y GARCIA ALVAREZ, Manuel. **Constituciones Extranjeras Contemporáneas**. Madrid: Tecnos S.A., 1988. pp. 121-70. Artículo 53.3 p. 193. *El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informaran la legislación positiva, la practica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.*

República Federativa de Brasil – CFB, representa con bastante fidelidad el esfuerzo que están realizando algunos países del contexto de América del sur para adaptarse a la evolución que, en materia de catálogo de derechos, experimentan los regímenes constitucionales europeos. Rosângelo Rodrigues de Miranda afirma que la Constitución Federal brasileña, de 1988, fue creada en un Estado Democrático de Derecho en la que su principal función es la de asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, supremos en una sociedad fraterna, pluralista y sin preconceptos. Los derechos fundamentales son democráticos porque los mismos, con la garantía de los derechos de libertad e igualdad, que aseguran el desarrollo existencial de personas en general, son capaces de mantener el proceso democrático¹³⁶.

Esta temática se regula en la materia del artículo 225 de la CFB cuando, en su *caput*, hubo una reproducción casi literal de la ya transcrita y consagrada determinación de la Convención de Estocolmo. Prevé el citado artículo que, *"Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, como los de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones"*¹³⁷. Así, está contenida una norma que genera derechos (*"Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado..."*) que implica la exigibilidad de comportamientos positivos y negativos de todos los que tienen la obligación jurídica que corresponde al derecho de la preservación ambiental. Se atribuye, entonces, al Estado la tarea de actuar para preservar bien el medio ambiente, cuya finalidad es la de asegurar a todos una existencia digna, en conformidad con los dictámenes de la justicia social.

La CFB obliga a la realización de una operación de armonización con los intereses colectivos representados en la protección del medio ambiente. La necesaria integración entre ambas orientaciones constitucionales se pone de

¹³⁶ RODRIGUES DE MIRANDA, Rosângelo. **A proteção constitucional de la vida privada**. São Paulo: Editora de Direito, 1996. pp. 139-140.

¹³⁷ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p. 97.

manifiesto cuando en una misma norma se declara al medio ambiente como un principio de orden económico. Esta concepción deriva del *caput* del artículo 170 de la CFB: *“El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social y observando los siguientes principios: I – soberanía nacional; II – propiedad privada; III – función social de la propiedad; IV – libre competencia; V – defensa del consumidor; VI – **defensa del medio ambiente**; VII – reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII – búsqueda del pleno empleo; IX – tratamiento favorecido para las empresas de pequeña contribución constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el País”*¹³⁸. De inmediato, se vinculan todas las directrices sobre el orden económico y fiscal a las disposiciones constitucionales sobre el orden social¹³⁹ (*grifo*). En lo que se refiere a los dictámenes de la justicia social, el orden constitucional económico brasileño se remite a los derechos sociales relacionados en el artículo 6^o¹⁴⁰ de la CFB, tales como: educación, salud, trabajo, domicilio, ocio, seguridad, prevención social, protección a la infancia y a la maternidad y asistencia a los desamparados.

Sin embargo, el estudio de la regulación ambiental en la CFB parte del presupuesto de la inviolabilidad del derecho a la vida, prevista en el *caput* del artículo 5^o, constituyéndose en el fundamento de todo el ordenamiento jurídico brasileño. Al prever que, *“Todos son iguales delante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la*

¹³⁸ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p. 83.

¹³⁹ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *op. cit.*, p. 38, al escribir sobre la Constitución brasileña, recuerda, con buen juicio, una tendencia observada en las Constituciones iberoamericanas: *“En lo que parece una tendencia general en Iberoamérica de importar a la esfera constitucional algunos de los problemas concretos de la realidad ambiental del país, esta conciliación distribuye en el texto fundamental de Brasil en dos temas: la extracción y recogida de oro (art. 173-174.) y la actividad agraria”*.

Prevé el artículo 174 de la CFB: *“Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el Estado ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planificación, siendo este determinante para el sector público e indicativo para el sector privado. Par. 3.: El Estado favorecerá la organización de la actividad minera en cooperativas, teniendo en cuenta la **protección del medio ambiente** y la promoción económico-social de los mineros”*.

¹⁴⁰: Art. 6: *“Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, la residencia, el ocio, la seguridad, la prevención social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”*. En ABREU FILHO Nylson Paim (de). *op.cit.*, p. 19.

igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:...”, el artículo 5º. atribuye el derecho a la vida como la primera dentro de las cinco garantías fundamentales, antecediendo al derecho a la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad. En este sentido, la aplicación de la Constitución de la República y, por consiguiente, del ordenamiento infraconstitucional deben interpretarse en el sentido de asegurar a todos una existencia digna y garantizar el derecho humano fundamental a la sana calidad de vida, tanto bajo una perspectiva socio-cultural como sanitaria y ambiental. Por tanto, dignidad humana y calidad de vida son vectores convergentes entre sí, hasta el punto de que, en no raras ocasiones se acaban confundiendo.

PURVIN FIGUEIREDO¹⁴¹ recuerda que, *“La primera vertiente de derechos sociales relacionada en la Constitución de la República es la de los derechos de los trabajadores urbanos y rurales. El art. 7º elenca nada menos que treinta y cuatro derechos de estos trabajadores, mereciendo aquí destacar especialmente, por su vinculación con el Derecho Ambiental, lo dispuesto en su inciso XXII:”la reducción de los riesgos inherentes al trabajo, mediante normas de salud, higiene y seguridad, constituye un derecho social inalienable de los trabajadores urbanos y rurales, sin perjuicio de otros que fortalecen la mejoría de su condición social”*¹⁴².

En el mismo sentido, FIGUEIREDO también apunta que la salud es un derecho de todos y un deber del Estado, conforme a lo que contempla el art. 196 ¹⁴³ de la CFB, recordando que, *“Salud, según la Organización Mundial de la Salud, no es mera ausencia de enfermedades o enfermedad, sino un estado de completo bienestar físico, mental y social. Es por ello que, más adelante, el art. 200 trasciende la perspectiva meramente clínica para alcanzar esta meta del estado de salud, incluyendo dentro de las atribuciones del Sistema Único*

¹⁴¹ PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme Jose. Consumo Sustentável. En: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **10 años de Eco 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Imesp, 2002, p. 194.

¹⁴² PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, pp.19-20.

¹⁴³ Art. 196: *“La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, que se garantiza mediante políticas sociales y económicas dirigidas a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros agravios y al acceso universal igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”*. (En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p. 89).

¹⁴⁴ PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme. *op. cit.*, pp. 194-195.

de Salud – SUS - la ejecución de las acciones de vigilancia sanitaria y epidemiológica; como, por ejemplo, las de salud del trabajador, la participación en el control y fiscalización de la producción, transporte, conservación y utilización de sustancias y productos psicoactivos, tóxicos y radioactivos; y también la colaboración en la **protección del medio ambiente, comprendido en el mismo trabajo**. Y no podría ser de otra forma, ya que el artículo 225, “caput”, declara solemnemente que el medio ambiente ecológicamente equilibrado (incluso el del trabajo) es uno bien esencial para la sana calidad de vida. De lo expuesto, podemos deducir que la protección de la salud del trabajador es una obligación del Estado íntimamente relacionada con la misión que éste tiene al asegurar la efectividad del derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado”¹⁴⁴.

En la óptica de la función social, como establece el artículo 170 de la CFB, anteriormente transcrito, la “defensa del medio ambiente” es considerada un “principio general del orden económico”, en la medida en que la temática de la preservación ambiental guarda una estrecha relación con los demás incisos, previstos en el mismo. Con la inclusión de este tema en el elenco de los principios constitucionales, la protección ambiental se convirtió en uno de los factores que autoriza la limitación al derecho de propiedad que, a su vez, debe cumplir su función social, esto es, en el sentido establecer un vínculo social al ejercicio del derecho de la propiedad en favor del bien común. Además, la expresión “**función social**” se encuentra en diversos artículos de la CFB, como en el artículo 5., inciso XXIII (“... la propiedad cumplirá su función social...”); en el artículo 173, par. 1., inciso I (“...la ley dispondrá sobre la función social de las empresas públicas, de las sociedades de economía mixta y de sus subsidiarias que exploren actividades económicas de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios”); en el artículo 182, par. 2. (“...la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad, expresas en el plan

directriz"); en el artículo 186 ("*que relaciona los requisitos para el cumplimiento, como la propiedad rural, la función social*")¹⁴⁵.

Cabe destacar, también, que a través de lo contemplado en el art. 23, inciso VI de la CFB, se otorgó la capacidad común para la Unión, Estados, Distritos Federales y Municipios de "*proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas*"¹⁴⁶. Por consiguiente, si la protección recae sobre el ambiente urbano, el Municipio dispondrá de un instrumento valioso para la preservación local, conforme a lo previsto en el artículo 30, inciso I de la CFB, unido a la capacidad para legislar sobre "*asuntos de interés local*"¹⁴⁷. En este sentido, cada municipio podrá adecuar las necesidades urbanas a las peculiaridades naturales locales y crear instrumentos jurídicos que concilien la preservación de la naturaleza y viabilicen la utilización de la propiedad urbana. Se intensifica pues, la necesidad de promover estudios de viabilidad urbanística y de impacto ambiental con respecto a la implementación de una nueva edificación, principalmente en áreas de preservación permanente, como en las laderas de montañas, márgenes de ríos, márgenes de lagos y lagos, entre otros. La creciente expansión urbana debe de ser ordenada de forma que no colisione con lo ya preexistente ambiente natural, ya que las consecuencias de la falta de una planificación urbana y ambiental ya han sido percibidas bajo las diversa formas en el mundo moderno, como resultado de la eliminación de extensas áreas verde, en especial en Brasil, donde la naturaleza exuberante es una característica peculiar.

La regulación de la disciplina constitucional de 1988 se completa con otra serie de disposiciones en las cuales se establecen diversos mecanismos y metodologías de intervenciones públicas para hacer efectivo este derecho constitucional¹⁴⁸, contemplándose en la norma fundamental medidas de

¹⁴⁵ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, pp. 83 e 86.

¹⁴⁶ Art. 23: "*Es de competencia común de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios: ...; VI – proteger el medio ambiente y combatir la contaminación en cualquiera de sus formas; VI – preservar las florestas, la fauna y la flora; [...]*." En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁷ Art. 30: "*Compete a los Municipios: I – legislar sobre asuntos de interés local; [...]*." En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁸ En nivel de concreción, la CFB adopta el mismo precepto y lleva a cabo la declaración como patrimonio nacional de cinco grandes espacios naturales protegidos, refiriéndose, explícitamente, a la Selva Amazónica, a la Mata Atlántica, a la Sierra del Mar, al Pantanal de Mato Grosso y a la Zona Costera.

preservación y restauración de los procesos ecológicos junto con la protección de las especies y de los ecosistemas, la definición de espacios territoriales protegidos, en los cuales queda prohibido cualquier uso que comprometa su conservación, además de la protección de la flora y fauna, y prohibición de aquellas prácticas que pongan en peligro su función ecológica¹⁴⁹.

2.2.3.3 La preservación ambiental en otras Constituciones de América

Otras Constituciones han sido destacadas en el escenario latinoamericano, aumentando el número de Cartas Magnas procedentes de la denominada tercera secuencia, que a continuación serán tratadas brevemente.

¹⁴⁹ Los párrafos e incisos del artículo 225 de la CFB también prevén:

Par. 1º: "Para asegurar la efectividad de ese derecho, delega al Poder Público:

I - preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y abastecer el manejo ecológico de las especies y ecosistemas;

II - preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;

III - definir, en todas las unidades de la Federación, los espacios territoriales y sus componentes que deben ser especialmente protegidos, siendo la alteración y la supresión permitidas solamente a través de la ley, prohibida cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección;

IV - exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causadoras de significativa degradación del medio ambiente, un estudio previo de impacto ambiental, al que se dará publicidad;

V - controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que comporten riesgo para la vida, la calidad de vida y el medio ambiente;

VI - promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concienciación pública para la preservación del medio ambiente;

VII— proteger la fauna y la flora, prohibidas en la forma de la ley, las prácticas que ponen en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de la especie o sometan los animales a crueldad.

Par. 2º: Aquél que explore recursos minerales queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley.

Par. 3º: Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente someterán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.

Par. 4º: La Selva Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato-Grossense y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se realizará, en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluso en lo que concierne al uso de los recursos naturales.

Par. 5º: Son indispensables las tierras devueltas o recaudadas por los Estados, por acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales.

Par. 6º: Las azucareras que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en la ley federal, de lo contrario no podrán ser instaladas".

En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. op. cit., pp. 97-98.

La articulación de un derecho que tiene que convivir en un ambiente libre de contaminación está previsto en la Constitución de Chile, de 1980, añadiendo el consecuente deber del Estado de *“velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”*, conforme a lo previsto en el artículo 19, num. 8. SEGADO y BELENDE escriben que, *“En la tónica de otros ordenamientos constitucionales de su mismo entorno, el texto fundamental de Chile legitima la posibilidad de otorgar una primacía a este principio frente a derechos individuales, como la propiedad privada y la actividad económica. Como expresión bastante indicativa de esta reinterpretación ‘ecológica’ de los clásicos derechos dominicales, según el artículo 19, núm. 24, el concepto de función social de la propiedad comprende ‘la conservación del patrimonio ambiental’¹⁵⁰.*

Colombia representa otro exponente ilustrativo del proceso de incorporación de un denominado ‘constitucionalismo ambiental’ cuando, en 1991, otorga una nueva Carta Magna. La Constitución colombiana contiene más de cuarenta informes para la protección ambiental, repercutiendo sobre una legislación infraconstitucional que hasta entonces era dispersa e, incluso bastante contradictoria. La CC no deja de reconocer los objetivos reconocidos en otros textos constitucionales, tales como la función ecológica de la propiedad, la atención a la salud y el saneamiento ambiental, el deber de conservación de la biodiversidad por parte del Estado, el reconocimiento de los espacios con un singular valor ambiental y la creación de un Fondo específico (*Fondo Nacional de Privilegios*) para la conservación de los recursos naturales¹⁵¹.

En Argentina, la materia ambiental fue conferida a las Constituciones de las provincias. Solamente después de la llegada de la ECO-Rio 92, se introdujo la reforma constitucional de 1994 y, en su artículo 41, pasó a contemplar la protección al medio ambiente, observándose, claramente, la influencia de la definición de desarrollo sostenible con la preocupación de un porvenir común, de manera que *“las actividades productivas satisfagan las*

¹⁵⁰ GARCIA BELANDE, D.; FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). **Los sistemas Constitucionales Iberoamericanos**. Madrid: Editorial Dyrinson, 2002, pp. 275-324.

¹⁵¹ *Idem. Ibidem.* pp.175-210.

necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” determinando la responsabilidad por los daños y la competencia legislativa de los gobiernos de las provincias. También, prohíbe la entrada en su territorio de residuos peligrosos, en conformidad con lo dispuesto en el citado dictamen legal: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de sustituir según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe la entrada en el territorio nacional de residuos actuales o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos”*¹⁵². Se reconoce, también, que la CA se preocupa imponiendo una sanción a los límites de la propiedad privada por razones de protección sobre el medio ambiente.

La Constitución Paraguaya, en 1992, incluyó en su título II, capítulo I, segunda sección, diversas disposiciones que regulan el conjunto de garantías a la persona en el sentido de que le atribuyen el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, siendo uno de los objetivos prioritarios de interés social, con el propósito de orientar la legislación y la política gubernamental de preservación, la recomposición y la mejora del medio ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Los artículos séptimo y octavo determinan que todas las actividades susceptibles de alteración ambiental serán reguladas a través de la ley, prohibiendo cualquier forma de utilización de armas nucleares, químicas o biológicas; tales como, por ejemplo, la entrada en el país de residuos tóxicos. Determina, también, que la ley podrá extender la prohibición a otros productos y regular el tráfico de recursos genéticos y su tecnología. Finalmente, establece la

¹⁵² *Idem. Ibidem.* pp. 37-98.

responsabilidad por la restauración e indemnización de los daños producidos al medio ambiente¹⁵³.

En los países de América Central, según lo que hemos expuesto anteriormente, aunque de manera tardía, existe también una concienciación ambiental, ya expresada en algunas de las Constituciones, destacando las Cartas de Panamá, Nicaragua y Costa Rica. La Constitución de Panamá, desde la Reforma de 1983, es la única en América Central que tiene un capítulo independiente sobre el denominado 'Régimen Ecológico', dentro del Título III de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales¹⁵⁴. La Constitución de Nicaragua incluye el derecho a una atmósfera saludable como un derecho humano, en el Título IV de los Derechos y Seguridades del Pueblo cuando, en su artículo 60, prevé que, "*Los nicaragüenses tienen el derecho de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales*"¹⁵⁵. Con la reforma de la Constitución de Costa Rica, en 1.994, conforme a lo establecido en el artículo 50, está asegurado un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, según dispone¹⁵⁶: "*El Estado procurará el mejor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes*"¹⁵⁷.

Debe de examinarse, aunque sucintamente, la Constitución de Estados Unidos de América, principalmente en razón del impacto que causa en el medio ambiente. El texto constitucional del citado país, aunque sea de 1787, carece de una enmienda que contemple el derecho al medio ambiente, hecho que ha sido objeto de presión de la doctrina sobre el legislativo. Sin

¹⁵³ *Idem. Ibidem.* pp. 667-92.

¹⁵⁴ *Idem. Ibidem.* pp. 639-664.

¹⁵⁵ *Idem. Ibidem.* pp. 615-636.

¹⁵⁶ *Idem. Ibidem.* pp. 213-214.

¹⁵⁷ MADRIGAL CORDERO, Patricia. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano I, número 3, 1996.

embargo, la jurisprudencia americana reconoce el derecho al medio ambiente como derecho del pueblo americano, ordenado en la enmienda nueve, determinando que, aunque no resulte previsto expresamente, determinados derechos del pueblo no pueden ser negados. Así, son derechos fundamentales, aun cuando se consideren como meramente formales. Sin embargo, algunas Constituciones de la Federación americana reconocen, aunque genéricamente, el derecho al medio ambiente. Para ilustrar mejor este concepto, la Constitución del Estado de Pensilvania, en el artículo 1.27, prevé que, "*Las personas tienen el derecho al aire puro, al agua pura y a la preservación de los valores naturales, paisajísticos, históricos y estéticos del ambiente. Los recursos naturales públicos de Pensilvania son propiedad común de todo el pueblo, comprendidas las futuras generaciones. Como depositaria de estos recursos, la Comunidad debe conservarlos y mantenerlos en provecho de todos*". En el Estado de Texas, el artículo 16.59 de su Constitución prevé que, "*Son declarados derechos y deberes públicos la conservación y el desarrollo de todos los recursos naturales del Estado*"¹⁵⁸.

Así, el desarrollo de la positivación del derecho al medio ambiente en el ámbito de la legislación constitucional es más que una simple tendencia, ya que es una realidad que se acentúa en la medida en que evoluciona la conciencia ambiental de los pueblos. Entre los muchos beneficios de la constitucionalización de la preservación ambiental, es posible deducir de la norma que ampara la tutela ambiental como valor esencial de la sociedad, una *legitimación activa* automática a través del natural diálogo con los ciudadanos acerca de la posibilidad de cuestionar, administrativa y judicialmente, los posibles casos y situaciones de daños al medio ambiente; como, por ejemplo el cuestionamiento de cualquier regulación procesal posterior, ya que los derechos y obligaciones constitucionales tienen sentido solamente en la medida en que pueden ser implementados y efectivamente adoptados y usados por el ciudadano¹⁵⁹.

¹⁵⁸ CASCAJO CASTRO, Jose Luis y GARCIA ALVAREZ, Manuel, **Constituciones Extranjeras Contemporáneas**. Madrid: Tecno S.A., 1988. p. 19-41; y FERNANDEZ SHAW, Carlos M., **Los Estados Independientes de Norteamérica**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1997. p. 256.

¹⁵⁹ CHESTER ANTIEU, James y RICH, William J. **Modern Constitutional Law**. 2.ed. St. Paul:, West Group, 1997. vol. 3. p. 660.

2.2.4 La expansión de la protección de los derechos fundamentales y la protección ambiental: de la internacionalización a la globalización

El contenido de la presente Tesis Doctoral ya ha delineado que la conciencia ambiental ha sido adquirida en los últimos años por los más diversos países del mundo. Esta evolución deriva de la amenaza de aquello que se conoce como **suicidio colectivo de la humanidad**, a lo que hay que sumar que, en un contexto general, una mayor conciencia por la protección de todos los derechos humanos. También ya se ha demostrado, de forma pacífica, que la cuestión ambiental está en la dimensión de los derechos fundamentales, formales o materiales, habiendo sido estudiado dentro de la clasificación de los derechos de tercera dimensión. Sin embargo, las evoluciones paralelas de la protección de los derechos humanos y de la protección ambiental revelan algunas afinidades que no pueden dejar de ser consideradas, motivo por el cual conviene profundizar en el estudio acerca del Derecho Internacional Ambiental, pero en la perspectiva de la globalización que, a su vez, incide en el instituto de la responsabilidad civil.

CANÇADO TRINIDAD, al tratar de las evoluciones paralelas de protección a los derechos humanos y al medio ambiente, revela que, *“Ambas testimonian, y aceleran, la erosión gradual del así denominado dominio reservado a los Estados. El trato del Estado hacia sus propios nacionales se convierte en una cuestión de interés internacional. La conservación del medio ambiente y el control de la polución se convierten igualmente en una cuestión de interés internacional. **Se produce un proceso de internacionalización tanto de la protección de los derechos humanos como de la protección ambiental**, la primera desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, la segunda – años después – desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972”*¹⁶⁰ (grifo).

¹⁶⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, p.39.

¹⁶¹ *Idem. Ibidem.* p. 250.

Así, centrándose en el plan internacional, el reconocimiento del derecho al medio ambiente se produjo en la Declaración de Estocolmo de 1972. En la citada Declaración se constataba, por un lado, la enorme capacidad transformadora del hombre sobre su entorno y, por otro, la creciente diferencia entre los países en fase de desarrollo, cuyos problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo, y los países industrializados, cuyos problemas ambientales son una consecuencia de la industrialización y del desarrollo tecnológico.

La idea de un derecho humano fundamental al medio ambiente apareció en el Principio 1 de la mencionada Declaración: *“el hombre tiene el **derecho fundamental** a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una **vida digna** y gozar de **bienestar**, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras* (grifo)¹⁶¹. Sobre el principio, Mercedes Franco del Pozo destacaba que, *‘los dos aspectos del medio humano, natural y artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida’, añadiendo a continuación que, ‘la **protección y mejora del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, [...] y un deber do todos los gobiernos**’*¹⁶² (grifo).

Actualmente, el cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos es amplio, distribuyéndose en una multiplicidad de tratados e instrumentos a nivel regional y global que tienen ámbitos variables de aplicación y que cubren la protección de distintos dominios de la actividad humana¹⁶³. Lo mismo sucedió, y continúa sucediendo, con la cuestión

¹⁶² FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op. cit.*, p. 34.

¹⁶³ Diez años después de la Declaración de Estocolmo, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG. Res. 37/7, de 28 de octubre de 1982) proclama la Carta Mundial de la Naturaleza en la que manifiesta que, *“la humanidad es una parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que aseguran la provisión de energía y nutrientes”*, estipulando una serie de principios que el hombre debe tener en cuenta con su manera de proceder con respeto al medio ambiente. Así, en 24 artículos establece el deber de cada persona de actuar en conformidad con las previsiones de la Carta y de asegurar la

ambiental, tanto a nivel regional como global ¹⁶⁴. Sin embargo, este incremento se ha caracterizado por reglamentar situaciones concretas y por sectores (como los océanos, la atmósfera, las aguas continentales, la vida salvaje, la capa de ozono, entre otros), concluyéndose que la regulación internacional en el ámbito de la protección ambiental se ha dado en forma de respuestas a los desafíos específicos. Además, no es diferente con respecto a lo acaecido en la esfera de los derechos humanos entendida como uno todo, en la que la reglamentación protegía también situaciones concretas (como la prevención a la discriminación, prevención y castigo a la tortura, estatuto del refugiado, derechos de los trabajadores, derechos de la mujer, derechos del niño, entre otros), dando una respuesta a las violaciones de los derechos humanos de varias especies. Así, es absolutamente normal que surjan lagunas en la medida en que se toma conciencia de las necesidades crecientes de la población, donde el Derecho representa una ciencia que evoluciona en conformidad a la evolución de la sociedad.

CANÇADO TRINIDADE subraya como una tarea significativa en la actualidad la de asegurar la *coordinación* apropiada de estos múltiples instrumentos, desarrollados en las últimas décadas, tanto en el ámbito regional como global, de forma que se continúe protegiendo los derechos humanos mediante un enfoque sectorizado y con actuaciones concretas. En este sentido, el autor apunta que, *“Pero además de la internacionalización de la protección de los derechos humanos y de la protección ambiental en el patrón anteriormente mencionado, posteriormente se percibió que, en cada uno de los dos dominios de protección, existía una interrelación entre los distintos sectores objeto de reglamentación”*¹⁶⁵. La conciencia de esta interrelación ha contribuido decisivamente a la evolución de la internacionalización a la globalización de la protección de los derechos humanos, así como de la protección ambiental.

consecución de los objetivos contenidos en la misma. Se subraya, sin embargo, que la Carta Mundial de la Naturaleza adopta una perspectiva cosmológica del medio ambiente y contiene, asimismo, el germen de los que actualmente se consideran los principios fundamentales del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

¹⁶⁴ CANÇADO TRINIDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, p. 40, estimaba en su obra, que fue editada en 1993, que son más de 300 tratados multilaterales y cerca de 900 tratados bilaterales que regulan la protección y conservación de la biosfera, a los que se pueden añadir más de 200 textos de organizaciones internacionales.

¹⁶⁵ *Idem. Ibidem.* p.41.

Cuando se trata acerca de la temática ambiental, incluso con reglamentaciones caracterizadas por tratarse de situaciones específicas, sectorizadas, conviene partir de un tratamiento globalista, puesto que, cada vez con mayor frecuencia, se constata que ciertas actividades y productos pueden causar efectos dañinos en cualquier ambiente, tales como las sustancias tóxicas o peligrosas, los residuos tóxicos o peligrosos, las radiaciones ionizadas, los residuos radioactivos, etc. En este sentido, la cuestión de las sustancias peligrosas ha sido encontrada en varias regulaciones sectoriales; sin embargo, por sus efectos, se apunta más a la globalización y, ciertamente, cada regulación genera consecuencias que acaban afectando a los demás sectores.

Mientras que en el pasado los Estados tendían a considerar la regulación del medio ambiente de forma sectorial, como una cuestión meramente regional o nacional, recientemente se han percibido que los problemas y las preocupaciones ambientales son de ámbito esencialmente global.

CANÇADO TRINIDADE ilustra el carácter global de las cuestiones ambientales con las problemáticas de la conservación de la biodiversidad, de la polución de la atmósfera y la consecuente destrucción de la capa del ozono y el calentamiento global del Planeta, de las alteraciones climáticas, entre otros, que dejan de ser problemas locales, o incluso fronterizos, y acaban convirtiéndose en una amenaza para todas las naciones. Cita el Panel Intergubernamental sobre el Cambio de Clima (IPCC), establecido por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) que reconocieron que el cambio de clima es un interés común para toda la humanidad, afectando a ésta como a un todo, y, como tal, se refleja en el ámbito global. La Declaración de Haya sobre la atmósfera, en 1989, insistía en la búsqueda de soluciones

urgentes y globales para los problemas del calentamiento de la atmósfera y del deterioro de la capa de ozono¹⁶⁶.

En síntesis, el desarrollo de los estudios y de los reglamentos preocupados por la cuestión de la preservación ambiental, en el marco de lo que está siendo verificado con la protección de los derechos humanos, revelan una realidad, progresiva, como consecuencia tanto de la internacionalización como de la globalización de los derechos ambientales derivados de intereses transfronterizos aplicables a la demanda, fruto de la tercera dimensión de los derechos fundamentales.

2.2.5 La globalización de la protección ambiental y las obligaciones “erga omnes” de un derecho ambiental generacional

La globalización de la protección de los derechos ambientales se pone de manifiesto también desde un enfoque distinto, como es el de la emergencia de las obligaciones “*erga omnes*” y, consecuentemente, del declino e, incluso, del fin de la llamada reciprocidad exigida por los Estados, que es superada por la noción de garantía colectiva y consideraciones de orden público, hecho que acaba provocando algunas alteraciones en los postulados del derecho internacional tradicional. Cabe observar que los tratados de derechos humanos incorporan obligaciones de carácter objetivo que se preocupan por las garantías de los derechos humanos y no derechos de los Estados. Actualmente, los instrumentos humanitarios que resultan de los diversos Pactos, Convenciones y Tratados han trascendido el nivel puramente interestatal en busca de un mayor grado de protección de la humanidad, tendiendo a asegurar los intereses comunes superiores a los de los propios Estados¹⁶⁷. Así favorece el carácter universal del sistema de protección del derecho internacional humanitario, creando obligaciones “*erga omnes*”, con la

¹⁶⁶ *Idem. Ibidem.* pp.41-51.

¹⁶⁷ MARTIN MATEO, Ramon. *op. cit.*, pp. 203-204.

característica de objetividad, sin que implique ventajas recíprocas para los Estados.

A lo largo de esta Tesis Doctoral venimos trazando la evolución de los derechos ambientales desde una escala global, no sólo en zonas en las que los intereses estatales se hayan visto afectados inmediatamente, sino también en otras áreas donde no aparecen visiblemente comprometidos. Así, los principios de carácter global deben de ser aplicados en el territorio de los Estados, independientemente de los efectos que tengan en la región, pero siempre dando prioridad al patrimonio común de la humanidad. Debemos dejar constancia de que el derecho internacional ya no está orientado exclusivamente a los Estados, hecho que es puesto de manifiesto por los reiterados informes que utilizan la expresión “humanidad”¹⁶⁸, además de que la doctrina y los diversos instrumentos internacionales apunten a un denominado derecho común de la humanidad. Así, CANÇADO TRINIDADE apunta que es posible encontrar en la búsqueda de la preservación del medio ambiente y del desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones presentes y futuras, la noción de interés común de la humanidad. El recurso a la noción de humanidad sitúa toda la discusión dentro del ámbito de los derechos humanos, hecho que *“no debería considerarse como meramente implícito o descuidado como supuestamente redundante. Así como el derecho, o la propia norma jurídica, no opera en un vacío, la humanidad no es una abstracción social ni jurídica: se compone de colectividades humanas, de todos los seres humanos de carne y hueso, viviendo en sociedades humanas. Si se admite que, en el caso de que el concepto de interés común de la humanidad sea amplia e innegablemente aceptado, y que del mismo han de emanar derechos y obligaciones, esto debe pues llevar a considerar, como su manifestación o incluso materialización, el derecho a un medio ambiente sano: en el ámbito del ‘droit de l’humanité’, el interés común de la humanidad encuentra expresión en el ejercicio del derecho consagrado a un medio ambiente sano, en todas sus dimensiones (individual, grupal, social o colectiva, e inter-generacional), precisamente por no ser la humanidad una abstracción social o jurídica y por*

¹⁶⁸ JENKS, C.W. **The Common Law of Makind**. London: Stevens, 1958. pp.11-182.

*estar constituida por una infinidad de seres humanos viviendo en sociedades y proyectándose en el tiempo*¹⁶⁹.

La protección del medio ambiente se infiltra en las acciones del llamado dominio reservado de los Estados y, pese a la globalización de los regímenes de protección de los derechos humanos y de la protección ambiental, anuncia la imposibilidad de actuar por parte de los Estados ante la falta de reciprocidad, surgiendo, entonces, las obligaciones “*erga omnes*”.

En conformidad con el contenido anteriormente examinado, como añadido al deber constitucional de no degradar y que implica el consiguiente derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, las normas constitucionales ambientales modifican el substrato normativo que abarca el funcionalismo del Estado. BENJAMIN apunta que las normas constitucionales “*legitiman y facilitan – y por eso, obligan – la intervención estatal, reguladora o no, en favor del ambiente, lo que es poco en tiempos en los que se observa una pérdida de confianza en las instituciones estatales. Incorporan los marcos divisorios de lo que podemos denominar como orden público ambiental constitucionalizado*”¹⁷⁰.

Es importante destacar, también, el carácter predominantemente **preventivo** que guía todo el cuerpo normativo sobre la protección ambiental, viniendo a ser, en esta óptica, la intervención estatal. Los derechos ambientales están necesariamente asociados al rol del *Welfare State*, y son más complejos que los derechos constitucionales clásicos, dirigidos, de manera preponderante, cuando no exclusiva, frente al Estado, aunque se espere de él una abstención o una no intervención como tal. Por tanto, su

¹⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, pp.49-50.

¹⁷⁰ HERMAN BENJAMIM, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. In: **10 Anos da ECO-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. *op. cit.*, p. 95.

¹⁷¹ *Idem. Ibidem.* BENJAMIN recuerda la previsión del artículo 225, caput, y párrafo 1. de la Constitución Federal Brasileña, sosteniendo que el desvío de ese deber puede caracterizar una arbitrariedad administrativa. Se repite la transcripción del *caput* y del párrafo del referido artículo: “*Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente bien equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones. Párrafo 1 – Para asegurar la efectividad de ese derecho, compete al Poder Público...*”.

mayor cometido no es una abstención estatal, sino un llamamiento a prestaciones positivas y afirmativas por parte de la Administración, tendiendo a asegurar, como derecho de todos los ciudadanos, un cierto nivel de libertad contra los riesgos ambientales y, consiguientemente, el acceso a los beneficios ambientales. Sin embargo, a través de una lectura diversa, las autoridades constitucionales producen una reducción de la discrecionalidad de la Administración Pública, imponiendo al administrador el permanente deber de tomar en consideración el medio ambiente en la formulación de políticas públicas y en procedimientos decisorios individuales, optando siempre, entre las diversas alternativas viables o posibles, por aquélla menos dañosa para un medio ambiente equilibrado¹⁷¹.

En este sentido, hay que hacer un estudio sobre la incidencia de la dimensión temporal en la protección ambiental. Cabe destacar que el factor temporal caracteriza los propios términos establecidos para su implementación (interpretación y aplicación), habiéndose concebido distintos métodos de solución que implican disputas que puedan producirse en el futuro. En la presente temática, se ha registrado que en la solución de disputas económicas en concreto, han sido utilizados procedimientos de solución, incluso aunque aún el daño no se haya producido, y de esta forma se contemplan amenazas de daños inminentes o daños futuros probables o potenciales. En el derecho internacional clásico se dio una considerable atención a la dimensión interespacial, puesta de manifiesto por la coexistencia de unidades soberanas territoriales, materia que continúa siendo relevante; sin embargo, en la actualidad, se considera de menor importancia en razón de la globalización antes mencionada, por lo que emerge el aspecto de la prevención asociado a regímenes de protección. Así es relevante, primero, evitar el daño o el sufrimiento innecesario y, segundo, imponerse al daño que parece ser irreversible o que no puede ser reparado.

En el ámbito internacional, también, se observa un fenómeno similar relacionado con el carácter de independencia de los Estados soberanos, como capacidad de autodeterminación. La interdependencia que se establece

¹⁷³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 125-130.

contemporáneamente entre los Estados apunta a un vínculo cada vez mayor entre las ideas de soberanía y de cooperación jurídica, económica y social, lo que afecta drásticamente la pretensión a la autonomía¹⁷². Por más que se argumente en el sentido de que esta colaboración es posible solo en razón de la propia soberanía, lo cual permitiría a un Estado vincularse a otro(s) en cuestiones que le interesen o para hacer frente a situaciones problemáticas, lo que se observa en la práctica es la revisión radical de los postulados centrales de la misma¹⁷³.

Otro agente fundamental en este proceso de transformación de la noción de soberanía es el de las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs). Estas entidades pueden encuadrarse en un espacio intermedio entre lo público, representado por los organismos internacionales, y lo privado, representado por las empresas transnacionales, y actúan en sectores variados, tales como: ecología (*Greenpace*), derechos humanos (Amnistía Internacional), salud (Médicos Sin Fronteras), etc. El papel de las mismas se viene ampliando progresivamente resultando muchas veces en la actualidad imprescindibles para que ciertos Estados tengan acceso a programas internacionales de ayuda y puedan ser admitidos en determinados acontecimientos del orden internacional. Tales vínculos, incongruentes con la idea del poder soberano, son una realidad de la contemporaneidad o el repudio a nivel internacional, con reflejos inexorables en el orden interno de tales países, especialmente de los que dependen de la “ayuda” económica internacional¹⁷⁴.

Cuando nos adentramos en los llamados derechos humanos de tercera dimensión, tenemos la percepción de que estamos efectivamente ante una realidad para los derechos fundamentales que, en este momento, se presentan como detentadores de una “universalidad comunitaria” en el sentido de que su objeto se refiere a pretensiones que se extienden inevitablemente a

¹⁷⁴ *Idem. Ibidem.* p. 125: “En el momento en que la Policía Federal brasileña expulsó del país a los activistas del *Greenpeace*, muchos destacaron las repercusiones internacionales de esta actitud”.

¹⁷⁵ *Idem. Ibidem.* pp. 125-130.

¹⁷⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, p. 258. *Principio III: “El derecho al desarrollo debe ejercerse, de forma que se puedan garantizar equitativamente las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.*

la comunidad humana como un todo. No se trata ya de hacer frente al arbitrio del Estado en relación a determinados individuos, ni tampoco de demandar solución/garantía de ciertas pretensiones/beneficios a grupos determinados de personas. Se trata de fomentar el carácter solidario del hombre, haciéndolo comprender en una especie de destino común que incluye a los demás. La violación no se establece ya en la relación del individuo con el Estado, aunque la pretensión se dirija a un Estado. Ambas reflejan una corresponsabilidad por la calidad y continuidad de la vida humana. La garantía o la violación comprometen a todos inexorablemente, incluso a las generaciones futuras¹⁷⁵.

En la propia Declaración de Estocolmo está presente la noción de protección de intereses de las generaciones presentes y futuras, predominando la dimensión temporal subyacente. En el mismo sentido, la ya mencionada Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, en su tercer principio, indica expresamente el servicio de las necesidades de las generaciones presentes y futuras¹⁷⁶.

En verdad, una generación es al mismo tiempo usuaria y guardiana del patrimonio común, natural y cultural, y debería dejarlo así para las generaciones futuras en condiciones no peores de lo que lo recibió, estableciéndose un denominado principio de la equidad intergeneracional¹⁷⁷. Así, surgen los llamados **derechos generacionales**, acompañados de las obligaciones inherentes, tales como de conservación de los recursos, de asegurar el uso equitativo, de evitar impactos adversos, de prevenir desastres, de evitar o minimizar el daño, de compensar el daño ambiental, entre otros. Son derechos cuya titularidad es ejercida por una generación con relación a otra, definidos por la posición de cada generación en el tiempo, implicando la idea de la transtemporalidad, donde **“el tiempo se convierte en un elemento**

¹⁷⁷ BROWN WEISS, E, **Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity**. Tokyo: DobbsFerry N. Y., UNV./ Transnationa Publs. 1989. Recueil des Cours de P' Academie de Droit International, 1982. p. 175.

¹⁷⁸ KISS, A.Ch, La notion de Patrimoine Común de l'humanité. **Recreil des Cours de Academie de Droit International**, v. 175, 1982. pp.229-231.

de finalidad⁷⁸. No se trata de un tiempo limitado, sino de un tiempo indeterminado, que debe transmitirse a las generaciones futuras.

Además, los tratados de derechos humanos han incorporado conceptos considerados 'evolutivos' que requieren una interpretación esencialmente dinámica, de modo que puedan considerarse los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos, respondiendo a las condiciones sociales que tan rápidamente se han modificado (se observa que esta interpretación dinámica requiere el estudio de los Principios informadores del medio ambiente, que examinaremos en el siguiente punto). Por consiguiente, los Estados también tienen la obligación de prohibir actos legislativos o

administrativos que puedan ser el resultado de probables depredaciones ambientales. Si los Estados no atienden a estas obligaciones, las Cortes Internacionales han interpretado que deben proteger a las víctimas de violaciones de derechos pasadas e, incluso, a las que podrían sufrir en el futuro (perjuicio material o moral). A este propósito, el Estado debe evaluar siempre los riesgos y ejercer su deber con la debida diligencia y desempeñando sus funciones básicas como es la protección de los derechos humanos.

Los esfuerzos que se ha realizado en los últimos años para desarrollar el estudio de la configuración de la responsabilidad internacional han tenido en cuenta los daños o las consecuencias perjudiciales que pueden ser actuales o futuras y han considerado las normas para la implantación. Aquí, nos referimos a las víctimas potenciales y al principio general del deber de los Estados para que eviten o prevengan, o minimicen y reparen, los efectos o las consecuencias físicas adversas actuales o potenciales o previsibles, incluso cuando no estén prohibidas por el derecho internacional, pero que derivan de actividades ecológicamente peligrosas.

Las obligaciones que resultan de la depredación ambiental generan efectos “*erga omnes*” y la superación de la reciprocidad se plasma en la constante búsqueda de un mejor ámbito de protección. Se pretende elevar la defensa de un derecho generacional desde el fortalecimiento gradual de los mecanismos de supervisión y de creación legislativa.

2.3 La incidencia de los principios jurídicos en la protección del medio ambiente global

2.3.1 La importancia de los principios jurídicos en el estudio del Derecho Ambiental

Partiendo de la perspectiva globalizadora que la protección ambiental exige, resulta conveniente que nos ocupemos de los principios informadores de esta nueva rama del Derecho representada por el Derecho Ambiental. Podemos encontrar formulados estos principios en las múltiples Convenciones internacionales y, por consiguiente, en las diversas Constituciones en las se consideran como resultantes de la tercera dimensión de los Derechos Humanos. Por este motivo, tomando en consideración lo que hasta ahora venimos exponiendo, nos ocuparemos de los contenidos de los principios de la presente secuencia, proyectándolos, además, a otros contenidos que serán tratados cuando nos ocupemos de la legislación infraconstitucional.

Principios son “*verdades objetivas, no siempre pertenecientes al mundo del ser, sino de lo deber-ser, en calidad de normas jurídicas, dotadas de vigencia, validez y obligatoriedad*”¹⁷⁹. Además, la admisión del Derecho Ambiental implica exigir, por lo menos, “*que se conceptúe y se presenten los principios dirigidos a la aplicación de la legislación ambiental, dentro de una concepción sistémica y organizada*”¹⁸⁰. Son mandamientos nucleares de un sistema, verdadera base de la disposición fundamental que se extiende sobre diferentes normas, formando su espíritu y sirviendo de criterio para su exacta comprensión, precisamente porque definen la lógica y la racionalidad del sistema normativo, dotándolo de coherencia.

Violar un principio es mucho más grave que violar una ley, pues la desatención implica una ofensa no a un mandamiento específico obligatorio, sino a todo un sistema. La inobservancia de principios implica una grave forma de ilegalidad o inconstitucionalidad, conforme al rango del principio alcanzado, porque representa una insurgencia contra todo el sistema, alterando la estructura maestra.

A pesar de que los grandes y destacados principios de un sistema jurídico estén positivados en algún texto, el autor brasileño Luís Roberto Barroso observa la existencia de principios sobre las reglas legales, identificándolos como los Principios de la supremacía, de la unidad, de la continuidad del orden jurídico y de la interpretación conforme a la Constitución¹⁸¹, todos ellos de fundamental aplicación en el desarrollo de este trabajo.

Por tanto, los principios constitucionales son considerados ideas centralizadoras y caracterizadoras del sistema jurídico como un todo, configurándose como pilares indispensables para el ordenamiento jurídico, sin

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p.229.

¹⁸⁰ PETERS, Edson Luiz y TARSO DE LARA PIRES, Paulo. *op.cit.*, p. 21. Concretamente, la expresión ‘sistema’ será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 290.

las cuales la construcción del derecho de un pueblo se vendía abajo. La violación de los principios representa la violación del pacto social. Se dirige a los órganos de aplicación de la ley, que se sirvan de los mismos en aras de mejora de las normas jurídicas ya existentes. Los principios sirven para clarificar y precisar el contenido de las normas jurídicas que se aplican, siendo considerados reglamentos de carácter genérico, dirigidos a los aplicadores de las normas jurídicas para que, al aplicarlas, extraigan sus contenidos normativos considerando lo que los principios informan¹⁸².

Además, los principios sirven de criterios de inspiración a las leyes (o normas concretas) y a las leyes obtenidas mediante un proceso de generalización y decantación de estas leyes, provistas de un alto grado de generalidad. Como tal, son considerados como puntos de partida para la interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales, de forma que éstas no pueden ser consideradas o aplicadas sin que necesariamente sean interpretados los mismos principios, motivo por el cual los principios son considerados como fuente del sistema constitucional. No pueden ser aplicados directamente como una regla jurídica, ya que no expresan ideas objetivas, y ciertas, que guíen al juez hacía un juicio silogístico, ni tampoco podrán ser considerados como premisas mayores ya que en ellos subyacen determinados casos. Por eso, son considerados excesivos porque expresan una aspiración, un exceso de contenido deontológico. Los principios requieren la interpretación para su efectiva concreción, debiendo ser sopesados con otros principios y reglas para alcanzar un contenido mediante un juicio de ponderación, cuya tarea corresponde a los órganos públicos que tienen la función específica de hacer que la elección de las disposiciones o de las normas aplicables se realice teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto.

¹⁸² *“Principios son normas que exigen la realización de algo, de la mejor forma posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios no prohíben, permiten o exigen algo en términos de todo o nada; imponen la optimización de un derecho o de un bien jurídico, teniendo en cuenta la reserva de lo posible, fáctica o jurídica”.* (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1239).

¹⁸³ NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso Criativo dos Paradoxos do Direito. *En: SEVERO ROCHA, Leonel (org.). Paradoxos da Auto-Observação*. Curitiba: JM Editora, 1997. p.277.

Los principios constitucionales, a pesar de ser caracterizados como flexibles y abiertos, deben ser desnudados del *“traje de los valores exteriores al código del derecho, como los de la moral o los de la política, asumiéndolos como construcciones paradójicas con un elevado potencial de operatividad”*¹⁸³.

La construcción de una principiología del Derecho Ambiental permite que el sistema jurídico cree derecho; se presenta como una importante función que aporta una orientación futura para flexibilizar la rigidez del Derecho vigente, que aún continúa enclaustrado en sus normas¹⁸⁴, suministrándole una mayor sistematicidad¹⁸⁵. Considerando la volatilidad que les caracterizan, los principios se configuran como asimetrías que son introducidas en el sistema para efectuar un proceso, cuyo vector sale al encuentro de las tautologías y paradojas de las relaciones que constituyen el cerrado sistema jurídico.

Los principios sustentan valores. Cuando hay varios principios susceptibles de ser aplicados en la solución de conflictos jurídicos, se debe valorar el peso relativo de cada uno, pudiendo buscar el intérprete constitucional, una interpretación que evite la ruptura del sistema de principios constitucionales. Al tratar la hermenéutica constitucional, el intérprete tiene como tarea principal la elección jerarquizada de valores y la preservación de la unidad, debiendo buscar la mejor interpretación, **amparando siempre la universalización del propio sistema**. Siguiendo este raciocinio, Paulo Castro Rangel explica que, *“los valores ambientales, ecológicos, de calidad de vida, no son, en el cuadro de la hipótesis del Estado de Derecho Ambiental, valores exclusivos ni excluyentes, necesariamente primordiales, con dignidad jerárquica superior a cualquier otro objetivo fundamental constitucionalmente recibido. Serán ciertamente tareas prioritarias pero plasmadas en un horizonte plural (diversificado e intrínsecamente competidor o conflictual) de principios”*.¹⁸⁶

¹⁸⁴ El derecho enclaustrado será objeto de examen en los capítulos siguientes.

¹⁸⁵ NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *op. cit.*, pp. 241-277.

¹⁸⁶ CASTRO RANGEL, Paulo. **Concentração, programação e Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. pp. 22-23.

Sin embargo, se destaca que al existir algunas dudas sobre qué norma debe aplicarse a un caso concreto, por el principio de la supremacía del interés público debe prevalecer aquélla que privilegie los intereses de la sociedad, es decir, *in dubio pro ambiente*. Por consiguiente, al contemplar en el mismo plano los principios del medio ambiente ecológicamente equilibrado y de la supremacía del interés público en la protección ambiental, así como los principios de la propiedad privada y de la libre explotación económica, es inadmisibles que el valor ambiental pueda quedar subordinado al privilegio de los demás derechos.

Los principios tienen una función unificadora en la medida en que permiten la reconducción de una serie de casos concretos a un patrón relativamente unitario, posibilitando, bajo esta forma, la introducción de un criterio de racionalidad en el sistema, asegurando la influencia de un cierto cuadro de valoración y revaloración permanente en la tarea, jamás agotada, de la construcción del ordenamiento jurídico. Los principios son normas que exigen las mejores formas posibles para la realización de algo, en conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como tales, no prohíben ni tampoco permiten o exigen algo en términos de que no se pueda hacer o se pueda hacer todo, pero que imponen la optimización de un derecho o de uno bien jurídico de acuerdo con las posibilidades fácticas o jurídicas¹⁸⁷.

Conforme a lo ya examinado anteriormente, y en lo que ahora hemos insistido, BONAVIDES subraya que el rasgo fundamental de los principios jurídicos, actualmente reconocido en el ámbito del derecho público, reside en su normatividad, reconociéndose que los principios son, paralelamente a las reglas, una de las especies del género "*normas jurídicas*"¹⁸⁸. Y, concretamente, inscribiendo tal afirmación en los principios ambientales, GOMES CANOTILHO

¹⁸⁷ Cabe resaltar, también que, en el ámbito de la juridicidad, la evolución del estudio y aplicabilidad de los principios pasa por tres fases: la **jusnaturalista**, cuando los principios se encuentran en la abstracción y en la juridicidad prácticamente nula; la **positivista**, cuando empiezan a integrar los códigos como fuente mediata del Derecho; y la **pos-positivista**, período que corresponde a los grandes momentos constituyentes de las últimas décadas, cuando las Constituciones acentúan la hegemonía axiológica de los principios, constituyéndose en base donde se construye el edificio jurídico de los recientes sistemas constitucionales y, en ese sentido, tiene profunda relevancia para el desarrollo del presente tema.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 230 y siguientes.

destaca que, a pesar de su contenido relativamente vago, si es comparado con el contenido de las normas, los principios son útiles en tres sentidos fundamentales: a) son considerados puntos de referencia de calidades para contrastar la validez de las leyes, convirtiéndose en inconstitucionales o ilegales las disposiciones o los actos que les contraríen; b) auxilian en la interpretación de otras normas; y, c) sirven para la integración de las lagunas¹⁸⁹.

En el mismo sentido, MIRRA sintetiza la importancia y las funciones desempeñadas por los principios en el Derecho Ambiental, cuando afirma que: a) los principios permiten comprender la autonomía del Derecho Ambiental con respecto a los otras Ramas del Derecho; b) los principios auxilian en la identificación de la unidad y coherencia existentes entre todas las normas del sistema legislativo ambiental; c) de los principios se extrae la forma por la cual la protección ambiental es vista en la sociedad; d) los principios sirven de criterio fundamental para la exacta comprensión e interpretación del sistema jurídico ambiental¹⁹⁰.

Los principios presentan un elevado grado de abstracción, hecho que conduce a la necesaria acción mediadora del constituyente tanto con respecto a la elaboración de la regla que protege el medio ambiente en el ámbito constitucional, como con relación al legislador cuando crea reglas infraconstitucionales y, finalmente, del propio juez al aplicar la ley constitucional e infraconstitucional al caso concreto. Tienen un carácter de fundamentalidad del sistema de las fuentes de derecho debido a su posición jerárquica superior en el sistema (principios constitucionales) o a su importancia en la estructura dentro del sistema jurídico.

En esta perspectiva es relevante la temática de que los principios son clasificados en fundamentales, generales y especiales. **Fundamentales** son los que contienen síntesis y matriz de las normas constitucionales, conteniendo las decisiones políticas del Estado, fundamentos de la

¹⁸⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

¹⁹⁰ VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. Principípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 2, pp. 50-76, abr./jun.1996. p.61.

organización política, como, por ejemplo, el Principio Republicano. Los principios **generales** proceden de los fundamentales, sin que impliquen el núcleo de la decisión política, pero con contenido de importantes especificaciones, como el Principio de la Legalidad. **Especiales** son los que obedecen a un conjunto de normas sobre un determinado tema pero, en su ámbito de inclusión, son supremos. Entre éstos, cabe citar el Principio del Contaminador-Usuario-Pagador – PCP (*Polluter-pays-principle*), objeto de la presente temática, en el que profundizaremos más adelante. Sin embargo, algunos principios constitucionales fundamentales actúan sobre el medio ambiente, como el derecho a la vida, derecho a la dignidad de la persona y el derecho al desarrollo.

Refiriéndose a la CFB, MILARÉ sostiene que el artículo 225 consagra el principio del medio ambiente ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental de la persona humana y el principio de la naturaleza pública, con un valor que debe ser necesariamente asegurado y protegido para el uso de todos y significa que el interés en esta protección, por ser de naturaleza pública, debe primar sobre los **derechos individuales privados**¹⁹¹.

Los principios y, también en las cuestiones ambientales, ejercen una destacada función de conexión entre los diversos sistemas que componen la sociedad, principalmente entre la Economía, la Política y el propio Derecho, capacitando y suministrando presupuestos para una co-evolución de éstos, orientada a alcanzar un medio ambiente ecológicamente equilibrado, conforme analizaremos en el Capítulo II de la presente investigación.

Entre los diversos principios constitucionales que tienen aplicación directa en la cuestión de la preservación ambiental, destacaremos aquéllos que inciden directa, o indirectamente, en la presente temática, prestando una atención especial al instituto de la responsabilidad civil ambiental. Sin

¹⁹¹ MILARÉ, Edis. Princípios fundamentais de direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 756, out. de 1998, p. 56. Debe comentarse que superioridad no significa exclusión de la protección de los derechos individuales privados. En ese sentido, se interpreta de forma extensiva a las demás Constituciones del mundo.

embargo, debe recordarse que los principios son formulados a partir de las diversas Convenciones internacionales, ya mencionadas en el presente trabajo, destacando la Convención de Estocolmo.

2.3.2 Los principios ambientales

2.3.2.1 *Del Principio de la Ubicuidad*

El Principio de la *Ubicuidad* resulta de la protección del medio ambiente, en cuanto derecho humano fundamental, debiendo ser considerado con ocasión de la viabilidad de una política, creación legislativa o actuación administrativa, dando lugar a acciones globales de los Estados, conforme al contenido anteriormente presentado, destacándose la concepción de un medio ambiente y sin tomar en consideración la necesaria relación con todos los sectores de la sociedad. Trasciende fronteras y debe buscar soluciones globalizadas y solidarias entre todos los pueblos.

2.3.2.2 *Del principio de la Obligatoriedad de la Intervención Estatal*

El *Principio de la Obligatoriedad de la Intervención Estatal* implica la creación de organismos que posibilitan la acción efectiva del Estado en la conservación del medio ambiente, resultando obligaciones “*erga omnes*”, a nivel global, ya estudiadas. La obligatoriedad de la intervención estatal resulta del Principio 17 de la Convención de Estocolmo, cuando prevé que, “*Debe ser confiada a las instituciones nacionales competentes, la tarea de planificar, administrar y controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados, con el fin de mejorar la calidad del medio ambiente*”¹⁹². Por la naturaleza de su objeto, se trata de un principio se encuentra estrechamente vinculado al principio de la ubicuidad.

¹⁹² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, p.254.

Considerando el contenido anteriormente estudiado, el mencionado principio incide sobre las Constituciones del mundo, eso es, cuando está formal o materialmente prevista la protección del medio ambiente, teniendo implicaciones en el instituto de la responsabilidad civil ambiental en la medida en que el Estado deje de cumplir con la obligación de hacer que corresponda para hacer realidad la preservación ambiental. La temática será objeto de un análisis más exhaustivo en los capítulos siguientes.

2.3.2.3. Del Principio de la Participación

Los poderes públicos y, concretamente, la administración, deben estimular la participación ambiental como reflejo de un pluralismo social, respondiendo al sentimiento colectivo que dimana de los grupos organizados para la defensa del interés ambiental. Como resultado, el principio de la participación – PP, comporta la articulación de los diversos grupos sociales ante los poderes públicos, especialmente la administración y los Tribunales de justicia, siendo esta la tarea más delicada a la que debe enfrentarse el legislador para viabilizar la mejor manera posible de lograr la participación ambiental.

Considerando que el medio ambiente es un bien de todos, debe haber no sólo un derecho sino principalmente un deber de participación. Debe mencionarse como ejemplo la CE que, en su artículo 45, hizo uso de la expresión “participación”. En el mismo sentido, debe destacarse la redacción del principio 10 de la Eco-Rio 92, al establecer que, *“la mejor manera de tratar cuestiones ambientales es asegurar la participación, en un nivel adecuado, de todos los ciudadanos, interesados (...) los estados deben facilitar y estimular la*

*concienciación y la participación pública, poniendo la información a disposición de todos (...)*¹⁹³”.

Mediante este principio, se observa una apertura a los debates y a las audiencias públicas, cuando las materias de decisiones políticas sean objeto de estudio e investigación a los efectos del futuro de la preservación ambiental, abriéndose un cauce a la participación popular, que puede ser ejercido a través de la vía judicial o administrativa, así como por la propia participación en los procesos provenientes del Derecho Ambiental¹⁹⁴, en una democratización del derecho de gestión del futuro del medio ambiente.

Para la dogmática jurídica, este principio implica la actuación presente de la colectividad para la protección y preservación del medio ambiente. En su contenido, implica la paradoja que dimana del conflicto entre los derechos individuales de la dogmática tradicional y los intereses transindividuales, suministrando operabilidad y legitimidad a los procesos y a los actos decisionales que se encuentren en una posición limítrofe e imprecisa, cuyos criterios de selección van siendo instituidos por el sistema y estructurados mediante la producción y aplicación de aquello que el Derecho exterioriza como Derecho vigente¹⁹⁵.

¹⁹³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, pp. 259-260.

¹⁹⁴ Brasil adoptó tres mecanismos de participación directa de la colectividad en la protección de la calidad ambiental previstos en el ordenamiento jurídico. El primero es el de la participación en los procesos de creación del Derecho Ambiental, cuando a través de la iniciativa popular en los procedimientos legislativos (artículo 61, *caput* y párrafo 2. de la CFB) se contempla la realización de referéndum sobre leyes (artículo 14, II de la CFB) y la actuación de representantes de la sociedad civil en órganos colegiados dotados de poderes normativos (por ejemplo, el CONAMA – Consejo Nacional del Medio Ambiente, artículo 6. de la Ley 6.938/81, con la redacción dada por la Ley 7.804/89 y modificada por la Ley 8028/90). El segundo mecanismo se verifica a través de la participación en la elaboración y en la ejecución de políticas ambientales, mediante la actuación de representantes de la sociedad civil en órganos colegiados responsables por la formulación de directrices y por el acompañamiento de la ejecución de políticas públicas, mediante la discusión de estudios de impacto ambiental en audiencias públicas (artículo 11, párrafo 2., de la Resolución 001/86 del CONAMA) y en los casos de realización de plebiscitos (artículo 14, I, de la CFB). Por último, el tercer mecanismo es el de la participación en la protección ambiental mediante el Poder Judicial, a través de la utilización de instrumentos procesales con el fin de lograr prestaciones jurisdiccionales en el área ambiental de los cuales el más conocido es el de la acción civil pública ambiental, términos de la Ley 7.347/85.

¹⁹⁵ En esta perspectiva, el principio objeto de estudio da relevancia al tema de la responsabilidad civil ambiental, en la medida en que el citado estudio se aplica bajo el dogma

2.3.2.4 Del Principio de la Información Ambiental y de la Educación Ambiental

Como fruto del PP, se estudian los *Principios de la Información Ambiental* – PIA y el de la *Educación Ambiental* - PEA. La solidaridad colectiva, sobre la cual se funda el deber de conservar el medio ambiente, el ejercicio del derecho y las políticas ambientales de los poderes públicos necesitan la potenciación de estos poderes como auténticos instrumentos indispensables. El deber de conservar el medio ambiente solamente podrá ser debidamente cumplido si todos los obligados conocieran los deberes concretos que tal obligación genera y comprendieran cuál es su justificación última. Solamente cuando la totalidad de la colectividad esté persuadida de la importancia de la conservación y mejora del medio ambiente será posible un pleno ejercicio del derecho y, consecuentemente, las políticas ambientalistas serán más eficaces.

La CFB no conceptuó la Educación Ambiental dejando a la legislación infraconstitucional su formulación. La política nacional de EA se hizo obligatoria con la vigencia de la Ley 9.795/99, al disponer en su artículo 1 : “*se entienden por Educación Ambiental los procesos por medio de los cuales el individuo y la colectividad construyen valores sociales, conocimientos, habilidades, actitudes y capacidades dirigidas a la conservación del Medio Ambiente como, por ejemplo, de uso común del pueblo, esencial a la sana calidad de vida y su sostenibilidad*”¹⁹⁶.

de un Derecho tradicional vigente, de signo individualista, sin previsión para enfrentarse a cuestiones que incluso siendo, de derecho individual, presentan intereses difusos, tal y como analizaremos seguidamente en los capítulos II y III.

¹⁹⁶ La Ley 9.795/99 de la Política Nacional de Educación Ambiental prevé el PEA a través de la conceptualización, los principios y los objetivos. El concepto, arriba citado, tiene origen en la influencia de las recomendaciones de la Primera Conferencia Intergubernamental de Educación Ambiental. Se entiende que el conocimiento de los principios objeto de estudio son esenciales para que se pueda aplicar el alcance ético-jurídico y social. La Ley 9.795/99 de la Política Nacional de Educación Ambiental prevé el PEA a través de conceptualización, principios y objetivos. El concepto, arriba citado, tiene origen en la influencia de las recomendaciones de la

A través de la educación ambiental, el ciudadano puede conocer y entender mejor el significado del mundo en el que vive y comprender las necesidades y prioridades reales para la mejora de la calidad y para la perpetuación de la vida.

Se trata de una acción transformadora y política que implica la formación del ciudadano en el sentido de que se pretende instruir a las comunidades para llegar a una ciudadanía activa que implica la sostenibilidad,

Primera Conferencia Intergubernamental de Educación Ambiental. Se entiende que el conocimiento de los principios en objeto de estudio son esenciales para que se pueda aplicar el alcance ético-jurídico y social. Concretamente, la importancia del estudio del presente principio al tema, destacando la incidencia en los capítulos II y III siguientes. Dispone, entonces, el artículo 4. de la referida ley:

“Son principios básicos de la Educación Ambiental:

I – el enfoque humanista, holístico, democrático y participativo;

II – la concepción del Medio Ambiente en su totalidad, considerando la interdependencia entre el medio natural, el socio-económico y el cultural bajo el enfoque de la sostenibilidad;

III – el pluralismo de ideas y concepciones pedagógicas, en la perspectiva de la inter, multi y transdisciplinaridad;

IV – la vinculación entre la ética, la educación, el trabajo y las prácticas sociales;

V – la garantía de continuidad y permanencia del proceso educativo;

VI – la permanente evaluación crítica del proceso educativo;

VII – el abordaje articulado de las cuestiones ambientales locales, regionales, nacionales y globales;

VIII – el reconocimiento y el respeto a la pluralidad y a la diversidad individual y cultural”.

Sin embargo, son imprescindibles los objetivos de la PEA para entender, en sus justos términos, el significado y el propio sentido sociopolítico y vocacional de la EA y del derecho a la EA como un derecho social fundamental. Así, prevé el artículo 5. de la referida ley: *“Son objetivos fundamentales de la Educación Ambiental:*

I – el desarrollo de una comprensión integrada del medio ambiente en sus múltiples y complejas relaciones, incluyendo aspectos ecológicos, psicológicos, legales, políticos, sociales, económicos, científicos, culturales y éticos;

II – la garantía de democratización de las informaciones ambientales;

III – el estímulo y fortalecimiento de una conciencia crítica sobre la problemática ambiental y social;

IV – el incentivo a la participación individual y colectiva, permanente y responsable en la preservación del equilibrio del Medio Ambiente, entendiéndose la defensa de la calidad ambiental como un valor inseparable del ejercicio de la ciudadanía;

V – el estímulo a la cooperación entre diversas regiones del País, a niveles micro y macro-regionales, con relación a la construcción de una sociedad ambientalmente equilibrada, fundada en los principios de la libertad, igualdad, solidaridad, democracia, justicia social, responsabilidad y sostenibilidad;

VI – el fomento y el fortalecimiento de la integración con la ciencia y la tecnología;

VII – el fortalecimiento de la ciudadanía, autodeterminación de los pueblos y solidaridad como fundamento para el futuro de la humanidad”.

la justicia social y el bien común. Es necesario que la Educación Ambiental contemple la formación de valores y mutaciones de paradigmas arraigados en la sociedad contemporánea, por un proceso de aprendizaje que sea mucho más eficaz, capaz de despertar en el individuo la ciudadanía, la responsabilidad social y la preocupación por el bienestar común, creando una conciencia crítica acerca de la necesidad de armonizar las actividades humanas con la protección del medio ambiente.

José Kalil de Oliveira e Costa sostiene que, dentro de los principios más importantes, se destaca el PEA como un derecho de todos, fundamentado en un *“pensamiento crítico e innovador de forma que favorezca la transformación de los valores sociales. Debe envolver al individuo y a la colectividad en un proceso político, en la medida en que pretende la transformación social. La Educación Ambiental debe ser siempre pensada y discutida como un proceso de aprendizaje participativo, abarcando una perspectiva holística, en cuyo enfoque principal está la relación entre los seres humanos y la naturaleza de manera interdisciplinar. El holismo ofrece una visión del mundo, diferente de aquella que la ciencia tradicional presenta, basada en la falsa creencia de que la naturaleza debe ser fragmentada para ser comprendida mejor”*¹⁹⁷.

A través de estos Principios, se atribuye al Estado la responsabilidad de informar constantemente a la sociedad civil acerca de las decisiones administrativas relativas a la protección y prevención ambiental; como, por ejemplo, las licencias que supongan un riesgo para la conservación ambiental. Se trata de crear una conciencia ambiental que posibilite actuar a la sociedad e, incluso, que ejerza de guardiana de los intereses que implican la conservación del medio ambiente. Sin embargo, recientemente se ha entendido que la información puede ser exigida también al particular, cuando se trata de una empresa contaminante, pues también es importante para el conocimiento público de la situación ambiental. Al obligar a quienes contaminan a declarar la cantidad de sustancias nocivas emanadas de sus actividades, se pueden controlar mejor los índices de contaminación,

¹⁹⁷ KALIL DE OLIVEIRA E COSTA, José. Educação Ambiental, um Direito Social Fundamental. En: **10 Anos da ECO-92**: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável. *op. cit.*, p. 451.

facilitando la elección del procedimiento que deba de ser adoptado por la administración pública o incluso por los particulares.

Hay que señalar que este Principio deriva de lo contemplado en el principio 19 de la Convención de Estocolmo, cuando prevé que es indisponible que sea impartida la educación sobre cuestiones ambientales a las generaciones jóvenes como a los adultos, teniendo en cuenta los menos favorecidos, con la finalidad de desarrollar las bases necesarias para informar a la opinión pública y dar a los individuos, empresas y colectividades el sentido de sus responsabilidades en lo que concierne a la protección y mejora del medio ambiente en toda su dimensión humana¹⁹⁸.

Asimismo, conviene destacar que existe una preocupación por una determinada acumulación de informaciones ambientales en lo que se refiere, paralelamente, al problema central de las cuestiones inherentes al medio ambiente; es decir, la relación entre todo el sistema social y el propio medio ambiente. La información ambiental y la educación ambiental son dos principios ordenados para un fomento de informaciones; sin embargo, esto no puede limitarse a que se presten informaciones meramente acumulativas sobre el medio ambiente, sino principalmente a la relación entre los diversos sistemas sociales (capítulo II) para evitar riesgos, peligros y daños ambientales. Por tanto, *“el contenido del derecho ambiental reposa, como ocurre con el deber, en el conocimiento del valor de los bienes ambientales”*¹⁹⁹.

En este sentido, CANOSA USERA señala que los principios objeto de estudio *“no deberían centrarse solo en las enseñanzas que pueden recibirse de los contactos con la pura naturaleza, de los espacios naturales protegidos, habría también que enseñar a convivir en el entorno urbano donde la mayor parte de nosotros soportamos una gran degradación de los bienes ambientales y también la ineptitud de los individuos para hacer más llevadera la vida en la ciudad.[...] Pero la educación del derecho constitucional, ya que permite su concreto ejercicio apreciando los bienes ambientales, también es presupuesto del cumplimiento del deber constitucional de conservar el medio. Además de*

¹⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, p.254.

¹⁹⁹ CANOSA USERA, Raúl. *op. cit.*, p.189.

las sanciones, cuya imposición contribuye enérgicamente al cumplimiento del deber, la educación ambiental coadyuva de manera más eficaz, porque el cumplimiento espontáneo del deber presupone, en quien así procede, educación ambiental para disfrutar los bienes que está obligado a respetar²⁰⁰.

Sin embargo, el sistema económico del mercantilismo capitalista no advierte que sus métodos actúan en sentido inverso al desarrollo sostenible, motivo por el cual la implementación de la educación ambiental es desprestigiada y deja de ser implementada con la relevancia, urgencia y la comprensión de la necesidad que la misma representa para la sociedad. Las advertencias de los organismos internacionales e, incluso, de los diversos liderazgos de varias localidades son despreciadas y, lamentablemente, la educación ambiental todavía es considerada como un proceso de transformación política que puede amenazar muchos de sus dogmas y socavar las bases ideológicas y culturales de la estructura vigente que promueve y defiende el beneficio exagerado que compromete la sostenibilidad.

2.3.2.5 Del principio del Desarrollo Sostenible

El Desarrollo Sostenible – PDS, es el Principio que surgió de la discusión entre el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado en conflicto con el derecho al crecimiento económico y a la libre explotación económica, resultado de los conflictos entre los valores ambientales y la lógica del desarrollo económico vigente en el paradigma clásico del mercado. El principio en tela de juicio constituye la más importante intersección entre los estudios de las relaciones de consumo, de la economía y de las ciencias ambientales. Se puede entender en el sentido de imponer el servicio de las necesidades de las generaciones presentes, sin que esto comprometa el servicio de las necesidades de las generaciones futuras. Sin embargo, la resolución de la ecuación, frente al creciente cuadro de agravación de la calidad del medio ambiente como consecuencia de la utilización cada vez más

²⁰⁰ *Idem, Ibidem.* p.190.

y creciente de agrotóxicos, del calentamiento del Planeta, entre otros, implica una tarea compleja para la sociedad.

La vida del hombre se desarrolla en dos ambientes: uno dado o heredado y que podemos denominar como medio natural, y que comprende el suelo, el aire, la biodiversidad, etc.; y otro, el medio creado por el propio hombre, el cual crece de manera incontrolada (mayor número de fábricas, viviendas, carreteras, puertos, vías de ferrocarril, etc.). El ser humano, hay que reconocerlo, se apodera del medio natural, destruyéndolo y degradándolo (la quema y tala de bosques, la erosión, la contaminación de la atmósfera y de las aguas...). Este entorno creado por el hombre es producto del desarrollo económico, el cual se efectuó utilizando muchos recursos naturales y produciendo importantes impactos ambientales²⁰¹.

La reflexión de DEMETRIO ROTA sobre la protección ambiental en la CE incide sobre las demás Constituciones citadas en el presente trabajo. Al tratar acerca del artículo 45 de la CE, el mismo autor escribe que *“La máxima protección de la naturaleza puede llevar aparejada la pérdida de niveles de vida adquiridos en el pasado y a los que no renuncia la Constitución. En efecto, hay una tensión dialéctica entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico que, como ya apuntaba T. R. Fernández, no debe saldarse en el sentido de favorecer uno sobre otro, sino buscando una solución de síntesis”*²⁰².

A propósito, la calidad de vida prevista en el artículo 45 de la CE, en el que uno de los elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado, está presente en la regulación del artículo 130.1 del mismo dictamen Constitucional, al imponer *“el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos”*. Este desarrollo es necesario para lograr aquella mejora. Así, *“la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma en que en*

²⁰¹ CASTRO SIMANCAS, Pedro Rubens. La tensión medio ambiente desarrollo económico: una perspectiva jurídica. **Revista de Derecho Ambiental**, Murcia, n.22, 1999. p. 85.

²⁰² LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio. *op. cit.*, p. 1466. Al respecto, en secuencia, el autor aún escribe que *“No puede olvidarse que este desarrollo económico viene exigido también por el artículo 130.1 de la Constitución, lo que fuerza a buscar una interpretación armónica de ambos preceptos”*.

cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico. En cuanto a las técnicas apropiadas para llevar a cabo la protección del medio ambiente corresponde su elección, máxime cuando el mismo artículo 45 del texto constitucional habla expresamente de ‘defender y restaurar el medio ambiente’(S. 64/1982, de 4-11)”²⁰³.

Para Lily Flah y Miriam Smayevski, *“desarrollo significa crecimiento que no puede agotarse en la realidad tangible, necesita proyectarse para el futuro rebasando la perspectiva de la producción y del beneficio. En esta época no basta ocuparse de las condiciones en que se desarrolla la actividad tecnológica e industrial, debe haber preocupación por los límites de la productividad y compatibilizar los parámetros de calidad de vida con los niveles de desarrollo”²⁰⁴.* Esta compatibilización de los parámetros de calidad de vida con los niveles de desarrollo son derechos-deberes de los países ricos y de los países pobres, ya que la sostenibilidad implica graves distorsiones, responsables de problemas crecientes de salud.

En lo que se refiere al mito de que los recursos naturales son inagotables, las premisas en las que se fundamentaron las teorías de la Economía del siglo XVII y en las que se basaban las teorías del siglo siguiente se muestran fuertemente ligadas a creencias consideradas científicamente inadecuadas. FIGUEIREDO recuerda que *“el más representativo economista francés de entonces, François Quesnay, al ofrecer las líneas del sistema económico contemporáneo (reflejado en las nociones de producción y consumo), se refiere a ‘la capacidad creativa del planeta’. Es decir, incluso en el auge de la filosofía mecanicista, eran comunes los informes sobre alquimia y sobre la posibilidad de creación (producción desde la nada) de metales. Baste recordar que el padre de la Botánica Moderna, Carl Linneo, sostenía entonces que el tamaño de nuestro planeta aumentaba cada año y que los continentes dilataban sus límites. Estas creencias impregnaban algunas de las*

²⁰³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Otros. **Constitución Española**. 3.ed. Madrid. Editorial Colex, 1997. pp. 222-223.

²⁰⁴ FLAH, Lily R. y SMAYEVSKI, Miriam. **Ecología: Desarrollo Sostenido y Desarrollo Sostenible**. En: Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.351.

*concepciones económicas de entonces, orientadas en el sentido de que los bienes naturales eran inagotables y del continuo crecimiento de los territorios habitables. En tales condiciones, se tenía como cierto que el desarrollo y el progreso científico serían indefinidos, ya que la población y la riqueza podían crecer continuamente*²⁰⁵.

Retomando las cuestiones históricas de este mito de la inagotabilidad, el autor recuerda que con la llegada de la Química Moderna y con los avances de la Cartografía, se abandonan las ideas de crecimiento continuado del planeta y del surgimiento de minerales, iniciándose el pensamiento económico del Siglo XIX, *“que circunscribirá la riqueza a las nociones de valores de cambio: solamente lo que sea apropiable, valorable e intercambiable podrá ser considerado relevante”*. Concluye el autor que en esta óptica, *“la Economía del Siglo XIX no considera los recursos naturales que no sean susceptibles de comercio (agua, aire atmosférico), dándoles un tratamiento diferenciado de lo que ofrece a los bienes que pueden ser comercializados*²⁰⁶. En este sentido, NAREDO, afirma que, *“La falacia de la sustitución sin fin hizo el resto, al justificar que no tenía interés económico preocuparse de los recursos concretos, ya que la técnica siempre encontraría sustitutos que no hicieran lamentable su agotamiento o deterioro*²⁰⁷.

Conviene señalar que las relaciones entre algunas vertientes del Derecho Ambiental con el Derecho del Consumidor son evidentes. Se trata de dos Ramas que presentan raíces históricas comunes, habiéndose constituido como resultado de fenómenos propios de la sociedad de masa cuyos bienes de protección afectaban a intereses transindividuales de naturaleza indivisible, ya sea en la esfera de los derechos difusos, colectivos o individuales²⁰⁸, además de orígenes que remontan a la tercera dimensión de los derechos humanos. El estudio de los factores que producen la degradación ambiental en

²⁰⁵ PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme Jose. Consumo Sustentável *En*: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **10 anos de Eco 92**: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Imesp, 2002. p. 190.

²⁰⁶ *Idem. Ibidem.* p. 194.

²⁰⁷ NAREDO, José Manuel. Los Cambios en la Idea de Naturaleza y su Incidencia en el Pensamiento Económico. **ICI – Revista de Economía**, Madrid, n.711, nov. 1992. p.14.

²⁰⁸ En Brasil, las ramas del Derecho Ambiental y Derecho del Consumidor datan prácticamente el mismo período, cuya aparición deriva de la promulgación de la Ley n.7.347/85 – Ley Civil Pública.

el planeta exige el análisis previo de las calidades de producción y consumo adoptados por la colectividad, ya que a través del ritmo de consumo de los bienes ambientales se determina la velocidad con que estos bienes pasan a ser escasos. El consumidor establece una relación con el medio ambiente cada vez que adquiere o utiliza un producto o servicio en cuanto destinatario final de este, pues *“el acto de consumir, en teoría, se opone a la idea de preservar y es preciso repensar esta relación. Por otro lado, la ingenua idea de preservación corre el riesgo de olvidar la necesidad del hombre de consumir. Resulta imprescindible repensar esta sociedad de una forma real. No se trata de oponer la preservación al consumo, sino de buscar una salida que pueda ser denominada consumo sostenible”*²⁰⁹.

Las consecuencias de la producción sobre el medio ambiente se denominan *externalidades*, pudiendo ser tanto negativas como positivas. RIBEMBOIM señala que, *“Una externalidad se produce siempre que las acciones de un gran agente económico comprometan directamente el ambiente de otro agente, sin que el mismo sea compensado por este hecho. A pesar de que existan externalidades positivas y negativas, los problemas cotidianos más comunes derivan de externalidades negativas. En este caso, el ejemplo clásico es el de la empresa que contamina. Si se deja actuar libremente, la firma tiende a transferir al ambiente externo el máximo posible de humo, ruido, basura, residuos”*²¹⁰. Para corregir las distorsiones naturales que derivan de esta denominada ‘socialización’²¹¹ de los costes ambientales por los contaminadores hay que tener presente el principio de quien contamina paga (PCP, *Polluter-pays-principle*²¹²), del que nos ocuparemos seguidamente. El examen de la temática sobre el consumo sostenible hace referencia a los principales aspectos relacionados con las consiguientes presiones de calidades de producción y consumo sobre el medio ambiente bajo una óptica que presupone la disposición del orden económico del Estado, de cuyo análisis nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

²⁰⁹ GOMES SODRÉ, Marcelo. Padrões de Consumo e Meio Ambiente. In: **Comércio e Meio Ambiente**: Direito, Economia e Política. São Paulo: SMA, 1996. p.153.

²¹⁰ RIBEMBOIM, Jacques. **Mudando os Padrões de Produção e Consumo**. Brasília: IBAMA, 1997, p. 17.

²¹¹ PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme José. *op. cit.*, p. 188.

²¹² *Princípio Contaminador-Usuário-Pagador*.

Resulta evidente la regulación jurídica de los incentivos a patrones de producción y consumo sostenibles, tales como los sellos verdes, programas ISO 9000, ISO 9001, ISO 9002, ISO 14000, las concesiones de beneficios para el desarrollo de proyectos de agricultura ecológica para el incentivo de las actividades no contaminantes, la creación de tributos ecológicos, la incidencia del PCP (*principio del contaminador-usuario-pagador*), la aplicación de la ley de crímenes ambientales, además del significativo aprovechamiento de la responsabilidad civil y administrativa por la propaganda de productos, prácticas y servicios considerados nocivos para la salud y el medio ambiente²¹³. Sin embargo, el estudio de los instrumentos políticos para la promoción de un desarrollo sostenible también debe estar ligado a las cuestiones inherentes al derecho de propiedad, que será objeto de un análisis más profundo en el capítulo IV.

En relación a las diversas formas de propiedad en el orden económico, José Afonso da Silva distingue sus principales peculiaridades. Apunta que el deber de cumplimiento de la función social de la empresa está condicionado a la libre iniciativa, a partir de la valoración del trabajo humano, de la defensa del consumidor, de la defensa del medio ambiente, de la reducción de las desigualdades regionales y sociales y de la búsqueda del pleno empleo, quedando así *“configurada su directa implicación con la **propiedad de los bienes de producción**, especialmente reprobada a la empresa por la cual se realiza y efectiva el poder económico, el poder de dominación empresarial. De eso deriva que tanto vale hablar de **función social de la propiedad de los bienes de producción**, como de **función social del poder económico**”*²¹⁴ (grifo).

En España, la CE reconoce una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (artículo 33)²¹⁵. Sin embargo, esta garantía no es considerada absoluta a la luz de lo contemplado

²¹³ PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme José. *op. cit.*, p.189.

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, p. 792.

²¹⁵ MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Otros. *op. cit.*, p. 147. Artigo 33: 1) Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2) “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3) “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

en el artículo 128.1, cuyo contenido prevé que *“toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”*²¹⁶ y, por consiguiente, el artículo 45, anteriormente citado, impone a los poderes públicos el deber de vigilar *“la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”*.

En el escenario internacional, la disparidad del crecimiento de los países ha potenciado los efectos del deterioro. Además, existe el factor del desarrollo de los países centrales, cuyo número es menor, que ha llevado a cabo la mayor parte de la actividad industrial y tecnología mundial. Al tomar conciencia de esta carencia y haberse desarrollado sin calcular los costes que suponen la preservación del entorno natural, los trasladan a los países periféricos que, a su vez, agregan estos costes de desarrollo antes ignorados²¹⁷. Ya en 1975, NUSDEO apuntaba pioneramente que la confrontación entre *“desarrollo y ecología – y concretamente sus aspectos particulares más visibles – la preservación ambiental y la lucha en contra de la contaminación – bajo sus diversas formas se viene situando de manera apremiante e incluso dramática en muchas partes del mundo”*²¹⁸.

La cuestión del desarrollo fue objeto de consideración en las orientaciones establecidas por la Convención de Estocolmo, ratificada en la Declaración de la Eco-Rio, mereciendo destacar lo previsto en su Principio 3, además de ser contemplado en otros principios²¹⁹.

²¹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 165.

²¹⁷ FLAH, Lily R. y SMAYEVSKI, Miriam. *op. cit.*, p. 353.

²¹⁸ NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e Ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. VII. Hace aproximadamente tres décadas, el autor ya observaba, en la citada página, que este problema era considerado una preocupación exclusiva de los países ricos, algo como un subproducto no deseable de la civilización industrial y del avance tecnológico en que *“también las naciones aún no desarrolladas son percibidas, al menos en algunas de sus regiones, hasta el punto de que ya se habla de áreas críticas (...)”*.

²¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, pp. 257-264.

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

Principio 2: *“En conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y de los principios de Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios*

La doctrina jurídica considera que el desarrollo sostenible persigue alcanzar tres objetivos esenciales: en una perspectiva ecológica, mantener los sistemas físicos y biológicos que sirven de soporte a la vida de los seres humanos; en una perspectiva económica, la eficiencia en la utilización de los recursos y funcionamiento racional del sistema económico; y, en una perspectiva socio-cultural, a través de la distribución equitativa y solidaria inter e intrageneracional²²⁰.

Se trata del principio que busca el equilibrio entre las necesidades de desarrollo social; es decir, un crecimiento económico a través de la utilización racional de los recursos dentro de los límites de sostenibilidad. Ello determina a que principio obedece el orden económico (mundo del ser), informando substancialmente los principios de la garantía del desarrollo y del pleno empleo. En este sentido, Mercedes Franco Del Pozo señala que, “El

recursos según sus políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de garantizar que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de regiones que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Principio 3: *“El Derecho al desarrollo debe ser realizado de modo que satisfaga las necesidades relativas al desarrollo y al medio ambiente de las generaciones presentes y futuras”.*

Principio 4: *“Con el fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse de forma separada”.*

Principio 5: *“Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible con el fin de reducir las desigualdades en la calidad de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo”.*

Principio 6: *“La situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular de los menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental, deberán recibir una prioridad especial. En las medidas internacionales adoptadas con respeto al medio ambiente y al desarrollo también deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países”.*

La Declaración de Río también expone otras líneas de actuación que tendrían que seguir los Estados para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas. Así, ‘deberían’:

Principio 8: *Reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo indefendibles, a la vez que se fomentan políticas demográficas adecuadas;*

Principio 9: *Fomentar el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, además de acelerar el desarrollo y la transferencia de nuevas tecnologías;*

Principios 11, 12 13: *Promulgar leyes eficaces protectoras del medio ambiente;*

Principios 12 16: *Promover un sistema económico internacional favorable y flexible que conduzca al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países.*

²²⁰ FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op. cit.*, p.55.

reconocimiento de esos límites implica la necesidad de reorientar la economía mundial hacia fórmulas ambientalmente sostenibles, lo que requiere importantes reformas a nivel nacional e internacional. Se trata de lograr un cambio en el que se pase de un sistema basado en el crecimiento ilimitado a un desarrollo sostenible. Este paso hacia un desarrollo sostenible está indisolublemente unido al hecho de afrontar y solucionar los problemas de subdesarrollo de los países del Tercer Mundo. La cuestión no es crecimiento frente a no crecimiento, sino dilucidar qué clase de crecimiento y dónde”²²¹(grifo).

Por consiguiente, la autora hace referencia a un deber que se traduce en la responsabilidad de cooperación a todos los niveles: político, legislativo, económico, social, cultural, científico, tecnológico, entre otros tantos, con la finalidad de alcanzar el desarrollo sostenible y combatir la degradación ambiental. Así, se transcribe el preámbulo de la Agenda 21 que expone: *“La humanidad se encuentra en un momento decisivo de la historia. Nos enfrentamos a la perpetuación de las disparidades entre las naciones, con la agravación de la pobreza, el hambre, las enfermedades y el analfabetismo y con el continuado empobrecimiento de los ecosistemas de lo que depende nuestro bienestar. No obstante, si se integran las preocupaciones relativas al medio ambiente y al desarrollo y se les presta más atención, se podrán satisfacer las necesidades básicas, elevar el nivel de vida de todos, conseguir una mejor protección y gestión de los ecosistemas y lograr un futuro más seguro y más próspero. Ninguna nación puede alcanzar los objetivos de seguridad y de prosperidad sola, pero todos juntos podemos hacerlo en una asociación mundial para el desarrollo sostenible”²²².* En este contexto hay que tener presente la globalización de la protección ambiental.

Sin embargo, cabe realizar una reflexión preliminar. El sistema jurídico, en su proceso de sensibilización con relación a la preservación del

²²¹ FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op.cit.*, p.29.

²²² Preámbulo (párrafo 1.1) de la Agenda 21, adoptada el 14 de junio de 1992 por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED), que trata de un voluminoso Programa en el cual se establecen las líneas de actuación que la Comunidad Internacional debe adoptar para lograr un desarrollo sostenible.

medio ambiente, inició una significativa variación²²³ de su paradigma tradicional. Conforme a lo anteriormente expuesto, el Derecho Ambiental se preocupa por el paso de una precomprensión antropocéntrica hacia una egocéntrica²²⁴. Paralelamente, *“la noción de desarrollo sostenible nos debe conducir hacia una economía más ecológica, más humana, una economía que se adecue verdaderamente a las necesidades más apremiantes del individuo”*²²⁵. Sin embargo, los imaginarios de los denominados operadores del Derecho, así como los propios sistemas jurídicos, aún no han superado la absoluta tradición antropocéntrica. La noción de desarrollo sostenido es dirigida a asegurar la transferencia del patrimonio ambiental de las presentes a las futuras generaciones. En este sentido, todavía es cuestionable si el concepto de ‘futuras generaciones’ se refiere sólo a los seres humanos o a todas las formas de vida, poniéndose de manifiesto, pues, una ruptura del paradigma que determina la necesidad de buscar una nueva precomprensión. Sin embargo, bajo la óptica dogmática, el principio es percibido mediante la precomprensión antropocéntrica por el hecho de que los seres humanos constituyan el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, fundamento que dificulta una protección ambiental más ambiciosa. Sin embargo, hay que reconocer que posibilita la protección jurídica de la ecología condensando la preocupación ambiental de las estructuras vigentes²²⁶.

Se trata de un principio que establece una comunicación entre el sistema económico y el sistema jurídico, a través de una instrumentalización de la economía al absorber los valores ambientales²²⁷ y, paralelamente, posibilita el derecho a tutelar a las futuras generaciones.

²²³ En conformidad con el contenido del capítulo II, se adopta la expresión ‘variación’ y no ‘alteración’, pese a la vigencia de un paradigma clásico, tradicional y cerrado que orienta el sistema jurídico actual.

²²⁴ Este paso potencia la precomprensión antropocéntrica, pues en la medida en que el medio ambiente está tutelado por constituir un valor interno al sistema jurídico, la visión antropocéntrica se ve reforzada.

²²⁵ FRANCO DEL POZO, Mercedes. *op. cit.*, p.31.

²²⁶ Conforme a lo ya estudiado, se sostiene que este paso potencia la precomprensión antropocéntrica, pues en la medida en que el medio ambiente está tutelado por constituir un valor interno del sistema jurídico, la visión antropocéntrica se ve reforzada.

²²⁷ La CFB, en el artículo 170, establece: *“El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin el asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observados en los siguientes principios:[...] VI – defensa del medio ambiente”* En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p.83.

PERALES, cuando se ocupa de la necesidad de compatibilizar el desarrollo económico con la protección ambiental, hace referencia al concepto de 'tolerancia', surgido en España como una forma de solucionar el conflicto de dos derechos que son legítimos. La discusión sobre la tolerancia comporta el derecho a la propiedad privada, la protección del medio ambiente, la modernización y el desarrollo de los sectores económicos, en virtud de lo cual se subordina toda la riqueza del país al interés general. De esta tensión surgió la idea del crecimiento sostenible, o equilibrado, que se refiere al desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades²²⁸. Sin embargo, el propio autor concluye que la idea de tolerancia, es decir, 'cuotas de derecho a contaminar', es un concepto moderador; debiendo significar en la práctica que lo que debe ser soportado no son los daños, que por sí solo ya son susceptibles de la indemnización, sino aquello que se considera como meramente incómodo, ya que, en cuestiones de medio ambiente, no hay contaminación pequeña ni contaminación que no sea grave.

En su origen, aunque se admita la tolerancia, se recuerda que el PDS tiene raíces híbridas, tanto del Derecho Natural como del Derecho Positivo: el derecho del ser humano a desarrollarse y a realizar sus potencialidades, ya sea individual o socialmente, y el derecho de asegurar a las futuras generaciones las mismas condiciones favorables, haciendo surgir una reciprocidad entre derecho y deber, puesto que el desarrollo en un Planeta plenamente habitable no es sólo un derecho, sino también un deber de las personas y de la sociedad. A través de este principio, y por todo lo que ya se ha analizado en esta investigación, nos permiten concluir subrayando que cualquier acción que venga a causar el agotamiento de los bienes ambientales, debe considerarse inconstitucional cuando implique un perjuicio para las generaciones presentes y futuras.

Finalmente, a través del PDS se asume el desafío "*más trascendental al que la humanidad ha tenido que enfrentarse a través de la historia y obtener*

²²⁸ PERALES, Carlos Miguel. **La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente**. 2.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.137.

un ‘desarrollo sostenible’ que consiste en administrar con un aprovechamiento racional y responsable los recursos del planeta para atender a la satisfacción de las necesidades de nuestros contemporáneos, sin descuidar las de futuras generaciones. Entran así a jugar un papel protagonista, los planes políticos y económicos que los poderes públicos determinen en armonía con el ordenamiento territorial”²²⁹.

Sobre este aspecto no podemos dejar de mencionar la regulación del nuevo Código Civil Brasileño²³⁰, cuando prevé la promoción de un desarrollo sostenible vinculado a las cuestiones del propio concepto del derecho de propiedad. Actualmente, se destaca que el ordenamiento constitucional brasileño no debe ser aplicado bajo la óptica del legislador de 1916 y se afirma que la regulación de este derecho ha dejado de ser la que anteriormente se delineaba exclusivamente en sus artículos 524²³¹ y siguientes, cuando permitía que los agentes de producción adoptasen irresponsablemente modelos económicos que ponían en riesgo la salud de las generaciones actuales y la propia existencia de las generaciones futuras. A través del nuevo Código Civil, el desarrollo sostenible se encuentra insertado en la regulación del artículo 1.228, párrafo 1...: *“El derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales y de modo que sean preservados, en conformidad con lo establecido en ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, por ejemplo, como evitar la contaminación del aire y de las aguas”²³².*

Existe una grave contradicción entre la naturaleza y el modelo económico de la sociedad industrial ²³³, debiendo avanzar el tema en la

²²⁹ FLAH, Lily R. y SMAYEVSKI, Miriam. *op. cit.*, p. 357.

²³⁰ El nuevo Código Civil Brasileño pasó a tener vigencia el 11 de enero de 2003, por medio de la Ley nr. 10.406/2002.

²³¹ Los artículos 524 y siguientes del Código Civil Brasileño, ahora reformado, contemplaba: Artículo 524 *“La ley asegura al propietario el derecho de gozar y disponer de sus bienes, y de recuperarlos de quien con poder injustamente les posea. Párrafo Único. La propiedad literaria, científica y artística será regulada conforme a las disposiciones del Capítulo VI de este Título.”* NEGRÃO, Theotônio. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 148.

²³² PAIM DE ABREU FILHO, Nylson. *op. cit.*, p.289.

²³³ PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme Jose. *op. cit.*, p.192 recuerda que en el año 1.901 nuestro planeta tenía mil millones quinientos millones de habitantes y un Producto Interior Bruto global de setecientos mil millones de dólares. En 1995, la población mundial era de cinco

búsqueda de los elementos caracterizadores que incentivan el orden económico, capitalista y la necesaria preservación ambiental.

2.3.2.6 *Del principio de la prevención y de la precaución*

El principio de la prevención- P.Prev., ha tenido aplicación en muchísimos tratados de Derecho Internacional e, igualmente, se ha encontrado acomodo en las doctrinas jurídicas ambientalistas de los países occidentales, ya que ocupa una posición relevante en las discusiones acerca de la protección jurídica del medio ambiente, siendo frecuentemente invocado en el tratamiento de cuestiones relativas a la salud humana²³⁴. Fundamentalmente, este principio se dirige a las situaciones de incertidumbre, preconizando que incluso cuando existan dudas científicas sobre los riesgos provocados por una actividad, iniciativa, proceso o producto, deben adoptarse medidas destinadas a evitar la concreción de lesiones al medio ambiente o a la salud pública.

Sin embargo, es importante destacar que una considerable parte de la doctrina se refiere, indistintamente, a los principios de la prevención y de la precaución, aunque los conceptos doctrinales carezcan todavía de una definición más precisa en razón de la relación que se establece entre ambos. Aún son muchos los autores que emplean, de manera indiscriminada, las expresiones prevención y precaución sin respetar sus características

mil millones setecientos millones de personas y el PIB global alcanzó la cifra de veintidós billones de dólares. Frente a tales números, el autor concluye que: *“será fácil verificar que, el cuadruplicar la población y el elevar en treinta siete veces el PIB en cien años, constituye un elemento de fuerte presión sobre cualquier tentativa de adopción de un modelo de desarrollo capaz de ofrecer un número suficiente de empleos ambientalmente sostenibles. El crecimiento brusco y vertiginoso de la entropía en el planeta y búsqueda de la satisfacción de las exigencias de las calidades de consumo hoy predominantes no permiten ni el servicio de las necesidades normales de las generaciones actuales (esto es, la oferta de trabajo y de condiciones mínimas necesarias para asegurar la dignidad humana) ni mucho menos la preservación de la calidad de vida de las generaciones futuras. Dentro de este escenario sombrío, los trabajadores organizados en sindicatos asumen un papel relevante para la supervivencia de la propia vida en nuestro planeta”*.

²³⁴ Concretamente, se constata que el principio ha sido aplicado con mucha frecuencia en el campo de la ingeniería alimentara.

peculiares. En general, las agresiones al medio ambiente son de improbable, imposible o difícil reparación. Cuando se consuma la lesión ambiental, su reparación es incierta y, posiblemente, gravosa, motivos por los cuales el Derecho Ambiental debe orientarse a una actuación de anticipación y cautela que implique evitar los daños potenciales. Por tanto, la reparación y la indemnización deben ser adoptadas como último recurso, noción que está recogida en el P. Prev., consagrando el principio del deber de evitar la consumación de daños al medio ambiente²³⁵. *El principio de la precaución* – P. Prec., a su vez, es destacado por aquéllos que defienden su *estatus* de nuevo principio jurídico-ambiental, como un desarrollo y, principalmente, un refuerzo del P. Prev., cuyo fundamento sería, igualmente, la dificultad o imposibilidad de reparación de los daños ambientales.

Ana Carolina Nogueira entiende que la adopción del principio de la precaución como fundamento del Derecho Ambiental *“implica asumir valores y calidades éticas muy distintas a las dominantes en las sociedades occidentales contemporáneas, por lo que su efectiva aplicación ciertamente tendrá que enfrentarse con una cuestión cultural compleja y difícil de superar. Además, se refiere a los principios ambientales en general, especialmente al de la primacía del enfoque preventivo en el tratamiento de las cuestiones ambientales, a lo cual se liga directamente la idea de precaución. Dentro de los factores que rebasan tal problemática conviene subrayar, por un lado, el predominio de una postura ética de cuño antropocéntrico, individualista e intervencionista y, por otro lado, la relación del ser humano con la ciencia y la tecnología, caracterizada por la creencia en la infalibilidad del conocimiento científico y en la perpetuidad del progreso tecnológico”*²³⁶.

²³⁵ En este sentido, la temática serán objeto de un análisis más detenido en los siguientes capítulos. Destacamos ahora las aportaciones de autores como HERMAN BENJAMIN, Antônio, **Objetivos do direito ambiental**. En: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). **Anais... Congresso Internacional de Direito Ambiental**, 5, de 04 a 07 de junho de 2001: o futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: Imesp, 2001, p. 71, GOMES CANOTILHO, José Joaquim (Coord.) **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.p. 45. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios fundamentais do direito ambiental**. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 2, p. 50-76, abr./jun. 1996. p.61; MILARÉ, Edis. **Princípios fundamentais do direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, LEME MACHADO, Paulo Alfonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 60.

²³⁶ CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana Carolina. O Conteúdo Jurídico do Princípio de Precaução no Direito Ambiental Brasileiro. En: **10 Anos da ECO-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. pp. 285-286.

LEME MACHADO establece la distinción y delimita el campo de aplicación del P. Prec. al explicar que se distingue de la prevención por exigir una protección anticipada del medio ambiente; es decir, requiriendo la adopción de medidas en un momento anterior a la propia amenaza (o riesgo). Actuando en el universo de riesgos que muchas veces con frecuencia son probables, la precaución surge como una especie de orientación preventiva para los casos de incertidumbre²³⁷.

En su estudio exhaustivo, Ana Carolina Casagrande Nogueira hace referencia a diversas fuentes doctrinales: "*Leite y Ayala establecen la distinción entre riesgo y peligro, que reputan esencial para la comprensión del círculo de aplicación propio de cada principio. Aclaran que 'en las dos especies de principios, está presente el elemento de riesgo, pero bajo configuraciones diferenciadas. Sin embargo, si semánticamente se pretende unificar las categorías de riesgo y de peligro, se puede considerar (...) que el principio de la prevención se da en relación al peligro concreto, ya que, tratándose del principio de la precaución la prevención estará dirigida a un peligro abstracto*"²³⁸.(grifo). En el mismo sentido, Kourilsky y Viney explican que el peligro es aquello que 'amenaza o compromete la seguridad, la existencia, de una persona o de una cosa', mientras que el riesgo es un 'peligro eventual más o menos previsible'²³⁹. La distinción entre riesgo potencial (hipotético o incierto) y riesgo confirmado (conocido, cierto o probado) funda la distinción paralela entre precaución y prevención"²⁴⁰.

²³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 50-52.

²³⁸ CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana Carolina. *op. cit.*, p.290. Los autores ahora citados por la autora ponen de manifiesto la distinción en el sentido de establecer que el principio de la prevención implica la adopción de otras medidas protectoras para una actividad que recididamente pueda ser peligrosa, mientras que el principio de la precaución incidiría en la hipótesis de aún no haber sido integralmente demostrado.

²³⁹ En este sentido ver LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck Araújo (de). **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária (no prelo). p. 58.

²⁴⁰ KOURILSKY, Philippe y VINEY, Geneviève, **Le principe de precaution: rapport au Premier Ministre** (15 Octobre 1999). Paris: Odile Jacob, La Documentation Française, 2000. Disponible en: <http://www.ladoCFBBran-caise.gouv.fr/BRP/004000402/000.pdf>. Acceso el: 13 de enero de 2001. p.11.

El P. Prev. está vinculado al riesgo de daño que resulta de informaciones precisas acerca del riesgo de la actividad que efectivamente sea peligrosa (no potencialmente peligrosa), pues el objetivo es la prohibición de la repetición de la actividad que es notoriamente peligrosa, evitando el denominado riesgo de daño. El P. Prec. está vinculado al riesgo de peligro; es decir, su aplicación incidiría en lo que se refiere a la hipótesis de riesgo potencial, en un denominado riesgo potencial que no haya podido ser integralmente demostrado y del que resulta poco posible su cuantificación en términos de extensión y efectos en razón de la insuficiencia o carácter no conclusivo de los datos científicos disponibles, así como por la incertidumbre científica derivada de los riesgos de tomar una iniciativa.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo teórico de la doctrina, hay que reconocer que esta distinción puede ser considerada débil, implicando distintos planteamientos. Si los fundamentos de la precaución son los mismos que los de la prevención y la misma conlleva igualmente la adopción de medidas destinadas a evitar que se ocasionen daños, habrá que considerar entonces que el principio de la precaución se inscribe en el principio de la prevención. Aunque se admita que se trate de principios distintos, es innegable que las nociones de ambos principios tienen fundamentos y objetivos muy próximos, apreciándose la adopción de medidas de naturaleza similar, motivo por el cual, en el caso de aplicación de casos concretos, no siempre será fácil identificar cuál es el principio que deba de aplicarse. Por consiguiente, *a priori*, podemos concluir que la utilización de uno u otro podría acarrear consecuencias distintas.

En este sentido, se observa que los términos se emplean de diferentes maneras y no se descarta la posible diferencia entre las expresiones. En la presente investigación se adopta la terminología de principio de la prevención como fórmula más simple, dado que prevención, por su carácter genérico, engloba el término precaución, de carácter más específico.

De ahí que la relevancia del PPrev. (*lato sensu*) deriva de las características peculiares de los propios daños ambientales (de difícil comprobación científico-jurídica) y la consecuente imposibilidad de restablecer el *status quo ante*²⁴¹. Deriva de una destacada (auto)observación proporcionada por la dogmática jurídica en el sentido de asumir y presuponer la propia limitación del sistema jurídico en sus relaciones con el medio ambiente. Por tanto, se oculta la paradoja según la cual tradicionalmente el Derecho se orienta hacia el pasado. Cuando se tratan las cuestiones inherentes al medio ambiente, resulta necesario vincularlas y programarlas con relación a las innumerables posibilidades de futuro. En este sentido, GOMEZ CANOTILHO apunta que, “*La aplicación del principio de la prevención implica la adopción de medidas antes de que pueda producirse un daño concreto cuyo origen es conocido, con el fin de evitar la constatación de nuevos daños o, al menos, de disminuir significativamente sus efectos*”²⁴².

No se puede olvidar que el P. Prev., objeto de estudio, está vinculado a otros diversos principios como los PDS, aunque las medidas preventivas tengan como objetivo garantizar que el desarrollo responda a las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de las futuras generaciones de poder atender a sus propias necesidades. Así, del citado principio resulta al Estado la obligación *erga omnes* – Principio Obligatoriedad de la Intervención Estatal - de identificar e inventariar las especies animales y vegetales de sus territorios, tanto para la conservación de la naturaleza e identificación de las fuentes contaminantes del agua y del aire como para el control de contaminación; identificar e inventariar los ecosistemas con la elaboración de mapas geológicos; elaborar planificaciones ambientales y económicas integradas; proyectar un ordenamiento territorial ambiental para la evaluación de la aptitud de las áreas; definir y desarrollar estudios de impacto ambiental. También, existe una estrecha vinculación con el *Principio del Contaminador-Usuario-Pagador* (PCP), que examinaremos seguidamente.

²⁴¹ LEME MACHADO, Paulo Affonso, en la *op. cit.*, p.35, sintetiza la doctrina al enseñar que la perspectiva preventiva, valorada por el sistema jurídico a partir de la inserción de este principio, se inicia con la constatación de que, técnicamente, los daños ambientales son de difícil, sino de imposible, reparación. Cuando ésta se hace posible, es excesivamente gravosa, realizándose por este motivo, la orientación jurídico-ambiental para que se “*prevea y prevenga*”.

²⁴² GOMES CANOTILHO, José Joaquim (Coord.). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. p. 45.

Se observa, también, que el P. Prev. fue contemplado por la Declaración de Rio de Janeiro, con el Principio de N. 15, que presenta el siguiente tenor: *“Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de riscos de danos graves e irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”*²⁴³. La citada redacción fue adoptada con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en 1.992, según la cual *“de modo que se proteja al medio ambiente, el principio de la precaución debe ser observado ampliamente por los Estados, de acuerdo con sus capacidades. Cuando haya amenaza de daños serios o irreversibles, la falta de absoluta certeza científica no debe ser utilizada como razón para aplazar medidas eficaces y económicamente dirigidas a prevenir la degradación ambiental”*²⁴⁴.

La concepción del P. Prev. resulta de la importancia que el mismo representa en el estudio del Derecho Ambiental, principalmente cuando se parte de la premisa de que, en la mayoría de los casos, no hay posibilidad de recuperación plena del daño ambiental pues, técnicamente, los daños son irreversibles e irreparables.

Así, Maria Alexandra Aragão²⁴⁵ afirma que el principio proviene de una idea de ponderación ecológica de bienes e interés y, en el caso de que pueda haber dudas sobre la posibilidad de que una cierta actividad pueda provocar daños al ambiente, o sobre la adecuación de los medios para la protección del ambiente, principalmente en las actividades peligrosas, se aplicará el denominado *in dubio pro ambiente*, aplicándose el Principio de la Prevención aun cuando no existan pruebas científicas de la existencia del daño ambiental

²⁴³CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, p.261.

²⁴⁴ CFB. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Meio Ambiente. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**: informe de la delegación brasileña. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993. (Colección Documentos de la Diplomacia Brasileña).

²⁴⁵ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra. **O princípio do poluidor-pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 154.

o de la necesidad de la adopción de medidas más rigurosas de protección del ambiente, siempre que no resulten inverosímiles.

La preocupación preventiva tiene como fundamento la responsabilidad de la preservación ambiental. Por tanto, el principio se sitúa en un momento anterior al de que se produzca la lesión, motivo por el cual la dogmática jurídica pretende instrumentalizar el Derecho con el fin lograr que el riesgo sea el mínimo.

2.3.2.7 Del Principio Contaminador- Usuario-Pagador

Precisamente la búsqueda del mínimo riesgo posible, resulta de vital importancia para el desarrollo de toda la política ambiental, y de la presente temática, el estudio del *Principio Contaminador-Usuario-Pagador* (PCUP), sobre lo cual transitan los demás principios, explicados anteriormente.

El PCUP ya existía desde hace tres décadas; sin embargo fue en 1972, cuando se formuló en la Recomendación del Consejo sobre Principios Orientadores Relativos a los Aspectos Económicos Internacionales de las Políticas Internacionales, del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para, posteriormente, ser acogido también en los principales tratados de Derecho Internacional en materia de medio ambiente.

Para la OCDE, *“El principio que se usa para afectar los costes de las medidas de prevención y control de la contaminación, para estimular la utilización racional de los recursos ambientales escasos y para evitar distorsiones del comercio y de la inversión internacionales, es el Principio del Contaminador- Pagador”*. Así, el PCUP trataba de obligar a los agentes de la degradación ambiental a cargar con los costes necesarios para que se alcanzasen determinados niveles de calidad del medio ambiente²⁴⁶.

²⁴⁶ MOTA, José Aroudo. **A Valoração de Ativos como Subsídios a Decisão Política**. Centro de Desenvolvimento Sustentável Brasília: UNB, 2000, p. 131.

En 1972, el Principio fue ratificado en la Conferencia de Estocolmo que incorporó la cuestión del PCUP, resaltando la importancia de desarrollar el derecho internacional de modo que pudieran indemnizarse a las víctimas de la degradación, disponiendo en su principio 22²⁴⁷: *“Los Estados deben cooperar desarrollando el derecho internacional, en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales, en el sentido de que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados, puedan causar a las zonas situadas fuera de su jurisdicción”* ²⁴⁸.

El Principio fue ratificado en la Declaración de Río, en 1992, a través del Principio 16 que prevé: *“Teniendo presente que el contaminador debe en principio, hacerse cargo del coste derivado de la contaminación, las autoridades nacionales deben tratar de asegurar la internacionalización de los costes ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de quien contamina deba, en principio, hacerse cargo de los costes de la contaminación y considerando, asimismo, el interés público y sin alterar el comercio y las inversiones internacionales”*²⁴⁹.

Resulta necesario detallar el principio objeto de estudio. En un primer momento, el PCUP parece que impone el pago de un valor al contaminador para que, en contrapartida, le sea concedido el derecho de contaminar, en una especie de autorización de concesión para contaminar²⁵⁰. Sin embargo, el

²⁴⁷ El PCP integra el derecho positivo brasileño desde hace más de dos décadas, representando un gran avance en la protección del medio ambiente, ya sea por su carácter reparativo y represivo, ya sea por su efecto preventivo. Así el entendimiento emergido en la Conferencia de Estocolmo fue adoptado por el ordenamiento jurídico brasileño con el advenimiento de la Ley 6.938/81, mediante la redacción del artículo 4.: *“La imposición, al contaminador y al predador, de la obligación de recuperar y/o indemnizar los daños causados”*. En la citada ley, el art. 14 también prevé: *“Es obligado el contaminador, independientemente de existencia de culpa, a indemnizar o reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros, afectados por su actividad”*.

La ley 6.938/81 fue también acogida por la CFB/88 que consagró el principio al establecer en su artículo 225, par. 3. que *“Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente someterán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a las sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados”*. PAIM ABREU FILHO, Nylson (de), *op. cit.*, p. 97.

²⁴⁸CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op.cit.*, p.255.

²⁴⁹ *Idem. Ibidem.* p.261.

²⁵⁰ El principio no puede ser confundido con una autorización de ‘pagar para poder contaminar’. Conclusión ésta que deriva de una observación del sistema jurídico brasileño,

principio tiene otra concepción, revelando una óptica preventiva y, paralelamente, represiva, estableciendo que el causador de la contaminación y de la degradación de los recursos naturales debe ser el responsable principal por las consecuencias de su acción u omisión. El PCUP tiene por objetivo el de imputar al contaminador el coste social de la degradación generada por el mismo, creando un mecanismo de responsabilidad por el daño ambiental no solamente sobre bienes y personas, sino sobre toda la naturaleza.

Paulo Alfonso Leme Machado advierte que la aplicación de este principio no constituye una forma de castigo: *“El principio usuario-pagador no es un castigo, pues aunque no exista ilegalidad en el comportamiento del pagador, se puede implantar. Para hacer obligatorio el pago por el uso del recurso o por su contaminación no hay necesidad de probar que el usuario y el contaminador estén cometiendo faltas o infracciones. El órgano que pretenda recibir el pago debe probar el efectivo uso del recurso ambiental o su contaminación. **La existencia de autorización administrativa para contaminar, según las normas de emisión que son regularmente fijadas, no exime al contaminador de pagar por la contaminación que haya efectuado**²⁵¹”* (grifo).

El PCUP debe ser entendido como un recurso económico utilizado para que el degradador se haga cargo de los costes de la actividad contaminante; es decir, para que se produzca la internalización de las externalidades. Se deben censurar todos los gastos relativos a las medidas tomadas por los poderes públicos, para que el medio ambiente permanezca en un estado aceptable. Es decir, los costes de estas medidas deben ser repercutidos en los costes de los bienes y servicios que dan origen a la contaminación en función de su producción y/o consumo²⁵².

puesto que la degradación ambiental es considerada como crimen en la Ley de los Crímenes Ambientales (Ley nr. 9.605/98) y delito civil en la Ley nr. 6.938/81, además de las disposiciones constitucionales, términos en que el medio ambiente es un bien de uso común del pueblo, sin la posibilidad de una apropiación legítima privada, pues lesionaría un bien de todos.

²⁵¹LEME MACHADO, Paulo Affonso. *op. cit.*, p. 52.

²⁵² Se entiende por externalidades los efectos de las relaciones individuales y colectivas, provenientes de todo aquello que es producido a partir del poder de manipulación y

El principio presenta una multifuncionalidad pues además de absorber la función correctiva de reponer e indemnizar, también tiene como objetivo una significativa función preventiva, que resulta fundamental en términos de tutela del medio ambiente y en razón de la irreparabilidad de los daños y riesgos ecológicos. En la estructura de este principio resulta una distinción entre el principio de la prevención y el de la responsabilización o reparación, cuya incidencia es *post factum*, presentando esta doble dimensión que le confiere identidad y sentido. Para GOMES CANOTILHO, el PCP es tan relevante para sentar las bases del Derecho Ambiental que está en la génesis del P.Prev. y del potencial contaminador, pues efectúa una “*prevención dinámica*”²⁵³.

La reparación de los daños causados adquiere carácter de responsabilidad civil (objeto de investigación en la presente Tesis Doctoral), penal y administrativa y, en este sentido, hay que reforzar lo que resulta relevante para la temática “del análisis del principio bajo la óptica preventiva”, fundamentada en la integración de la política ambiental y en las otras políticas, mediante la evaluación del impacto ambiental en diversos proyectos singulares.

Para GOMES CANOTILHO, esta dimensión preventiva comporta tres variantes: la jurídico-administrativa, la de compensación de daños, y la de internalización de externalidades²⁵⁴. La primera se constituye por normas administrativas reguladoras del ambiente, según las cuales el agente causante de daños ambientales tiene la obligación de actuar dentro de los límites jurídicamente previstos²⁵⁵. GOMES CANOTILHO sugiere una aceleración de

transformación del hombre y que afectan a toda la sociedad y al medio, independientemente de que esta colectividad haya o no participado en el proceso que generó los resultados, vinculando a todos, incluso cuando provenga de proceso privado.

²⁵³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Público do Ambiente**: Direito Constitucional e Direito Administrativo. *Mimeo* do polígrafo das aulas de Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente do Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA (Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente) e a Faculdade de Direito de Coimbra, ano de 1995/1996. pp. 42 e 44.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*. pp. 42-44.

²⁵⁵ WINTER DE CARVALHO, Délton. A Proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 6, n. 24, out. 2001, pp.144-145 recuerda que esta especie de variante, se puede ilustrar con los patrones de emisiones permitidos por el Poder Público, la imposición por el Poder Público de que las actividades que generan o puedan generar algún tipo de riesgo ambiental tengan la liberación del área, de

estos procedimientos jurídico-administrativos para que acompañen lo que denomina “*tiempo ambiental*”²⁵⁶.

La compensación de daños como segunda variante de la dimensión preventiva consiste en el hecho de que la responsabilización no debe limitarse a la censura de los costes de la corrección y recuperación, debiendo extenderse la compensación financiera de daños ecológicos al agente causador del daño, incluso cuando se hayan cumplido los preceptos administrativos que establezcan los deberes de cuidado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente.

Por último, la tercera variante está basada en la obligación del agente contaminador de pagar una tasa por la utilización de los escasos recursos ambientales, evitando un enriquecimiento ilegítimo sobre bienes de uso común e implicando una especie de sub-principio que es denominado por algunos como el principio del usuario pagador²⁵⁷.

La aplicación del principio “quien contamina paga” es explicada por Giovanni Cordini: *“Por tanto, parece lógico considerarlo tanto como un criterio para la valoración económica de la protección del ambiente, según parámetros de eficiencia que posibilitan establecer los costes y los beneficios de cada intervención, como una base jurídica para determinar una ‘responsabilidad’ a cargo de aquél que contamina”*²⁵⁸.

Lucía Catalá²⁵⁹ proporciona elementos para estudiar la naturaleza jurídica del principio, entendiendo que el PCP es una directiva de orden

instalación y de operación condicionadas a licencias (como ocurre en el Estado de Rio Grande do Sul, Brasil, conforme a la previsión de su respectivo Código Estadual del Medio Ambiente, artículo 56.

²⁵⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Constituição e ‘Tempo Ambiental’. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente**, n.2, Ano 2, pp. 9-14, 1999. p.13.

²⁵⁷ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *op. cit.*, p.47.

²⁵⁸ CORDINI, Giovanni. O Ambiente no Direito da União Européia. **Revista do Tribunal Federal da 4**. Porto Alegre, ano 8, n. 28, 1997. p.371. El autor cita los párrafos 2. y 3. del art. 130R del Acto Único Europeo que, en 1987, que modificó los tratados internacionales, a los cuales han sido añadidas normas importantes en lo que concierne la tutela ambiental.

²⁵⁹ GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Danos al Médio Ambiente**. Navarro: Aranzadi Editorial, 1998. p. 95.

económico superior a un principio jurídico; en el mismo sentido Gilles Martin apunta que el principio tiene naturaleza directa y carácter de principio general del Derecho, lo que permitirá una aplicación independiente de la existencia de una norma.

Para Maria Alexandra Aragão, el principio tiene su origen en un principio económico y, actualmente, es un principio de orden público ecológico, *“típico del Estado Social que obliga a crear normas que alteren la ordenación espontánea de valores que se genera a través de las reglas del mercado (ordenación ésta que redundará en el sometimiento de la parte más débil a la más fuerte) contribuyendo así a alcanzar el bienestar y la justicia social”*²⁶⁰. Más adelante, la autora continúa apuntando que, en virtud de haber sido positivado en la Comunidad Europea, el principio del contaminador-usuario-pagador asume el carácter de imposición legiferante y de criterio orientador del contenido de las normas.

DÍAZ, al tratar la aplicación del PCP en la Comunidad Europea, afirma que, *“Con respecto a todos los principios consagrados por el Derecho comunitario, en lo que se refiere al tema que ahora nos ocupa, es decir, la protección fiscal del medio ambiente, lo más importante es el principio de que ‘quien contamina paga’. Tratando de dotar de contenido a este precepto podemos señalar que, en su faceta de resarcimiento, exige la internacionalización de los costes derivados de la contaminación. Es decir, que los sujetos que generan los efectos contaminantes deben asumir los costes necesarios para solucionar los daños causados al medio ambiente. **Pero, al mismo tiempo, este principio debe responder también al espíritu preventivo**, en relación a la conservación efectiva del medio ambiente. Desde esta perspectiva, que debe ser el núcleo esencial del principio, justificaría la adopción de medidas tendentes a desincentivar actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente”*²⁶¹ (grifo).

²⁶⁰ SOUZA ARAGÃO, Maria Alexandra. *op. cit.*, pp.212-213.

²⁶¹ LÓPEZ DÍAZ, Antonio. **Las Modalidades de la Fiscalidad Ambiental**: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. v.1, p. 17.

Como tendremos ocasión de analizar en el tercer Capítulo, la responsabilidad civil ambiental se integra en el PCP, pues tiene un concepto más amplio y porque potencia una perspectiva más profunda y, principalmente, preventiva. De esta manera, además de prever el vínculo y la responsabilidad de los agentes agresores al medio ambiente, redistribuyendo los costes de la contaminación, el principio consagra la función preventiva en el sentido de que vincula la utilización de recursos naturales, ya sea a través del pago de tasas u otros recursos *a priori* o, también, mediante el ejercicio de la función preventiva y pedagógica de la responsabilidad civil objetiva (es decir, además de su función correctiva, que es tradicional), en un ajuste de actividades potencialmente contaminantes²⁶².

La dimensión preventiva del citado principio, así como la propia dimensión preventiva de la responsabilización, se acaba verificando por la propia amenaza que supone, como es el caso de la responsabilidad civil y sus consecuencias de internalización de los costes de contaminación del medio ambiente. Sin embargo, la propia función correctiva, resultante de la incidencia de la responsabilidad civil objetiva, también tiene una función preventiva y pedagógica de internalización de costes y ajustes en lo que se refiere a la práctica de actividades potencialmente contaminantes.

Cabe observar que la efectiva prevención ambiental requiere la viabilidad de los otros principios, antes examinados. En este sentido, ya hay que reconocer que la sociedad contemporánea ha fomentado la utilización de instrumentos preventivos, como el Estudio de Impacto Ambiental-EIA, la utilización de la ISO14.000, sellos verdes, entre otros. Por consiguiente, y en conformidad con el contenido del Principio 16 de la ECO-Rio/92 y de las variantes de la dimensión preventiva, el PCP se fundamenta en la teoría económica que afirma que las externalidades deben ser internalizadas al proceso productivo, dado que en este proceso, además de los productos que deben comercializarse, son producidas externalidades, tratando de corregir este fallo de mercado añadido a la sociedad e imponiendo su internalización. En esta óptica, se destaca el contenido del capítulo II de la presente investigación.

²⁶² GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 93.

En relación al contenido del próximo capítulo, es notorio que la incidencia de todos los principios ahora explicados y las consecuentes cuestiones ambientales han presentado una considerable gama de discusiones en las más diversas áreas del conocimiento. Y, en la línea jurídica, esta cuestión se caracteriza por la problemática que supone encuadrar los problemas ambientales en un lenguaje jurídico y, por consiguiente, llegar a decisiones justas, principalmente en razón del carácter difuso que los daños ambientales presentan, de los persistentes obstáculos que deben solucionarse, provocando conflictos de intereses y, finalmente, por la cuestión del desarrollo económico *versus* conservación de los recursos naturales.

El derecho debe integrarse en el carácter interdisciplinar de la cuestión ambiental, incluso para implementar mejor los instrumentos de que dispone para su defensa, protección y reparación; el uso abusivo de los recursos naturales y el descuido de la conservación del medio ambiente se insertan en contextos sociales, económicos y políticos que no pueden ser despreciados en la elaboración jurídica de defensa de los intereses de la colectividad, tal y como analizaremos en el siguiente capítulo.

3 DERECHO Y SOCIEDAD DE RIESGO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PERSPECTIVA AMBIENTALISTA

3.1 Derecho y Medio Ambiente en la Sociedad de Riesgo

La protección del medio ambiente ha sido objeto de un considerable número de discusiones y debates provenientes de la más diversas áreas del conocimiento. Desde la perspectiva jurídica, a partir de la incidencia de las dimensiones de los derechos humanos en la *praxis* jurídica, surge la dificultad de incorporar los desafíos que derivan de la preservación ambiental y de un adecuado lenguaje jurídico, imprescindible para aspirar a decisiones justas, principalmente con respecto a la constatación del alcance de las decisiones procedentes del derecho ambiental en la necesaria perspectiva de la protección en el marco de la globalización.

Además, los juristas tienen la tendencia de estudiar el Derecho Ambiental como un bien antropocéntrico. Martine Rémond-Gouilloud, afirma que los juristas son, por su formación, antropocéntricos, y tienden a defender los intereses del hombre en sentido contrario al de la naturaleza, pues el

hombre es el único y verdadero sujeto de los derechos y si otros intereses parecen merecer protección es porque indirectamente están relacionados con el hombre. Sostiene también que no habrá progresos mientras el derecho siga presentándose como dividido, heterogéneo, estratificado y carente de líneas de fuerza capaces de suscitar la adhesión social, en la cual el Derecho Ambiental no puede contentarse con meras aproximaciones filosóficas y buenos sentimientos, necesitando estructurarse; es decir, haciendo valer sus principios y aceptando confrontarlos con las órdenes mejor establecidas, jerarquizando sus prioridades y coordinándolas²⁶³.

El Derecho Ambiental²⁶⁴, que a través de sus reglas y principios pretende configurar un medio ambiente equilibrado, presenta dos dificultades que deben analizarse y desarrollarse previamente para alcanzar mejor sus fines. En razón de la complejidad de la sociedad pos-moderna, que se caracteriza por la segmentación de sistemas funcionalmente diferenciados y que actúan mediante una racionalidad específica sin admitir intervenciones directas, se presenta como primera dificultad, bajo un óptica externa al Derecho, al hecho de que encuentran obstáculos al intentar utilizarlo como instrumento de cambio social.

²⁶³ RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. **El Derecho a Destruir** (Ensayo sobre el derecho del medio ambiente). Buenos Aires: Editora Losada, 1994, pp. 03-04.

²⁶⁴ En el presente trabajo se adopta preferentemente la expresión 'Derecho Ambiental', no obstante se reconoce el uso de la expresión 'Derecho Ecológico'. En favor de la primera expresión, se manifiesta una mayoría de doctrinas, destacando que tratamos aquí de especialistas con origen en diversos países. *Vid.* PETERS, Edson Luiz y TARSO LARA PIRES, Paulo de. **Manual de Direito Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2002. p.20, "*la expresión 'Medio Ambiente' no es una expresión jurídica propiamente dicha, sino proveniente de otras ciencias, especialmente de las ciencias naturales o biológicas, de la cual el Derecho se apropia, como hace con muchos otros términos*". Más adelante, apuntan los autores que, "*En sentido estricto, medio ambiente es el patrimonio natural, la naturaleza, considerada estática y dinámicamente; es decir, el conjunto de todos los seres vivos en sus relaciones entre sí y con los elementos que componen el planeta (corteza terrestre y atmósfera). Jurídicamente hablando, cuando el derecho recibió la preocupación ambiental, estableciendo valores jurídico-ambientales y estableciendo sanciones para toda persona física o jurídica que ofendiese tales reglas, trató más ampliamente del medio ambiente abarcando no solo la naturaleza o el medioambiente natural, sino también los bienes creados, construidos por la humanidad, pudiendo dividir el tratamiento jurídico en cuatro áreas: natural, cultura; artificial y laboral*". Además, se observa que esa denominación predomina en las diversas legislaciones, constitucionales e infraconstitucionales, en tratados internacionales, entre los varios estatutos que prefieren el uso de la expresión 'ambiental', como derivativo de 'ambiente', a la de 'ecológico'. Sin embargo, dejamos constancia de que los primeros jusambientalistas se inclinaron por el uso de la denominación 'Derecho Ecológico'.

La segunda dificultad, vista bajo una óptica interna de la ciencia jurídica, surge de la auto-referencia de las relaciones internas relativas al sistema del propio derecho, en la medida en que el paradigma tradicional instituye y posibilita una denominada protección jurídico-ambiental, sea de orden formal o técnica. Sin embargo, paralelamente, se muestra con instrumentos inapropiados para alcanzar dos destacados vértices del derecho ambiental contemporáneo; es decir, el de la óptica preventiva, que implica la no producción de riesgos, y el de la represiva, con respecto a casos de daños, ambos inherentes al instituto de la responsabilidad civil de que derivan, y al mismo tiempo producen, consecuencias subjetivas y transindividuales.

Lily R. Flah y Miriam Smayevsky ponen de manifiesto la preocupación por las circunstancias que afectan al caos ambiental al afirmar que: *“La materia ambiental – que es la que nos ocupa – propicia el abordaje específico de cada caso y no cree en la existencia de una crisis epistemológica, por tratarse del tipo de problemas que siempre han existido, aunque tomen nuevas formas en cada período. No obstante, considera que la crisis ambiental es mucho más severa que hace doscientos años, por razones de escala y en relación con la situación socio-económica, con el poder y la violencia. En consonancia, hay una ecología susceptible de convertirse en una fuerza política significativa, dentro de un marco más amplio, de análisis social y político y de proyectos de cambio. No es una fuerza en sí misma, pero las consideraciones ecológicas son consideraciones humanas y tienen que entrar en cualquier discusión razonable para saber qué mundo se desea legar a las generaciones futuras”*²⁶⁵.

Bajo la óptica externa, la (auto) descripción social se caracteriza por la revelación de una absoluta ignorancia sobre el enfoque central de las cuestiones ambientales, es decir, las relaciones resultantes del sistema social y todo su entorno medio ambiental, no siendo suficiente el conocimiento general de la colectividad sobre informaciones pertinentes al medio ambiente. En este sentido, el principio de la información (capítulo I) debe ser

²⁶⁵ FLAH, Lily R. y SMAYEVSKI, Miriam. Ecología: Desarrollo Sostenible y Desarrollo Sostenible. En: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (dir.). **Responsabilidad por Daño en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.p. 350.

considerado, en una primera escala, como aplicable a toda colectividad y, en una segunda escala, considerada de forma más exhaustiva, para los operadores del Derecho. En efecto, *“los debates acerca de la ecología (comunicación ecológica) solamente son posibles a la luz de la evolución del Sistema Social, pues la propia complejidad que engendra estas cuestiones necesita una teoría suficientemente abstracta y compleja como la Teoría de los Sistemas. Así, la evolución de la sociedad es la que permite la inserción de las cuestiones ecológicas en la comunicación social, habilitando los sistemas parciales para que produzcan sus resonancias a través de sus elementos funcionalmente específicos, en un proceso denominado de co-evolución entre estas diferentes dimensiones comunicacionales habidas dentro del Sistema Social (comunicación general)”²⁶⁶”.*

Dentro de este contexto, es posible afirmar que sólo mediante un análisis de este denominado sistema social es posible observar la complejidad pertinente a las relaciones resultantes entre la evolución de la sociedad y su consecuente abordaje sobre los riesgos y la producción de los daños ambientales. En este sentido, se inserta el pensamiento de CANOSA USERA, al escribir que, *“La relación entre sociedad y naturaleza se vuelve problemática y reclama la regulación jurídica conciliadora de los nuevos antagonismos. Y es que la quiebra entre los paradigmas sociales dominantes y la preservación de la naturaleza resulta no sólo evidente sino dramática”²⁶⁷”.*

Bajo el enfoque interno, el paradigma que fomenta, forma y moldea el Derecho Ambiental, se debilita a causa de las dificultades anteriormente mencionadas, sean en el(los) ámbito(s) externo(s) y/o en el interno(s), que implican el surgimiento de paradojas; es decir, impiden el desarrollo de los nuevos derechos en función de un paradigma ampliamente reconocido de la estructura del Derecho y de sus institutos, entre los cuales se estudia el de la responsabilidad civil, y en especial, el de la sociedad llamada de riesgo.

²⁶⁶ WINTER DE CARVALHO, Délton. **Assimilação dos Riscos Ecológicos pelo Direito ante uma Perspectiva Sistêmica**. Tesis de Maestría defendida en la ‘Universidade do Vale do Rio dos Sinos’, dirigida por Leonel Severo ROCHA. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. pp. 75-76.

²⁶⁷ CANOSA USERA, Raúl **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Ciudad Argentina, 2000. p.22.

Esta nueva sociedad (sociedad de riesgo)²⁶⁸, caracterizada por la velocidad de las informaciones y de los transportes, rompe con antiguos paradigmas y genera tensión entre la realidad social y el derecho: *“Con la evolución social, que se ha producido principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, se puso de manifiesto una sociedad masificada y veloz, a punto de romper con la noción tradicional de tiempo/espacio, y donde, influenciadas por la total preponderancia de la economía (neo) liberal, las relaciones sociales presentaron una transformación fundamental, que ocasionó una enorme tensión entre el sistema jurídico derivado de la modernidad y la realidad social. Las relaciones sociales, con el fenómeno de la Globalización, empezaron a caracterizarse por su complejidad, su contingencia y, también, por una masificación del número de agentes implicados y sus consecuencias globales, es decir, jurídicamente difusas”*^{269 270}.

En una sociedad globalizada, incluso con los beneficios que tal fenómeno presenta, se tiene, por otro lado, la universalización de los riesgos y de los daños, en la medida en que los efectos de las acciones humanas no pueden continuar siendo entendidos como susceptibles de delimitarse. Se hace necesario analizarlos en una perspectiva global, pues vivimos en una época en la que nuestra sociedad produce riesgos y daños que afectan, directa o indirectamente, a todo el planeta. En resumidas cuentas, se trata de una aldea global en que son compartidos los beneficios y los riesgos de esta

²⁶⁸ BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU on line**. Ano 6, n. 181, Sociedade do risco, de 22 de maio de 2006. p.4. Explica aquí que: *“Sociedad de riesgo’ significa que vivimos en un mundo fuera de control. No hay nada cierto además de la incertidumbre. Pero vamos a los detalles. El término ‘riesgo de los sentidos radicalmente diferentes. se aplica, en primer lugar, a un mundo gobernado enteramente por las leyes de la probabilidad, donde todo es conmensurable y calculable. Esta palabra también es comúnmente usada para referirse a incertidumbres no cuantificables, a ‘riesgos que no pueden ser medidos’. Cuando hablo de ‘sociedad de riesgo’, es en ese último sentido de incertidumbres fabricadas. Esas ‘verdaderas’ incertidumbres, reforzadas por rápidas innovaciones tecnológicas y respuestas sociales aceleradas, están creando un nuevo paisaje de riesgo global”*.

²⁶⁹ WINTER DE CARVALHO, Délton. A Proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 6, n. 24, out. 2001, p.194.

²⁷⁰ En ese sentido, proyectando el contenido que vamos a desarrollar en los capítulos III y IV, a continuación, debemos destacar la opinión de MORATO LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128. El autor, al examinar en la referida obra que los peligros de la sociedad industrializada y de riesgo han traído la necesidad de dar mayor protección a las víctimas por actos dañosos, al examinar la evolución de las especies de la responsabilidad civil, afirma que, *“De hecho, a partir del siglo XIX, en que los peligros industriales se volvieron de tal calado, los Estados empezaron a establecer la responsabilidad objetiva, es decir, por hechos lícitos”*.

realidad en la que se fabrican las incertidumbres. Ulrich Beck apunta que, “estas ‘verdaderas’ incertidumbres, reforzadas por rápidas innovaciones tecnológicas y respuestas sociales aceleradas, están creando un nuevo paisaje de riesgo global”. Más adelante, completa el autor: “En todas estas nuevas tecnologías inciertas de riesgo, estamos separados de la posibilidad y de los resultados por un océano de ignorancia (*not knowing*)”²⁷¹.

En este sentido, la internacionalización del Derecho Ambiental debe examinarse bajo la óptica de la globalización, conforme a lo estudiado en el capítulo anterior. SEVERO ROCHA, cuando examina el Derecho en el marco de la globalización, afirma que “*implica relacionarlo con la complejidad, con todos los procesos de diferenciación y regulación social que están surgiendo*”²⁷².

El crecimiento poblacional y la acción transformadora de la economía deben ser analizados como un conjunto donde la mayoría de los mercados exige un aumento de la explotación de los medios en relación al aumento del consumo. Es un círculo vicioso, una relación de causas y efectos de gran complejidad que da lugar a que la sociedad pos-moderna sea cada vez más una sociedad de riesgo²⁷³.

²⁷¹ BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas**, en entrevista concedida a la Revista del IHU. *op. cit.*, p.4. En la misma entrevista, en la p.5, el autor afirma: “En la velocidad de su desarrollo tecnológico, el mundo moderno aumenta la diferencia global entre el lenguaje de riesgos cuantificables en el cual pensamos y actuamos, y el mundo de inseguridad cuantificable que igualmente creamos. Con nuestras decisiones pasadas sobre energía atómica y nuestras decisiones presentes sobre el uso de tecnología genética, genética humana, nanotecnología y ciencia informática, desencadenamos consecuencias impredecibles, incontrolables y ciertamente hasta incomunicables que amenazan la vida en la Tierra”.

²⁷² SEVERO ROCHA, Leonel. **Epistemología Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p.185.

²⁷³ En la obra que trata de la ya citada sociedad de riesgo, Ulrich Beck apunta que, “en la modernidad, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos”, reflejando propiamente la idea que deseo transmitir en la presente investigación. Según el autor arriba citado, el concepto de *sociedad industrial o de clases* (en el sentido más amplio de Marx y Weber) gira en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la riqueza producida socialmente de una manera desigual y al mismo tiempo “legítima”. Esto coincide con el nuevo paradigma de la sociedad de riesgo, que en su núcleo reposa sobre la solución de un problema similar y, al mismo tiempo, totalmente diferente. Como se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se hayan producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos donde hayan visto la luz del mundo en la figura de “efectos secundarios latentes”, de tal modo

Se presentan nuevos desafíos y las antiguas fórmulas (paradigmas) ya no solucionan adecuadamente los conflictos que resultan de esta nueva realidad pos-moderna. El ambiente social es extremadamente complejo y contingente, exigiendo respuestas que los modelos anteriores ya no poseen. En esta óptica, paralelamente debe recordarse también el factor tiempo. SEVERO ROCHA escribe que, *“En la pos-modernidad, la sociedad pasa a tener una noción de tiempo instantánea, una noción de tiempo rápida, una noción de tiempo manifestada por los medios de comunicación, por la informática y por Internet, y los juristas continúan con el texto escrito, con el Código, en la Constitución. Es decir, hay un desfase intenso entre la noción de tiempo, la noción de sociedad en la dogmática jurídica y lo que es hoy sociedad. Así, hay un terrible paralelismo temporal, pues los juristas programan normas para que duren años, y aquellas duran, a veces, sólo días”*²⁷⁴.

El Derecho Ambiental, concretamente, en cuanto instrumento que se propone solucionar los conflictos que derivan de la explotación y de la degradación ambiental, encuentra un desafío extremadamente difícil en tal realidad, puesto que el Derecho (sistema parcial insertado en el ambiente social) se basa en matrices dirigidas al pasado, es decir, que no se orientan a proteger el ambiente en una perspectiva de futuro (principio de la prevención, estudiado en el capítulo I del presente trabajo). Esta preocupación por la

que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo “soportable” (ecológica, médica, psicológica, social). La propia expresión de riesgo modifica su significado conforme a la época y situación en la que es aplicada. En la Edad Media, por ejemplo, se hablaba de riesgo en el sentido de manifiesta industrialización y producción de riqueza, claramente lo más importante para el señor feudal. El riesgo se contrastaba con la valentía, al nivel de coraje y aventura del ciudadano. En nuestros días, sin embargo, el riesgo se interpreta, entre otras diversas posibilidades, como la posible autodestrucción de la Tierra. Los riesgos de épocas pasadas eran, por así decir, perceptibles a los sentidos, es decir, no eran complejos como los de hoy, ya que éstos sobrepasan el conocimiento común y se describen con mayores detalles y solamente son perceptibles si se realiza un estudio técnico-científico de la cuestión. El autor alemán les define como *“un producto global de la maquinaria del progreso industrial y se agudizan sistemáticamente con su ulterior desarrollo”*.

En consonancia con la interpretación del presente estudio, apunta BECK *“Sin embargo, llama la atención que en aquél tiempo, a diferencia de hoy, los peligros atacaban a la nariz o a los ojos, es decir, eran perceptibles mediante los sentidos, mientras que los riesgos de la civilización actual se sustraen a la percepción y más bien residen en la esfera de las fórmulas químico-físicas (por ejemplo, los elementos tóxicos en los alimentos, la amenaza nuclear)*. BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25.

²⁷⁴ SEVERO ROCHA, Leonel Severo. *op. cit.*, p. 197.

protección del medio ambiente viene adquiriendo una importancia cada vez mayor para la Humanidad como un todo, en la medida en que la técnica se desarrolla rápidamente para acompañar el no menos rápido incremento de la población global y todas las necesidades y demandas de este proceso.

La economía (otro sistema parcial) o actividad económica, es el agente que organiza y transforma estas necesidades cada vez mayores y más complejas de consumo, en productos. Para llegar a tal nivel de servicio de las necesidades que se presentan (y que son producidas por la economía para su propio mantenimiento), son necesarios los innumerables procesos de explotación y transformación de las materias primas en bienes para el consumo.

Esta actividad económica que explota y transforma en escalas cada vez mayores los recursos naturales, exponen el ambiente social a riesgos inherentes a la propia actividad y que necesitan ser sometidos al control por el Derecho. Ramón Martín Mateo escribe que, *"El creciente dominio de las fuerzas naturales por parte del hombre con respecto a una tecnología que no permite un control de la actuación sobre la naturaleza, hace surgir efectivamente riesgos que son inherentes a las modalidades de producción y que escapan a la posibilidad de su previsión"*²⁷⁵.

Estos riesgos inherentes a la actividad económica no pueden ser apartados del todo. Con la defensa de alternativas para el control de estos riesgos, no se pretende impedir la actividad económica o restringirla a tal punto que los riesgos para el medio ambiente desaparezcan, incluso porque tal alternativa sería totalmente impracticable en el contexto actual. Es preciso, eso sí, responder a esta realidad con instrumentos jurídicos capaces de cumplir el papel de protectores de los derechos de las generaciones futuras, en consonancia con el principio del desarrollo sostenible.

Resulta imprescindible la correcta comprensión acerca del riesgo, ya que actualmente se vive y se reproduce una sociedad de riesgo que legará a

²⁷⁵ MARTÍN MATEO, Ramón. **Derecho ambiental**. Madrid: Maribel, 1997. p.111.

las generaciones futuras (derecho intergeneracional) consecuencias irreversibles de las decisiones que se adopten en la actualidad. La tecnociencia moderna podrá traer efectos que no compensarán la explotación del medio ambiente.

Deben estudiarse las definiciones sobre peligro y riesgo para llegar a una correcta comprensión del tema así como la incidencia sobre la necesidad de precaución en relación a la incertidumbre científica. Peligro: potencial para causar daño, es decir, cuando determinadas circunstancias pueden causar daño. Riesgo: combinación de la probabilidad de producirse un determinado peligro. Con el fin de ilustrar estas definiciones, se ha recordado que los ácidos pueden ser corrosivos o irritantes para los seres humanos y este es el peligro asociado al producto químico. El riesgo del ácido de irritar la piel o tener un efecto corrosivo será determinado por la probabilidad de que, en circunstancias específicas, provoque realmente un nivel de daño concreto. Si la persona va a tener contacto sólo con el ácido después de que el producto haya sido diluido en concentraciones menores, el riesgo de sufrir irritación de la piel será mínimo, sin embargo el peligro inherente a las propiedades del ácido no habrá variado. De la misma forma, en su valoración, permanecen las condiciones de incertidumbre aun cuando se intenten reducir o suprimir los agentes de riesgo, salvo si la ciencia prueba con absoluta certeza su inocuidad. En consonancia con la diferencia analizada, se hace necesario comprender que, *“riesgo es la polaridad positiva de la forma riesgo/peligro. El primer aspecto de esta distinción es todo aquello que no es cierto ni imposible, dando margen a distinciones subsiguientes, como probabilidad e improbabilidad. El riesgo es una modalidad de relación con el futuro: es una forma de determinación de las indeterminaciones según la diferencia de probabilidad/improbabilidad. El riesgo deriva de una toma de decisión, consistiendo siempre en un elemento interno al sistema, al mismo tiempo que el peligro deriva de la perspectiva del agente pasivo o de la víctima (persona o sistema), ocasionando frustraciones por eventos exteriores. Las acciones sociales, cada vez más, detienen la posibilidad de ocasionar situaciones*

indeseadas e impredecibles, motivo que demuestra la importancia de una inserción de esta forma en la teoría jurídica pos-moderna”²⁷⁶.

El resultado de toda la tecnología desarrollada por el hombre es una gran fuente de riesgo ambiental. La velocidad de desarrollo y aplicación de estas tecnologías acompaña el ritmo de la globalización, es decir, las demandas y el consumo aumentan, llevando al mercado de consumo elementos que aún no han sido debidamente valorados científicamente.

La acción de la economía es tan rápida, que muchos de los productos procedentes de su constante búsqueda por nuevas “necesidades” aún no pueden ser considerados seguros para el hombre y para la naturaleza como un todo, tal como sucede con el consumo de alimentos transgénicos: la incertidumbre científica incrementa el riesgo y exige posturas que resultan del principio de la prevención. Para trabajar con cuestiones modernas, recordemos que las formas de pensamiento de la modernidad están agotadas y el Estado ya no se encuentra en el centro del sistema social²⁷⁷. Por tanto, resulta necesario que las tomas de decisiones jurídicas sean confeccionadas en un contexto doble de racionalidad, en el cual el Juez debe decidir según el derecho tradicional, consubstanciado en el principio de la legalidad que implica un cierre operacional, y, simultáneamente, con la apertura del sistema al horizonte futuro – programación finalística (riesgo). Así, es necesaria una racionalidad jurídica de repetición de decisiones anteriores, de una cierta legalidad y, al mismo tiempo, de toma de decisiones más sociales, tomando en consideración el medio ambiente, la vida digna, es decir, las necesidades de las futuras generaciones, en una apertura cognoscitiva (observaciones del sistema con relación a su entorno intra o extra-social). El derecho, en cuanto ciencia, también es resultado de la acción humana y se revela como el más importante instrumento de control del riesgo agresión y destrucción del medio ambiente.

²⁷⁶ WINTER DE CARVALHO, Délton. **Ecologização do Direito**: Racionalidade reflexiva do risco. Passo Fundo: UPF, 2003. pp. 85-86.

²⁷⁷ Sobre la posición del Estado, SEVERO ROCHA, Leonel, recuerda la perspectiva de globalización y escribe que, “cuando se ingresa en una nueva forma de sociedad globalizada, que también se podría denominar transnacionalizada, o posmoderna, el problema es el hecho de que cualquier perspectiva más racionalista ligada al normativismo y al Estado se convierte en extremadamente limitada”. *op. cit.*, p.186.

La “teoría del riesgo” atribuye al derecho la necesidad de la toma de decisiones²⁷⁸ que se reflejan en el futuro a través de las (auto) observaciones constructivas, fundándose estas decisiones no solamente en una perspectiva ya remota, sino también sobre la valoración de probabilidades e improbabilidades de los efectos que determinadas acciones puedan venir a tener en el futuro²⁷⁹.

La toma de una actitud de precaución frente a los riesgos que la incertidumbre científica presenta, así como la correcta valoración de estos riesgos, es fundamental en la tarea de preservación del medio ambiente así como en la incidencia del principio del desarrollo sostenible: *“Ciertamente los daños consecuentes de la explosión de un reactor nuclear no son de la misma dimensión que los que resultan de la difusión de alimentos transgénicos tal como el maíz; sin embargo, en los dos casos los ‘gestores del riesgo’ intentan manipular a las personas de manera análoga. Frente a ello, simplemente no es serio afirmar que estamos en condiciones de valorar los riesgos de modo confiable; la situación es de incertidumbre y la actitud racional debería ser de gran precaución”*²⁸⁰.

Después de una evolución de menos de cuarenta años de un efectivo estudio del Derecho Ambiental, hay que reconocer que, para las calidades jurídicas, se trata de un período considerado extremadamente breve para las calidades jurídicas, pero suficiente para *“diferenciar en los derechos ambientales verdades auto-evidentes, para las cuales sería superfluo o innecesario buscar subsidios dogmáticos o explicación teórica. Cuanto más procedemos así, más terminamos, sin querer, por condenar tales derechos, de*

²⁷⁸ Cuando se ocupa de la expresión ‘decisión’, SEVERO ROCHA escribe que: *“se hace necesaria una Sociología del Derecho dirigida a los procesos de toma de decisión. Tomar una decisión no es algo tan simple y; además, es preciso definir lo que es una decisión. En efecto, decidir es optar por la producción de una diferencia. El énfasis en la decisión supera la dicotomía entre la teoría y la práctica. Toda decisión implica un procedimiento reflexivo de elección que se inicia en la posibilidad teórica y se encamina hacia una actitud pragmática del hacer”* (SEVERO ROCHA, Leonel. *op. cit.*, p. 188).

²⁷⁹ Sin considerar el riesgo, existe la posibilidad de que pueda producirse un daño y que cuando este se materializa, queda sólo la reparación. Reparar el daño ecológico significa intentar recomponer aquello que fue destruido. Significa reparar una realidad resultante del daño, el cual no siempre es posible reparar debido a la propia característica compleja que tiene la naturaleza.

²⁸⁰ RIECHMANN, Jorge. **Cultivos e alimentos transgênicos**: um guia crítico. Petrópolis: Vozes, 2002. p.169.

*gran complejidad, a permanecer circundados por una aura de ambigüedad, que, en teoría, perjudica su comprensión y, peor aún, dificulta su aplicación”*²⁸¹.

La evolución del derecho hacia un finalismo proteccionista del medio ambiente es lo que se busca con la correcta comprensión de la teoría del riesgo, a través de la cual la toma de decisiones por el sistema jurídico pueda dirigirse de una forma más adecuada hacia el futuro. Y es justamente el futuro lo que se pretende alcanzar con las decisiones jurídicas comprometidas con el medio ambiente.

El Derecho, en cuanto sistema social, puede operar positivamente en la preservación ambiental, tomando decisiones dirigidas al futuro, previendo el riesgo futuro que determinada actividad humana (entiéndase económica – principio del desarrollo sostenible) podrá ocasionar si no es debidamente analizada y valorada por el Derecho. Ese análisis pasará por las lentes de la jurisprudencia y de la ley, todavía orientadas hacia el pasado; sin embargo no quedará restringida a las mismas, pues visualizará eso sí, los efectos futuros que podrán derivar de la decisión judicial resultante de este proceso. Conciliar los intereses económicos que implican riesgos, sin la preocupación por la preservación ambiental, es una tarea que solamente un nuevo tratamiento ambiental puede pretender resolver.

Por consiguiente, el Derecho precisa adaptarse a las nuevas realidades que esta sociedad de riesgo presenta. Para SEVERO ROCHA, al escribir sobre el Derecho en la forma de sociedad globalizada, afirma que en la toma de decisiones con relación al futuro y con respecto al riesgo de la acción transformadora del hombre, *“Es preciso tomar en consideración todas las consecuencias y toda la complejidad que esta conlleva cuando se acata una decisión diferente; por ello, emana de la Administración, de la Economía y de otras áreas esta cuestión de riesgo: una decisión siempre comporta la*

²⁸¹ HERMAN BENJAMIN, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem *En:_____*. (org). **10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: IMESP, 2002. p. 91.

*posibilidad de que sus consecuencias se produzcan de manera diferente. Entonces, es preciso que se trabaje el proceso de decisión, que se trabaje la anticipación, las estrategias, la planificación, la economía; es decir, es necesario que los operadores del Derecho conozcan los riesgos que conllevan”*²⁸².

Para que los operadores del Derecho consigan manipular el riesgo, es necesario que además de comprenderlo, comprendan también la sociedad y toda su complejidad y contingencia a través de un prisma diferente, por el cual se consiga entender y analizar la sociedad considerando el futuro. Se hace necesario conocer la sociedad y trabajar el riesgo de manera que se preserven los derechos de las futuras generaciones al recibir un ambiente que garantice la subsistencia de las necesidades que se imponen a los operadores del derecho. SEVERO ROCHA, en este sentido, escribe que desde el momento en que se empieza a pensar en la producción que denomina ‘diferencia’, la construcción de una nueva realidad, la construcción de un futuro, deben debatirse nuevamente qué tipos de consecuencias van a generar las decisiones. En este punto, se llega al *“problema del riesgo, pues cada vez que se toma una decisión con relación al futuro – y se sabe que no es fácil tomarla, porque es una cuestión compleja -, tiene que plantearse el problema del riesgo, la posibilidad de que ella no se produzca de la manera en como está pensando. No basta simplemente con ser como un juez alternativo y decir que se va a decidir de forma diferente a la ley y que ya está resuelto el problema. Eso no sirve”*²⁸³.

Analizar la sociedad sólo con respecto a la ley aplicada sobre el hecho consumado ya no resulta suficiente para hacer frente a las demandas que hoy en día se presentan. En esta realidad, destacan las dificultades a las cuales se enfrentan los distintos ordenamientos jurídicos, implicando una protección del medio ambiente que no es completa, sin llegar a concretar una eficiente tutela

²⁸² SEVERO ROCHA, Leonel. *op. cit.*, pp. 199-200. El autor, en la p. 200, cita un ejemplo al respecto: *“De una manera bien intuitiva, algunos abogados se refieren a ciertos casos difíciles: ‘Eso es un contrato de riesgo que yo voy a hacer’. De un modo general, tienen razón, porque es muy difícil anticipar cuáles son los resultados que tendrá una decisión futura, principalmente cuando el juez toma una decisión dirigida a la producción de la diferencia”*.

²⁸³ *Idem. Ibidem.* p. 199.

jurídica del entorno. La proclamación de un nuevo bien digno de protección en los textos normativos no ha ido acompañada de medidas protectoras completas. Con frecuencia, las Constituciones²⁸⁴ (capítulo I del presente estudio) han incorporado principios y normas programáticas de interés medioambiental que en el caso de que se interpreten de manera distorsionada contrastan con otros intereses, a veces opuestos. CANOSA USERA apunta en este sentido que, *“El desarrollo económico y el bienestar material son ambos fines perseguidos por el Estado cuya satisfacción ha generado la contaminación de la que ahora queremos librarnos, sin renunciar, claro está, a nuestro nivel de vida. En este contexto, las normas jurídicas promueven, por un lado, el desarrollo económico y el bienestar material y, por otro, se proponen proteger el medio ambiente, porque en la mentalidad del hombre actual un medio ambiente sano y una naturaleza conservada son bienes de los que se hace depender la calidad de vida. Cuando las sociedades han perdido su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge entonces el medio ambiente como bien jurídico protegido. Sin embargo, cuesta determinar cuanta protección debe darse al medio y a los recursos naturales, conстриñendo así, o reordenando, la actividad económica. Como hemos advertido, la protección del medio ambiente requiere, por primera vez, la restricción de una libertad antes ilimitada: la de proyectarse sobre la naturaleza y aprovechar sus recursos sin restricciones. La apropiación legítima de los recursos mediante los títulos jurídicos que el ordenamiento prevé o la explotación de los recursos para transformarlos en bienes que mejoren las condiciones de la vida eran constantes vitales del ser humano. Con ellas el progreso se acentuó en la medida en que con más intensidad la libertad de aprovechamiento permitió una transformación más rápida y mayor; a lo anterior se llamó progreso”*²⁸⁵.

En esta óptica, cabe entender la importancia del Derecho para la protección del medio ambiente en una sociedad de riesgo.

²⁸⁴ HERMAN BENJAMIN, Antônio. *op. cit.*, p. 91 de la citada obra, en consonancia con el contenido del capítulo I del presente trabajo, escribe que, *“Principalmente en países que ignoran o desprecian la norma constitucional en favor del ordenamiento ordinario, tenemos el deber buscar los fundamentos remotos, en especial los constitucionales, del Derecho Ambiental, incluso cuando éste, en la superficie, transmite una apariencia de consistencia. Y, sin duda, el anhelo por esa configuración teórica con bases sólidas, no habiendo otras alternativas, debe comenzar y terminar a través del texto constitucional”*.

²⁸⁵ CANOSA USERA. Raúl, *op.cit.*, p. 24.

3.2 Sistemas y resonancia en la sociedad de riesgo

Hay que destacar que el sistema que forma la sociedad moderna es concebido a partir de la composición de diversos subsistemas, denominados intra-sistema o intra-social, tales como la Economía, la Religión, la Sociología, la Ciencia Política, entre otros, entre los que también se encuentra el Derecho²⁸⁶. Estos subsistemas, por sí solos, se estructuran con el objetivo de permitir la operacionalidad interna y, por consiguiente, la funcionalidad de la complejidad que caracteriza las relaciones sociales, implicando una interconexión articulada entre los elementos internos de los respectivos subsistemas. Sin embargo, se registra la existencia de otros elementos, acompañados de sus respectivos subsistemas, que no se insertan en las unidades externas del sistema²⁸⁷.

Así, es importante el examen del sistema jurídico, cuyas peculiaridades y dificultades han surgido en el medio intra o extra-social y resultan ser unas interferencias negativas y, paralelamente, positivas. Se subraya pues que el análisis de la protección ambiental encuentra un obstáculo en la propia crisis social que deriva del sistema económico que altera la percepción del problema; es decir, acaba creando una zona de ruptura entre la necesidad de preservación y la necesidad de lograr un

²⁸⁶ PETERS, Edson Luiz y TARSO LARA PIRES, Paulo de. *op. cit.*, p. 19, al explicar la expresión "medio ambiente", subrayan que: "A ese fenómeno se le llama transposición, y se produce cada vez que la Ciencia Jurídica toma determinados hechos de la realidad (recortes de la realidad) natural o social y jurídica, haciendo incidir normas de valor o disvalor, imponiendo sanciones o atribuyendo un efecto jurídico creador, modificador o extintivo de derechos".

²⁸⁷ En las últimas décadas, la terminología sistema viene siendo utilizada para designar las diferentes organizaciones como el sistema salud, gobierno, educación, familia, sociedad entre otros. Estos sistemas pueden ser vistos como elementos o partes independientes, ya que por su conexión e influencia de uno sobre el otro forman un todo y funcionan como un conjunto. Considerando que, "un elemento del conjunto es una parte del todo que le da sentido y el todo, en la parte, le da importancia" (MÁDCHE, Flávia Clarici; DUTRA, Jefersosn Luiz. *Introdução à teoria sistêmica*. En: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz Streck; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). **Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

beneficio que, asociado con una baja educación (es incipiente la aplicación del principio de la educación ambiental), acaba por favorecer la última²⁸⁸, reflejándose en la recepción de normas internacionales por un Estado. Estas interferencias negativas implican un cierre operacional bajo la óptica normativa. No significa afirmar que deja de existir una producción normativa, sino que, el ordenamiento resultante de las relaciones internas, actúa sin ninguna aptitud para adaptarse a las reales necesidades sociales, hecho que genera decepciones. Hay una exclusión de terceras posibilidades que, objetivamente, reduce la recepción de la complejidad externa en función de que selecciona las posibles conexiones compatibles con un camino del sistema productor de sentido, es decir, seleccionando el Derecho del No Derecho.

Es evidente que no se encuentran respuestas definitivas para la cuestión de la efectividad del derecho ambiental. Sin embargo, resulta fundamental una ruptura con respecto a una visión clásica acerca de la sociedad, la cual fue construida con respecto a una visión antropológica, centrada en el individuo, aún cuando se aplica tan sólo a la primera dimensión de los derechos humanos (capítulo I)²⁸⁹.

Así, la propuesta de ruptura con los conceptos clásicos y la formulación de una nueva teoría que facilite la comprensión de los mecanismos de funcionamiento de la sociedad actual (sociedad de riesgo), ha sido objeto de estudio de LUHMANN cuando elabora su teoría desde una doble constatación: la existencia “a) de un déficit de la teoría sociológica actual frente a la b) profunda complejidad de la sociedad contemporánea [...]”. El autor

²⁸⁸ SORJ, Bernardo. **A nova Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p.12.

²⁸⁹ Al tratar la Constitución Federal Brasileña como ‘Constitución ciudadana’, el derecho tiene una dimensión política muy clara, pues es a través del Estado como se garantiza el orden jurídico. La ciudadanía debe ser elaborada de modo interno al sistema jurídico, ya que hay que tomar en consideración la interacción de Ésta con el sistema político y económico. Para confirmar esta afirmación, citamos a NASCIMENTO, José do. **Ciências sociais e sistema jurídico**: Introdução ao tema. Campo Grande: UCDB, 2002. p. 78, cuando afirma: *En el momento en que la democracia se afirme a través de una Constitución ciudadana, se hace urgente una concienciación de la ciudadanía, porque los problemas más fundamentales que el país acumula no serán solucionados sin la efectiva participación de la sociedad, por medio de una movilización inteligente y objetiva de sus sectores organizados y de la población en general. Es necesario hacer un gran esfuerzo de multiplicación del espíritu y actitud de la ciudadanía para permitir a los brasileños resolver sus problemas críticos y crónicos de la actualidad”.*

realiza una crítica radical de los clásicos y de todas las teorías de la acción, las cuales, según él, son construidas sobre un concepto de individuo antropológico y poco preciso. Luhmann entiende que a finales de siglo, “*parecen estar agotadas las posibilidades de la sociología clásica para describir la sociedad moderna*”²⁹⁰.

La economía es un sistema social que produce riesgo ambiental, siendo el derecho otro sistema social que necesita ser orientado para asimilar la precaución con el fin de provocar la esperada resonancia (que puede ser negativa o positiva, según se verificara junto con el sistema económico). En este sentido, conviene que citemos a LUHMANN²⁹¹, que presenta la noción de lo que denomina ‘resonancia’ en razón de las relaciones que se establecen entre el sistema del derecho, y sus particularidades, con su medio envolvente, instrumentalizando y posibilitando una observación que implica la descripción de cómo la teoría y la dogmática jurídica (por consiguiente, los derechos fundamentales) asimilan y efectúan una auto-reproducción de sus elementos a partir de la forma en que se estructuran los elementos actuales inherentes al propio sistema del derecho. Así, se permite visualizar no solamente las restricciones que deben minimizarse, sino las aptitudes que deben desarrollarse con respecto al citado sistema jurídico para condensar los cambios teóricos exigidos por el Derecho Ambiental y haciendo posible que el sistema político²⁹² pueda poner en marcha las cuestiones ambientales.

Se recuerda que hay un plan de manifestaciones de modelos intelectuales y de reacciones con respecto a la degradación ambiental. El primero es el referente a la alteración de la naturaleza que es aceptada como una consecuencia natural, siendo reflejo del proceso económico necesario. El segundo, se refiere a la compensación de la degradación ambiental a través de la creación de parques artificiales para recreación natural, a fin de llegar a

²⁹⁰ FEDOZZI, Luciano. A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma releitura introdutória. *En*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997. p.19.

²⁹¹ LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Great Britan: University of Chicago Press, 1989. p.15.

²⁹² ALTVATER, Elmar. **O preço da riqueza: pilhagem ambiental e a nova (des)ordem mundial**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995. pp. 143-144.

compensar los espacios naturales destruidos. El tercer modelo está relacionado con la reparación de los daños ambientales causados a través de medidas sustitutivas adecuadas (principio del contaminador-usuario-pagador), ya que existe un vínculo directo con los costes elevados para esta reparación. Y, finalmente, el cuarto dirige la crítica a los causantes de la degradación para que se consiga una interrupción de los efectos de la degradación. Antes de que existiera esta preocupación ambiental ligada directamente a las cuestiones económicas, muchos autores consideraban los efectos externos negativos como una consecuencia natural y deseable para el desarrollo económico.

Así, sistemas sociales y de resonancia son también expresiones que necesitan ser comprendidas para el entendimiento de la teoría sistémica y su importancia en el análisis de la sociedad. De esta forma, es necesario comprender cómo operan economía y derecho bajo la óptica de la teoría sistémica, a la cual se adapta perfectamente el planteamiento que se pretende desarrollar.

Sin embargo, antes de considerar la contribución de Luhmann, es preciso destacar el trabajo de Talcot Parsons²⁹³. Según Leonel Severo Rocha, que ha estudiado la obra de PARSONS²⁹⁴ (Teoría Estructuralista-Funcional) la sociedad necesita ser analizada en su totalidad, explorando autores clásicos como Freud, Durkheim y Weber, inspirándose por consiguiente, en la teoría de los sistemas de la Biología y de la Cibernética. Según SEVERO ROCHA, PARSONS se aleja de la visión individualista de la sociología clásica que considera al hombre como centro, además de defender la existencia de

²⁹³ La idea de Weber acerca de la sociedad es analizada por Parsons en cuanto se presenta como individualista y centrada en el sujeto, una visión de sociedad dividida en partes separadas.

²⁹⁴ Parsons era americano, pero llevó hacia los Estados Unidos la matriz teórica europea, de manera que posteriormente, en la década de los sesenta, autores alemanes como Jürgen Habermas y el propio Luhmann, prosiguieron sus estudios en los Estados Unidos junto a Parsons, recibiendo así la influencia del pensamiento americano. Habermas, desarrolló su pensamiento en la misma línea de Parsons y Luhmann se inspira en la dialéctica de Hegel, defendiendo así la producción de diferencias: *“Es preciso siempre producir diferencias y no el consenso en la línea de Habermas, ni, de ninguna manera, estabilización, en la perspectiva de Parsons, siendo fundamental la producción de diferencias. La sociedad debe ser observada con el criterio de producción del diferente. Por eso, la teoría de Luhmann es una concepción del mundo que puede ser llamada, en ausencia de otro nombre, pos-moderna. Teoría que acentúa no la racionalidad, no el consenso, no la identidad sino la producción de la diferencia, de la fragmentación, de la singularidad”* (SEVERO ROCHA, Leonel. *op. cit.*, pp.189 –193).

sistemas sociales²⁹⁵. Así: *“Desde este momento con la teoría de Parsons, se necesita siempre discurrir, con respecto a un aspecto interdisciplinar, sobre todo aquello que sucede en la sociedad tomando en consideración la idea de la existencia de diversos sistemas. Por ejemplo, existe analíticamente un sistema político, un sistema social. Todo el evento social puede ser gracias a la existencia del sistema que reduce la complejidad. Y el sistema el que facilita la comunicación. Para Parsons, no se puede comprender la sociedad moderna sin la idea de sistema, pues el sistema es el que permite que se pueda comunicar [...] Por tanto, Parsons defiende que es el sistema el que permite la comunicación y la existencia de la propia sociedad, explicando la posibilidad de una acción racional que Weber menciona. Así, va a estudiar la teoría de Weber en el marco de una teoría más amplia, una teoría más general de la acción social, situando los sistemas como inter-relacionados”*²⁹⁶. Por tanto, para PARSONS, los sistemas sociales se relacionan entre sí, estando en permanente contacto y tenderían al equilibrio, a un punto ideal de estabilidad. Sin embargo, según SEVERO ROCHA, ésa supondría una dificultad para esta teoría, puesto que no se podría pensar en un sistema más que con respecto a la idea de estabilidad. Por eso, vamos a examinar la teoría de PARSONS.

LUHMANN desarrolla su teoría buscando la ruptura con los conceptos sociológicos clásicos de una sociología histórica y dirigida a hechos pretéritos en los que resulta de fundamental importancia la cuestión de la toma de decisiones en relación a las **expectativas**, es decir, a los **criterios de anticipación** que una sociedad dirigida hacia el futuro necesita.

Tener criterios de anticipación significa que la sociedad así concebida intenta controlar las frustraciones que las decisiones puedan generar.

²⁹⁵ Sobre el estudio de los sistemas realizado por Parsons, PEREIRA BRITO, Sulivam, *En: A Sociologia e a abordagem sistêmica*. São Paulo: Papirus, 1986. p. 32, explica que: *“[...] constituye un importante mecanismo de las modernas sociedades para la movilización del poder, dirigido a la consecución de objetivos colectivos; por tanto, todo el sistema presenta exigencias (necesidades) básicas, pues cada organización debe presentar estructuras que permitan la constante adaptación al ambiente y, también, condiciones para que se puedan movilizar recursos para su continuo funcionamiento; es decir, mecanismos que van a hacer posible la organización para que pueda alcanzar sus fines propuestos así como las soluciones a los problemas de integración. Para esto necesita encontrar medios de control, de motivación y de coordinación a los esfuerzos y conversiones (operaciones), así como crear condiciones para promover el consenso de los valores que definen y consecuentemente legitiman los objetivos propuestos por la organización”*.

²⁹⁶ SEVERO ROCHA, Leonel. *op. cit.*, p. 190.

SEVERO ROCHA explica que, “Cada vez que se tiene una expectativa, se tiene una probabilidad de que esta expectativa, que se desea que se produzca, tenga consecuencias diferentes. Siempre puede suceder que aquéllo con relación a lo cual se tiene una expectativa, y que ésa sea la expectativa más probable, suceda de una manera diferente. Esta manera no necesariamente será mejor o peor, sino diferente. Entonces, eso aumenta la complejidad, porque siempre hay expectativas lo más variadas posibles y, en las sociedades las expectativas tienen las llamadas dobles contingencias, porque las expectativas de las expectativas se cruzan en todo momento, en función de que cada uno tiene sus propias expectativas. Lo peor es que, cuando acaece algo que, realmente, es un hecho, es decir irremediable. {...} Entonces, los hechos existen en este sentido, pero el problema está en evitarlos si tienen un mal. Evitar que se produzca la frustración, cosas que no estaban previstas en las expectativas, porque, si sucedieron, son irreversibles. **Para eso, es preciso tener un tipo de sociedad dirigida hacia el futuro, una sociedad que tenga criterios de anticipación: las expectativas**”²⁹⁷ (grifo). Por tanto, en esta óptica, es preciso anticipar para reducir la probabilidad de frustración.

En este complejo social, el Derecho tiene la función de reducir la probabilidad de frustración a través de la toma de decisiones con respecto a su propia racionalidad, a la cual lleva en consideración el derecho/no-derecho bajo el prisma de las normas o las expectativas normativas las cuales están orientadas hacia el pasado generando un **desequilibrio temporal entre la programación del Derecho y las necesidades de una sociedad globalizada** y, por eso mismo, dinámica y compleja.

Se verifica, pues, que el Derecho experimenta una crisis de efectividad principalmente en relación a la superación de sus matrices (analítica y hermenéutica) y por el desequilibrio entre el tiempo de eficacia programado por el derecho y el tiempo exigido por una sociedad globalizada. El Derecho es la preocupación central, y mediante el mismo se pretende preservar los derechos de las futuras generaciones a un medio ambiente seguro y renovable.

²⁹⁷ SEVERO ROCHA, Leonel. *op. cit.*, pp. 193-194.

La visión de la sociedad dentro de la perspectiva sistémica indica que esta sociedad pos-moderna está compuesta por sistemas sociales diferenciados entre sí y que opera sus propias racionalidades basándose en la comunicación. Carvalho apunta que, *“Los sistemas sociales tienen su unidad operacional común en el elemento de la comunicación; se sitúan como instancias o dimensiones específicas de comunicación que, al alcanzar un grado determinado de competencia y complejidad, se autonomizan formando subsistemas de comunicación funcionalmente diferenciados en el interior del propio sistema social. Estos sistemas parciales funcionalmente diferenciados actúan como condición de posibilidad para futuras operaciones del sistema, es decir, mediante un proceso de reducción de la complejidad, haciendo posible la toma de decisiones y la realización de operaciones en conformidad con la racionalidad y la lógica específica para cada sistema social”*²⁹⁸.

Reflexionando sobre la teoría sistémica de LUHMANN, Luciano Fedozzi apunta que: *“El concepto de comunicación, en el sentido exacto de sus límites, se convierte en un factor decisivo para el concepto de sociedad utilizado por Luhmann. Comunicación, para el autor, son operaciones sociales compulsorias constituidas solamente a través de una reticulación recursiva con otras comunicaciones, es decir, que no se producen aisladamente [...]. En este sentido, para Luhmann, solamente con la ayuda del concepto de comunicación se puede pensar en un sistema social como un sistema autopoietico, constituido solo por elementos; es decir, comunicaciones que él mismo, a través de la red de conexiones de estos elementos, producen vías de comunicaciones”*²⁹⁹.

En una segunda fase de desarrollo de su teoría, LUHMANN asimila el concepto de autopoiesis³⁰⁰. *“El concepto debe designar la circularidad de la reproducción – inicialmente en el interior de las células vivas y después, en el interior de los organismos, y finalmente, hasta incluso en otros sistemas,*

²⁹⁸ WINTER DE CARVALHO, Délton. **Ecologização do Direito**: Racionalidade reflexiva do risco. Passo Fundo: UPF, 2003. pp. 76-77.

²⁹⁹ FEDOZZI, Luciano. *op. cit.*, p. 28.

³⁰⁰ La denominada Teoría Autopoietica (desarrollada por Humberto Maturana y Francisco Varela), revolucionó la biología en los años ochenta, al descubrir que los sistemas vivos se auto-organizan y se auto-producen.

cuando se puede mostrar que aquellos contienen las respectivas características. [...] Sistemas autopoieticos son sistemas que necesitan producir, ellos mismos, todas las unidades que necesitan para la continuidad de sus operaciones. Aquellos operan, obviamente, en un mundo sin el cual no podrían existir y todas sus operaciones presuponen, en cada momento, un acoplamiento estructural a este mundo”³⁰¹.

Siguiendo esta línea, con la incorporación de la autopoiesis por parte de la sociología, LUHMANN adapta la teoría a los fenómenos sociales. Así, *“Niklas Luhmann, iniciando su segunda fase, fue quien trajo e hizo posible la utilización de esta teoría, proveniente de las Ciencias Biológicas, para las Ciencias Sociales. Por consiguiente, fueron necesarias algunas rupturas con la autopoiesis biológica, con el objetivo de adecuar esta teoría a la realidad de los fenómenos sociales. En un primer momento, fue necesario concebir el Sistema Biológico autónomamente del Sistema Social (dentro del cual se encuentran sistemas parciales como el Derecho, la Política y la Economía). El Sistema Biológico tiene como elemento constitutivo y base reproductiva la vida, en cuanto que el Sistema Social no es un mero bio-sistema de segundo grado, sino un sistema cuya base reproductiva es la comunicación (Sistema Noético). En esta línea de ideas, los sistemas internos al Sistema Social se van haciendo autónomos, en comunicaciones específicas, mediante una codificación binaria, convirtiéndose en ambientes dentro de un mismo sistema”³⁰².*

Por tanto, hace uso de Luhmann, la Teoría Autopoietica en la sociología para explicar la sociedad a través de la existencia de sistemas (sociales) que son autónomos y que poseen sus propias racionalidades y operan con forme a estas racionalidades, convirtiendo cada sistema autónomo y autosuficiente con relación al medio sin que haya relaciones directas con los otros sistemas sociales.

³⁰¹ FEDOZZI, Luciano. *op. cit.*, pp. 52-53.

³⁰² SEVERO ROCHA, Leonel; WINTER DE CARVALHO, Délton. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do Direito. *En*: SEVERO ROCHA, Leonel ; STRECK, Lênio Luiz Streck; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 237.

Dentro de esta visión sistémica y autopoietica, el Derecho, así como los demás sistemas sociales, es cerrado y abierto al mismo tiempo, puesto que puede abrirse para el medio ambiente (social), portando dentro de su racionalidad algún elemento externo que cause irritación y asimilándolo también conforme a esta misma racionalidad particular y propia. En este sentido, *“Partiendo de esta óptica, es posible decir que el Derecho, con sus relaciones recursivas y circulares, reacciona auto-referencialmente (a través de su codificación específica) a las ‘influencias’ externas (ecos sociales), dirigido a reducir la complejidad proveniente de la sociedad. De esta forma, el Derecho se encuentra operativamente cerrado, es decir, actúa mediante una clausura normativa que, paradójicamente es la condición de posibilidad de su apertura a las irritaciones provenientes del ambiente (sociedad), las cuales serán asimiladas cognitivamente por el sistema. Esto mantiene la dinámica del Derecho, permaneciendo el sistema autónomo y funcionalmente diferenciado”*³⁰³.

Así, una de las grandes dificultades que tiene el derecho para responder con efectividad a las cuestiones ambientales, es propiamente la mecánica social extremadamente compleja donde el derecho (sistema social) no actúa con la misma racionalidad con la que actúa la economía (otro sistema parcial) y por ello **no puede causar la resonancia que se espera en el sentido de prevenir el riesgo**, ya que no hay comunicación directa entre los sistemas.

Además, todo el análisis precedente de una perspectiva sistémica, es decir, de cada sistema parcial, tiene que hacerse con una ampliación del foco de observación, considerando la complejidad como algo incontrolable, en el que este análisis se ha realizado tomando en consideración múltiples influencias, posibilidades e interpretaciones, intentando analizar el todo, desde un enfoque individual, social y ambiental³⁰⁴.

³⁰³ SEVERO ROCHA, Leonel; WINTER DE CARVALHO, Délton. *op. cit.*, pp. 246.

³⁰⁴ MÂDCHE, Flavia Clarici; DUTRA, Jéferson Luiz. Introdução à teoria sistémica. En: SEVERO ROCHA, Leonel; STRECK, Lênio Luiz Streck; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (org.). **Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003. pp.100-101.

3.2.1 Los sistemas y la codificación en las sociedades de los siglos pasados

Al tratar la temática del derecho ambiental, conviene que tomemos como punto de partida la función de los códigos en la vida de las sociedades de los siglos XIX y XX³⁰⁵. A partir de aquéllos, cobrando nuevos bríos en el presente siglo, las codificaciones deben reflejar principios y valores que, por lo menos, revelen paradigmas que superen la superación de una crisis del derecho³⁰⁶, concretamente para regular la vida de la sociedad privada. La necesidad de romper con el régimen absolutista y con los privilegios de clase reclama una ponderación acerca de la constitucionalización del derecho privado puesto que nos encontramos inmerso en una sociedad transfronteriza.

Preocupado por la crisis del régimen absolutista y de sus conocidos privilegios de clase y, simultáneamente, eliminando lo que fue calificado como el carácter dispersivo e inseguro del derecho del medioevo³⁰⁷, por las peculiaridades de su connotación pluralista³⁰⁸, el liberalismo jurídico consagró, en el siglo XIX, la plenitud y unicidad del derecho, que pasó a tener como

³⁰⁵ En esa perspectiva, debe tomarse en consideración el **sistema de derecho romano-germánico** en el que se fundamentan el Derecho Civil **español** y el Derecho Civil **brasileño**. Al tratar sobre la formación histórica del sistema, René David escribe: *“El sistema de derecho romano-germánico se formó en Europa Continental y es de ahí donde aún hoy conserva su principal centro, aunque, debido a los fenómenos de expansión o de recepción, numerosos países extra-europeos se hayan adherido a este sistema o extraído de él algunos de sus elementos. La época en la que surge el sistema de derecho romano, desde el punto de vista científico, es el siglo XIII. Hasta esta época existen, sin duda alguna, elementos con la ayuda de los cuales el sistema será constituido; pero parece prematuro hablar de sistema, y quizás también de derecho. Un primer período comienza en el siglo XIII, con el renacimiento de los estudios de derecho romano en las universidades: fenómeno esencial de los sistemas que va a ser dominado por la doctrina, bajo la influencia principal de la cual la propia práctica del Derecho evolucionará en los diferentes Estados. La doctrina preparará, con la Escuela del Derecho Natural, el nacimiento del período siguiente, **aquél en que aún actualmente nos encontramos – período en el cual el sistema será dominado por la legislación**”* (el texto original no está grifado. En: DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 26).

³⁰⁶ El apartado referente a la crisis del derecho será examinado en sub-capítulo siguiente.

³⁰⁷ En este sentido, WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Lisboa: C. Gulbenkian, 1967. p. 67.

³⁰⁸ Eso obedece al hecho de que la sociedad medieval estaba regulada por fuentes diversas de producción jurídica, conviviendo con varios ordenamientos que a veces entraban en conflicto, por tener origen en planos diferentes a lo largo del “recorrido histórico-temporal de los glosadores”, como afirma Franz WIEACKER (*op. cit.*, p. 66); en las costumbres; en los derechos del reino, de la Iglesia y del Imperio; en la actividad de las cortes de justicia; en las reglas establecidas por los feudos, comunas y corporaciones. (cf. BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2.ed. Brasília: Edunb, 1992. pp. 11-12).

fuente única el Estado, con su poder ideológicamente emanado del pueblo, la neutralidad de las normas con relación a su contenido, y la concepción del hombre como sujeto abstracto, como los postulados fundamentales del Estado de Derecho.

En la obra de Pietro Barcelona, el Estado de derecho es el Estado de la *legalidad* y de la *libertad*, de los individuos libres e iguales: libres para actuar e iguales ante una ley igual para todos porque general y abstracta³⁰⁹. Tales características indujeron a la redacción del conjunto de normas organizado en codificación que, tal y como se ha defendido, sería suficiente para regular toda la vida de la sociedad civil, como ley mayor de la comunidad, de forma igualitaria. La igualdad, fundada en la idea abstracta de persona, partiendo de un presupuesto meramente formal, basado en la autonomía de la voluntad y en la iniciativa privada; sin embargo, vino acompañada de una paradoja, que traduce una consecuencia del modelo liberal-burgués adoptado: la superioridad de los valores relativos a la apropiación de bienes sobre el ser, impidiendo la efectiva valoración de la dignidad humana, el respeto de la justicia distributiva y la igualdad material o substancial.

La codificación civil francesa, que influyó en las demás codificaciones civiles de diversos países de la época, fue concebida desde la autoridad del Estado conciliándola con la soberanía del individuo y su autonomía derivada del contrato social, a través del dominio económico y de los contratos. Así, el Estado se mantenía en una situación neutra estática, eliminando las desigualdades económicas, aplicando el régimen de igualdad de todos, fuerte y débil, frente a la ley, cuya consecuencia fue hacer que la voluntad de los fuertes acabara por empezar a someter y a oprimir, llegando finalmente a convertirse en un régimen de privilegio de los más fuertes³¹⁰, basado en una ética típica del modelo individualista.

³⁰⁹ BARCELONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1993. p. 33.

³¹⁰ En este sentido conviene registrar la obra de MORIN, Gaston. **La révolte du contre le code** : la révision nécessaire des concepts juridiques (contrât, responsabilité, propriété). Paris: Sirey, 1945. pp.110-111.

En los Códigos civiles típicos del siglo XIX, identificados con los derechos humanos de primera dimensión, el ser humano, personificado como sujeto de derecho, titular de derechos virtuales, abstractos, en el goce de su capacidad de hecho y autonomía de la voluntad tiene la capacidad de obligarse. Sin embargo, partiendo del modelo de producción capitalista vigente, Carmem Lucia Silveira Ramos escribe que, *“el ejercicio de derechos quedó vinculado a la apropiación de bienes, quedando, en la mayoría de la población, como derecho único, el de obligarse, vendiendo su fuerza de trabajo. Así pues: preocupado por eliminar las discriminaciones personales características del medioevo y del período del absolutismo monárquico, el Estado de Derecho liberal ignoró las desigualdades económicas y sociales, considerando todos los individuos formalmente iguales frente a la ley, igualación ésta que solo acentuó la concentración del poder económico capitalista, aumentando cada vez más la desigualdad, en el marco del desarrollo tecnológico y productivo*^{311 312}. En esta óptica, se subraya que en la primera generación de los derechos humanos existía el mito de la inagotabilidad de los recursos naturales que imperaba en el modelo económico vigente.

En el siglo XX - que no es comprendido a partir de su momento cronológico inicial, sino por los acontecimientos históricos que representaron la efectiva ruptura con el siglo precedente, recordando como tal la Revolución Rusa de 1917 y el final de la Primera Guerra Mundial, por las modificaciones que provocaron en los diferentes Estados, por vía directa o indirecta³¹³— se sitúa el Código Civil brasileño fruto del siglo XIX. El gradual abandono de la neutralidad del derecho provocó la superación de este modelo ideológicamente basado en el individualismo-capitalista, redactado para regular la vida de la sociedad civil como documento completo y único, y de algunos de sus dogmas

³¹¹ Como no podría ser de otra manera, en Brasil esta incoherencia, no asumida por la codificación, contribuye a las desigualdades y exclusión social de una gran mayoría de la población.

³¹² SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. En: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 5-6.

³¹³ *Idem. Ibidem.* p. 6.

tradicionales, además del reconocimiento de su historicidad y vinculación a un momento socio-político-económico³¹⁴.

En esta línea, uno de los medios desde los cuales se asumió de manera formal la debilidad e insuficiencia del modelo codificado para trabajar la realidad fue a través de la edición de los estatutos especiales, reglamentadores de temas específicos, típicos de la realidad del siglo XX, citando como ejemplos el condominio en edificaciones, la ubicación de edificios y la parcelación del suelo urbano³¹⁵.

Se observa que los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, están caracterizados por una doctrina que ha influido notablemente, a través de su connotación científica, sobre la teoría general del derecho, haciendo que todo el sistema se configure como un sistema científico de axiomas, que deben ser aplicados por los magistrados en conformidad con las disposiciones y las decisiones 'autorizadas' de los jurisconsultos, y que resulte de un sentido común teórico. Así, la influencia histórica de la dogmática en el sistema del derecho se hace merecedora de algunas observaciones en relación a sus principales aportaciones para que sea posible la descripción de la actual aptitud, o inaptitud, del Derecho en relación a las cuestiones ambientales. A través del surgimiento de una comunicación considerada 'ambientalmente' equilibrada, el sistema social pasa a fomentar una especificación comunicativa en sus sistemas funcionales. Sin embargo, esta variación de los elementos internos entra en conflicto con las estructuras sistémicas vigentes, creando unos obstáculos a la eficacia jurídica de las alteraciones puesto que pueden surgir paradojas y tautologías consubstanciadas en las codificaciones de los siglos pasados.

³¹⁴ Cuando trata de la historicidad y su vinculación al momento socio-político-económico, PERLINGIERI, Pietro apunta: "El estudio del derecho – y por tanto también del derecho tradicionalmente definido como "privado" – no puede prescindir del análisis de la sociedad en su historicidad local y universal, de manera que permita la individualización del papel y del significado de la juridicidad en la unicidad en la complejidad del fenómeno social. El Derecho es ciencia social que precisa cada vez de mayores aperturas; necesariamente sensible a cualquier modificación de la realidad, entendida en su más amplia acepción". (*En: Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.1).

³¹⁵ SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. *op. cit.*, p.7.

Reconociendo la correspondencia entre el paradigma del sistema jurídico prevalente hoy en día y el modelo engendrado por el liberalismo de hace doscientos años, el cual, aunque haya sido actualizado en su contenido, continúa reflejando la misma concepción de las relaciones entre los hombres desde hace dos siglos³¹⁶. En este sentido, el citado paradigma ha sido superado por las emergencias sociales y lo que se ha observado es un intento de adaptación del modelo vigente, tratando de atender la realidad actual, por un lado y, por otro, intentando subsistir³¹⁷.

Con fuertes raíces en el racionalismo-individualista, el sistema jurídico induce a la lógica, a la generalidad y a la abstracción. A partir de su orientación filosófica, exagera el papel de la razón, en detrimento de la experiencia, utilizando como método de investigación científica los datos obtenidos por deducción, excluyendo los elementos empíricos obtenidos por inducción.

Con el fortalecimiento del poder legal y del ya citado poder económico del siglo XVIII, la burguesía universalizó los derechos humanos individuales que, a su vez, respondían a las estructuras consideradas esenciales para la formación del capitalismo liberal, absteniéndose el Estado de intervenir en la esfera privada³¹⁸. Además, este desarrollo doctrinal, de origen pandectista, se solidificó a través de una superestructura de conceptos y principios generales que, en los países cuya tradición jurídica era romano-canónica (Derecho español y Derecho brasileño), fundamentó las demás Ramas del Derecho, tanto en la esfera del Derecho procesal como en el del Derecho material. Así, todo el Derecho (material y procesal), actualmente concebido, está construido bajo el paradigma de la conflictualidad de intereses, consecuente con la idea de derecho subjetivo, como voluntad individual preponderante frente a una resistencia³¹⁹.

³¹⁶ GAILLARD, Maurice. **L'intelligence du droit**. Paris: Lês Editions D' Organisation, 1992. p. 90.

³¹⁷ SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. *op. cit.*, p. 12.

³¹⁸ El origen del principio de la autonomía privada, conductor de la práctica de los negocios jurídicos, deriva de un poder creativo conferido a los particulares para que, a través de una supuesta igualdad de condiciones, creen y negocien relaciones jurídicas libremente.

³¹⁹ Como consecuencia, anticipando el contenido que será objeto de un análisis más profundo a lo largo de la presente Tesis Doctoral, dejamos constancia de la observación de TEPEDINO,

3.2.2 Los sistemas y el paradigma vigente del derecho en una perspectiva ambiental

El paradigma de la conflictualidad de intereses resultante de la concepción de un derecho subjetivo determinó, por un largo período, la dedicación del jurista a la búsqueda del sentido del derecho exclusivamente en el texto legal – derecho positivado en la ley-, alejándose de la preocupación de cómo realizar justicia y que desde el positivismo acabaron llegando a KELSEN³²⁰. El paradigma vigente del Derecho demuestra una necesidad de superar la noción de ‘ciencia’ pura de cualquier elemento extrajurídico, en una clausura absoluta del sistema, como pretendía KELSEN en su Teoría Pura del Derecho. Este planteamiento parte de una observación del sistema del Derecho y de sus relaciones internas que, a su vez, demuestran actuar mediante un cierre en su normatividad y, paralelamente, se abre hacia el exterior de forma cognoscitiva para desarrollar su evolución funcionalmente orientada³²¹.

Admitida la ficción de esta manera de ver el derecho, reconocida su funcionalidad y vinculación al contexto histórico de una determinada época, aunque manteniendo la estructura formal racionalista-liberal en la organización del sistema, no se quedó ésta exenta de críticas, como sucede con la denominada *descodificación*, entendida cómo el ocaso de los códigos, con su pretensión de monosistema, así como con el polisistema, con la gradual conquista de espacios por las leyes especiales, centradas en la constitución,

al estudiar el Derecho Civil Brasileño en la actualidad: “*la recepción de estas nuevas fuentes de derecho operó una inversión hermenéutica, una vez que las reglas de interpretación se transfirieron al sistema de codificación para el ámbito de las leyes especiales, aunque manteniendo la aplicación residual del código civil, que se convirtió, de este modo, en un sistema fragmentado, excluido y que servía para complementar la constelación de los microsistemas establecidos*”. (En: TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.306, pp. 73-77, abr./jun.1989).

³²⁰ Para KELSEN, el derecho es entendido como un sistema de normas, un conjunto de relaciones lógicas desvinculadas de la naturaleza y del hombre que de ella forma parte.

³²¹ La positivización parte de la premisa de que la Ciencia del Derecho es una ciencia positiva de la norma, siendo el sistema del Derecho considerado como un sistema enclaustrado de normas, de carácter eminentemente lógico deducible, (KELSEN, Hans. *En: Teoría Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amada, 1979). A propósito, Kelsen, en la referida obra, llegó a diferenciar el mundo de la naturaleza (ser) y el mundo de las normas (deber ser), vislumbrando, en la ciencia jurídica, el aspecto normativo de sus conceptos constituyentes.

de tal suerte que la visión del fenómeno jurídico bajo esta nueva perspectiva indujo a una **lectura interdisciplinar del derecho**.

Como ha presentado Antônio Carlos Wolkmer, *“Una perspectiva interdisciplinar revela que la interrelación fragmentada de lo legal ya no es vista como anarquía y que es perfectamente admisible vivir en un mundo de **juridicidad policéntrica**”*. Partiendo de esta premisa, el autor afirma que, *“En este contexto, el pluralismo, en cuanto perspectiva interdisciplinar, consigue a lo largo de la historicidad de una comunidad regional o global, intercalar lo ‘singular’ con la ‘pluralidad’, el vínculo democrático de la variedad con la equivalencia, la tolerancia expresa en la convivencia de lo particular con la multiplicidad”*³²². Por tanto, al considerar una lectura interdisciplinar del derecho, en el análisis de cada caso concreto debe ser entendida e interpretada la cultura de un pueblo y sus valores para valorar la pertinencia de la solución apuntada, frente a la probable reacción de los ciudadanos a las situaciones emergentes. Se trata de un replanteamiento del derecho en el contexto de un orden capaz de vincular ley y realidad³²³.

Así, los sistemas sociales pueden abrir una “ventana” al **medio ambiente** e internalizar elementos que serán asimilados dentro de la racionalidad y circularidad que caracterizan los sistemas. Sin embargo el resultado de este proceso es impredecible en la medida en que el principio de la prevención, por ejemplo, puede ser interpretado por el Derecho transformándolo en normas que revelan precaución con respecto a un determinado producto o actividad.

De esta forma, la Teoría Autopoiética suministra un instrumento de valor, mediante la observación de la praxis jurídica para que el Sistema mantenga su operacionalidad y funcionalidad específica, ante una sociedad extremadamente compleja y contingente como la Sociedad Pos-Moderna. La racionalidad adquirida en la modernidad ya no es suficiente para administrar y

³²² WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994. p. 322.

³²³ BASTIT, Michel. **Naissance de la loi moderne**. Paris: Universitaires de France, 1990, p. 22.

pensar en un sistema jurídico insertado en un ambiente que posee tantas posibilidades comunicativas y de informaciones (complejidad), aumentando desmesuradamente.

En los contenidos ya examinados en la presente investigación, hemos abordado la preocupación de la protección del medio ambiente en la sociedad globalizada (perspectiva transfronteriza) y la sociedad de riesgo. Los riesgos producidos por el sistema económico necesitan ser controlados por el derecho, el cual necesita adaptarse a la evolución social (globalizada) a través del cambio de sus perfiles, de analítico y hermenéutico (dirigido hacia el pasado) hacia un perfil pragmático-sistémico, es decir, una perspectiva teórica que tome en consideración los fenómenos sociales y una visión apropiada del futuro.

La toma de decisiones en relación a este futuro necesita asimilar el principio de la prevención y debe ir precedida por una democratización de los procesos decisorios a través del desarrollo de un derecho reflexivo, que derive de negociaciones y otros procesos más democratizados en los que el Estado tendría el papel de guía y no de dirección de la sociedad.

En función de estas dificultades, que implican un cierre del sistema y sus consecuentes decepciones, surge pues, el aspecto positivo que es el de la cognición, ya que el sistema reacciona, llegando a provocar una mayor apertura a su medio, actuando mediante la capacitación de aprendizaje en un intento de reducir las frustraciones antes mencionadas. Por ello, recordamos la denominada 'resonancia' de LUHMANN, ya que de esta forma la apertura del sistema reacciona de manera sensitiva a su ambiente, y no caracterizada por una normatividad rígida sino que más bien se orienta en el sentido de que cualquier reacción tiene que derivar de los elementos internos. Entonces, existe la certeza de que habrá Derecho para el caso concreto; sin embargo, la positivación implica una incertidumbre con respecto a su contenido. Por consiguiente, las condiciones de que la resonancia puede ser producida por el sistema se fomentan en función de la habilidad de todo el sistema en poder manipular la complejidad externa bajo la óptica interna, normativa.

A pesar de analizar el sistema del Derecho, es imposible olvidar las cuestiones pertinentes a los demás sistemas, antes mencionados. Así, la manera en cómo el sistema del Derecho produce resonancia con relación a las cuestiones inherentes al medio ambiente debe analizarse a partir del presupuesto de que cada sistema parcial de la sociedad moderna actúa en conformidad con una frecuencia comunicativa propia, peculiar, haciendo aún más compleja la resonancia de enfrentamiento del caos ambiental en el que vive la humanidad en la sociedad pos-moderna, puesta de manifiesto por las innumerables incompatibilidades estructurales del paradigma epistemológico vigente en el sistema jurídico, cuya matriz es analítica y hermenéutica, con relación a todas las cuestiones que implican peligros y riesgos inherentes a la preservación del medio ambiente³²⁴. La recepción de estas cuestiones junto al sistema del Derecho, se hará efectiva en conformidad con su capacidad comunicativa; es decir, con la capacidad comunicativa de este subsistema denominado Derecho con todo el sistema que forma la sociedad pos-moderna.

Además, la descripción del *modus* como el Derecho efectúa la resonancia con relación a las cuestiones medio ambientales exige una observación sobre la estructura vigente en el sistema jurídico, pues cualquier cambio estructural a través del surgimiento de nuevos elementos será únicamente ante la compatibilidad de estas alteraciones con las estructuras preexistentes en el sistema. El examen del sistema jurídico posibilita las condiciones en las que el Derecho puede constatar las resonancias con respecto a las inquietudes provocadas por las alteraciones acaecidas en su medio que, en la cuestión ambiental, es extra-sistémica. En este sentido, *“la perspectiva ecológica del Derecho es recibida por estructuras marcadas por concepciones provenientes del individualismo, formalismo, normativismo, racionalidad abstracta, cientificismo y consecuentes, de manera ideológicamente preponderante, de las revoluciones burguesas. Éstas*

³²⁴ DE GIORGI, Rafael. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 227.

ejercieron una profunda alteración sobre la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica, formando el paradigma moderno del Derecho”³²⁵.

Para TERCIO SAMPAIO, la dogmática jurídica se caracteriza como la teoría del Derecho vigente, como una tecnología que “*dogmatiza sus puntos de partida y problematiza sólo su aplicabilidad en la solución de conflictos*”, contraponiendo la “*interrupción en la posibilidad de investigación de las ciencias en general*”³²⁶. La noción de una denominada ciencia del Derecho tiene su origen en la denominada Era Pandectista que se preocupó por sistematizar conceptos y principios jurídicos abstractos³²⁷. A su vez, la formación de esta tecnología comunicativa dogmática del Derecho instrumentalizó el surgimiento del positivismo moderno, en cuya concepción el derecho natural empieza a actuar como *ratio* del positivismo³²⁸.

La esperada ‘neutralidad’ exigida por una teoría científica era considerada como estratégicamente importante para los intereses de la burguesía, ampliamente beneficiados por las codificaciones que regulaban la sociedad. EROS GRAU apunta que el positivismo era considerado más que un soporte científico, porque a través de éste existía la idea de necesidad de seguridad jurídica de interés de la clase burguesa, obtenida a través de la

³²⁵ WINTER DE CARVALHO, Délton. **A Assimilação do Risco Ecológico pelo Direito ante uma Perspectiva Sistêmica**. Dissertação de Mestrado. *op. cit.*, p. 82.

³²⁶ SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 45.

³²⁷ Tercio Sampaio, en la p.30 de la referida obra, explica también que la noción de ciencia del Derecho proviene de la Pandectista que, a su vez, sistematizó conceptos y principios jurídicos abstractos, los cuales se concadenaban en un sistema científico nítidamente racionalista, tratado dentro de una perspectiva lógico-formal que influye en la teoría y en la praxis contemporánea. Este conjunto de proposiciones, puramente jurídicas, lógicamente ordenadas y articuladas, fundamenta la búsqueda de las denominadas “verdades científicas” en el sistema jurídico del siglo XIX, llamadas Pandectismo, Escuela de la Exégesis y Escuela Analítica, respectivamente en Alemania, Francia e Inglaterra.

³²⁸ En este período destacamos: los filósofos Christian Wolff, considerado como el padre de la moderna ciencia del Derecho por haber ejercido una larga influencia pedagógica sobre el movimiento jusnaturalista e iluminista de los siglos XVII y XVIII que, después, originó las codificaciones del siglo XIX, y Thomas Hobbes, que se preocupó por estudiar el positivismo moderno y su posición central en la división entre el derecho natural y el derecho positivo. En ese sentido, destacamos a BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

creación de un mayor formalismo para fomentar propiamente las relaciones mercantiles de la época³²⁹.

A su vez, la Escuela de la Hermenéutica Jurídica supone una contribución relevante a la noción de ciencia jurídica, atribuyendo una mayor importancia a la contextualización de los usos y funciones del lenguaje del Derecho. En esta construcción, se destaca Herbert Hart, que atribuyó a la aplicación del Derecho una denominada 'textura abierta' en razón de las imprecisiones del lenguaje. Por consiguiente, el Derecho debía ser reconocido a través del intérprete, siendo éste en su sentido sintáctico y semántico, pero sobre todo en una dimensión pragmática. Sin embargo, autores como Ronald Dworkin³³⁰ y el propio Herbert Hart³³¹, a pesar de presentar una crítica significativa con relación a la Escuela Analítica, demostrando la estructura de la comprensión jurídica, fundamentaron sus ideas en la descripción individualista del Derecho.

Sin embargo, la visión fundamentada en la matriz pragmática-sistémica no ejerció una fuerte influencia en la dogmática positivista dominante, pues provocaría un significativo cambio epistemológico en la Teoría del Derecho. La positivación considera la ciencia del Derecho como una ciencia positiva de la norma, considerando el sistema del Derecho como un sistema cerrado de normas de carácter lógico-deductivo. El sistema jurídico, en una matriz contemporánea de la Teoría del Derecho³³², es examinado solamente como un sistema de normas y de sus relaciones recíprocas. Sin embargo, se trata de un sistema cerrado, de abstracción lógica, racionalista y a la búsqueda de las denominadas 'verdades' jurídicas.

³²⁹ GRAU, Eros. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Montpellier: M.J. Bosch Editorial, 1997. p. 18. En el mismo sentido, TERCIO Sampaio, en la obra ya citada, p. 32 también enfoca la necesidad de seguridad requerida por el comercio burgués a través del Estado de Derecho.

³³⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. London: Fontana Press, 1986.

³³¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

³³² SEVERO ROCHA, Leonel. Três Matrizes da Teoria Jurídica. En: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz Streck; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). **Anuário do Programa de Pós - Graduação em Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 129.

LUHMANN³³³ destaca que una observación más profunda de la Teoría del Derecho demuestra, de forma más compleja, la funcionalidad de la dogmática jurídica que, a su vez, se dirige a la reducción de la complejidad del medio cuando hay, de manera paradójica, un aumento propio de la complejidad interna. En otras palabras, hay un aumento de las inseguridades soportables fomentadas por el ejercicio dogmático del Derecho Positivo que posibilita una operacionalidad normativamente cerrada y una apertura cognoscitiva, pues, paradójicamente, la dogmática suministra una flexibilización en la aplicación del Derecho a las situaciones concretas. Así, *“códigos y programas jurídicos efectúan un hiperciclo en las relaciones de los elementos en los procesos y en las estructuras decisionales sistémicas vigentes”*³³⁴.

En conformidad con el capítulo anterior, en el que hemos examinado los principios inherentes a la cuestión ambiental, el desarrollo y la aplicación de los denominados principios de la información y principio de la educación ambiental hacen que la comunicación proveniente de la concienciación ambiental adquiera relevancia en los *mass media* de comunicación y en diversos movimientos populares, es decir, produciendo una notable resonancia en el sistema social. Sin embargo, su efectividad se hace, por lo menos, cuestionable en razón de la constatación de un cierto grado de ineficacia de esta comunicación, a pesar de la receptividad en el sistema social³³⁵.

³³³ LUHMANN, Niklas. **Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 1974.

³³⁴ WINTER DE CARVALHO, Délton. **A Assimilação do Risco Ecológico pelo Direito ante uma perspectiva Sistêmica**. Dissertação de Mestrado. op. cit., p. 88.

³³⁵ WINTER DE CARVALHO, Délton, en nota a pie de página de la p. 88 de la citada obra recuerda que, *“En el sistema Político hubo una enorme producción de legislaciones relativas a la protección ambiental, lo que puso de manifiesto la mayor aptitud del Sistema Político a la hora de efectuar cambios rápidos frente a la presión popular en relación al poder de estar directamente vinculado a los votos electivos, mientras que el Derecho resulta más lento en la absorción de esta comunicación por ser conflictivo con su paradigma epistemológico vigente. En el Sistema Económico, se ha producido un mayor número de debates por la nuevas tecnologías y productos ecológicamente orientados (por ejemplo, el debate acerca de las posibles consecuencias de la implantación de los alimentos transgénicos – organismos modificados genéticamente -; la implantación del certificado de producción ecológicamente adecuada – ISO 14.000; la propagación de tecnologías “limpias”; entre innumerables formas en las que actúa la adecuación del ciclo productivo con respecto a la cuestión ecológica, como promoción del producto, incrementando su imagen comercial). Sin embargo, este sistema ha presentado una gran resistencia a la producción de una resonancia ecológicamente orientada en razón de su paradigma productivo al estar aprisionado en la dominación y en la transformación (industrial) de la naturaleza en escala masiva”*.

Para enfrentarnos a los problemas ambientales y buscar la consecuente resolución, la visión de integridad no se satisface con respuestas rápidas, ni con respuestas y caminos obsoletos trazados por la ciencia tradicional. En lo que se refiere a la ciudadanía, el principio del reconocimiento y del respeto al pluralismo de ideas, se destaca y se concretiza en una democracia participativa. El principio de la vinculación entre la ética, el trabajo y las prácticas sociales es fundamental para trazar los fundamentos del principio de la educación ambiental, constatándose la necesidad de una nueva postura ética en la sociedad. En este sentido, OLIVEIRA E COSTA afirma que el principio de la educación ambiental *“también contempla la garantía de la continuidad del proceso educativo, que podrá alcanzarse con la concienciación de la población, su permanente valoración crítica, poniendo de manifiesto la necesidad de adecuar y actualizar constantemente su contenido y métodos a la realidad local. La cuestión ambiental es indudablemente política y su regulación se vincula al protagonismo de cada ciudadano en el debate y en la toma de decisiones”*³³⁶. Sobre estos aspectos alude la teoría de LUHMANN acerca del fundamental principio de educación ambiental (capítulo I).

Cuando se trata del sistema del Derecho, el lenguaje respectivo, es decir, el lenguaje que se denomina ambiental, implica el surgimiento de una rama jurídica, denominada por la dogmática jurídica como ‘Derecho Ambiental’³³⁷. Se trata de una rama que todavía se muestra con varias contradicciones y problemáticas en razón de la estructura de paradigmas del Derecho Tradicional y de Derecho en crisis caracterizado por las verdades científicas que contraponen la certeza, por la racionalidad que es abstracta, estructurado todavía en una inserción individualista y normativista, en un sistema compuesto exclusivamente de normas jurídicas y sus relaciones para la aplicación del Derecho, como ciencia, a los casos concretos.

Por consiguiente, se revela un hiato epistemológico y teórico en las relaciones desarrolladas entre los hechos protegidos por el Derecho (a través de sus normas) y los hechos de la vida de una sociedad actual masificada.

³³⁶ KALIL DE OLIVEIRA E COSTA, José Kalil. *op. cit.* p. 451.

³³⁷ En ese sentido, al ser analizada la referencia bibliográfica que se encuentra al final de la presente Tesis Doctoral, citamos diversas obras cuyos títulos presentan mayoritariamente la expresión ‘Derecho Ambiental’.

Por tanto, se establece un choque de paradigmas del sistema del Derecho en su estructuración dogmática preponderante con los problemas inherentes a las cuestiones ambientales. En este sentido, debemos recordar a LUHMANN con respecto a la aparición de conflictos intersistémicos.

Finalmente, todas las variaciones exigidas para la protección del medio ambiente deben ser compatibles con las estructuras de expectativas comportamentales vigentes y generalizadas de manera congruente en el sistema, bajo pena de que incidan paradojas que obstaculicen y produzcan la ineficacia de estos nuevos elementos. Según lo examinado en el capítulo anterior, la creación de la rama del Derecho Ambiental es muy reciente cuando se compara con toda la historia de la humanidad, donde las paradojas provocan una sombra de la diferenciación fundamental entre el sistema social, el jurídico y la propia 'sub-rama' de este sistema jurídico. Así, el Derecho Ambiental carece del desarrollo de esta diferenciación, implicando dificultades a la hora de instituir y fomentar criterios de solución para la consolidación de estructuras aún indeterminadas.

En la actual concepción, la visión del Derecho Ambiental está inmersa en el paradigma del Derecho Tradicional que limita las observaciones sólo al sistema jurídico, considerado como un sistema cerrado. No hay una internalización del medio ambiente y sus cuestiones pertinentes, es decir, no hay una efectiva resonancia entre las cuestiones ambientales y el sistema jurídico porque este sistema, por ser cerrado, no permite el tratamiento distinto entre sistema jurídico/medio ambiente, provocando irritaciones y decepciones en el ambiente extra-sistémico (medio ambiente). Asimismo, a través de elementos internos, hay una ampliación de la visión que tiene el sistema del Derecho, y tan sólo él, con respecto a la relación con las cuestiones ambientales. Se observa, también, que el denominado 'Derecho Ambiental' es la designación interna conferida por el propio sistema jurídico, atribuyendo sentido a las alteraciones estructurales a través de la normatización, con la

intención de que no se produzcan peligros, riesgos y degradaciones inherentes al medio ambiente³³⁸.

Evidentemente, el estudio del Derecho Ambiental en la óptica del sistema jurídico vigente genera rupturas, decepciones e irritaciones cuando confrontado con el Derecho moderno, de cuño privatista, individual, exclusivista y egoístico, revelando ciertas contradicciones con respecto a las necesidades de protección del medio ambiente, prevista en las diversas Constituciones del mundo, tal y como hemos mencionado en el capítulo anterior. En este sentido, recordamos la teoría de LUHMANN, cuando afirma que el Derecho presenta un carácter *post factum* fundamentado en una especie de programación de modelo condicional, dificultando su aptitud hacia el establecimiento de metas, de características programáticas, consideradas ecológicamente equilibradas³³⁹.

Destacamos que el paradigma jurídico vigente del sistema jurídico, tal y como está estructurado, dificulta bastante la recepción de la dogmática jurídica inherente a la 'rama' representada por el Derecho Ambiental. Baste recordar que ya hemos subrayado la importancia del principio de la prevención en el capítulo I, pues en razón de la dificultad de reversibilidad de los daños ambientales producidos, el Derecho Ambiental debe ser tratado, principalmente, como un instrumento de prevención y no sólo de reparación o recuperación. Así, el Derecho Tradicional, concebido para proteger el derecho del daño, debe acoger el derecho del riesgo, debiendo producirse una profunda alteración en las aportaciones jurídicas propuestas por el Derecho Ambiental, al orientarse hacia una lógica eminentemente preventiva y de enfoque holístico.

³³⁸ En la presente investigación, se adoptan las expresiones "riesgos y peligros ambientales", y no solamente "daños o degradaciones", ya que tienen mayor coherencia con la perspectiva preventiva que fundamenta el Derecho Ambiental y, por consiguiente, el propio instituto de la responsabilidad civil ambiental, considerando el carácter de la irremediabilidad de este tipo de problema. En este sentido y con este tenor presentaremos el capítulo IV de esta Tesis Doctoral.

³³⁹ LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Great Britain: University of Chicago Press, 1989. p. 66.

El tratamiento de las cuestiones ambientales y su relación con el sistema jurídico implica el examen de interacciones internas consideradas impredecibles y de amplia complejidad, generando las denominadas irritaciones. Estas irritaciones son estructurales, generadas por una discontinuidad en la necesaria interacción entre los subsistemas sociales, hecho que da lugar a una dogmática jurídica ambiental distinta del paradigma tradicionalmente aceptado, sin atender a una semántica jurídica innovadora³⁴⁰. Por consiguiente, aumenta la complejidad estructurada en la sociedad en razón de la especificidad funcional de cada subsistema que cubre el sistema social, generando expectativas conflictivas entre los respectivos subsistemas. Así, se obstaculizan las informaciones necesarias para hacer posible una toma de decisión adecuada en términos de tutela jurídica del medio ambiente, resultado de una deficiencia en el acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el sistema ambiental³⁴¹.

La (auto) observación del choque proveniente del antagonismo del paradigma que rige en el Derecho actual y la dinámica complejidad que incide sobre los riesgos, peligros y daños al sistema ambiental, hace posible la descripción y la demostración de la contraposición entre la lógica normativa de articulación del sistema jurídico y la lógica de los juicios de una realidad con las especificidades del medio implicado (extra-sistémico), es decir, una lógica “*ecológico-natural*”³⁴².

³⁴⁰ *Idem. Ibidem.* pp.106-114.

³⁴¹ Conforme a lo anteriormente indicado en el Capítulo I, a modo de ilustración, hay que destacar que incluso con la función social de la propiedad garantizada por el artículo 5, incisos XXII y XXIII de la CFB de 1988 “*Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: XXII – está garantizado el derecho de propiedad; XXIII – la propiedad cumple su función social*”, que no solamente limita al propietario, urbano o rural, a la hora de ejercer su derecho sin perjudicar a la colectividad y al medio ambiente, tal y como permite la imposición de comportamientos positivos y contemporáneamente apuntando a la protección del medio ambiente, existen obstáculos que deben ser superados y que traen a la luz conflictos de intereses y la cuestión del desarrollo sostenible que entra en conflicto con la conservación de los recursos naturales. Y, en esta perspectiva, no es posible olvidar que el Estado, observando los dictámenes constitucionales, es co-responsable de la defensa y protección del medio ambiente (principio de la obligatoriedad de la intervención estatal).

³⁴² MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editora Trivium, 1991. p. 24. V.1.

Se destaca que un gran conflicto interno observado en el sistema jurídico con relación a la protección del medio ambiente deriva de un paradigma vigente del sistema jurídico que, a través de sus elementos internos, no sirve de instrumento para acoger las variaciones propuestas por esta nueva rama del Derecho. Ese conflicto resulta de la noción de derecho subjetivo, concepto nacido de la parte general de la rama del derecho privado y que simboliza muy bien, y representa, la ideología marcadamente individualista del Derecho Moderno, provocando rupturas estructurales relevantes ya que entra en contacto con las demandas cuyo perfil es transindividual, y que, conforme a lo estudiado en el capítulo I, es característico de las cuestiones ambientales.

Así, esta estructuración dogmática tradicional del Derecho implica una falta de aptitud del sistema jurídico vigente a la hora de acoger el Derecho Ambiental adecuadamente en su vertiente judicial y para tutelar efectivamente al medio ambiente, cuyos intereses son colectivos. Precisamente en este punto, es necesario subrayar que la presente propuesta aborda los daños individuales y, como tal, la estructura vigente, por ser de cuño individualista, en principio acogería y atendería, plenamente, el pleito del ciudadano lesionado en razón de la producción del citado daño. Sin embargo, por más paradójico que parezca, tal y como examinaremos en el capítulo IV de esta Tesis Doctoral, la tutela efectiva procedente de la producción de un daño ambiental que cause la lesión individual presenta severas deficiencias.

No se puede olvidar que el Derecho Ambiental, tal y como hemos presentado en el Capítulo I, tiene el carácter de cooperación, de transindividualismo y, principalmente, de búsqueda del bien común. En este sentido, MILARÉ³⁴³, acertadamente apunta que la idea de cooperación se muestra como antagónica a toda estructura sistémica desarrollada históricamente por el Derecho, en la esfera material y, también en la procesal,

³⁴³ MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental: um direito adulto*. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 4, n.15, jul./set., 1999. pp. 34-35. Se rescatan los conocimientos procedentes del Derecho Procesal, donde la noción de conflicto de intereses es estudiada por parte de relevantes autores de la doctrina, como Carnelutti, según el cual el enfrentamiento está caracterizado por una insatisfacción de pretensiones antagónicas.

donde ésa tiene como “*esencia*” el ‘conflicto de intereses’, y no la participación comunitaria y la cooperación entre los pueblos.

El Derecho, no se aleja de conceptos ‘axiomatizados’, o mejor, negando totalmente una relación jus-filosófica entre hecho y derecho, soporte fáctico y norma, en nombre de la autonomización formalista y ‘racionalista’ del Derecho procesal con relación al Derecho material. En términos de tutela ambiental jurisdiccional, los hechos presentan un lugar destacado para la efectividad de la protección jurídica, no cabiendo la desconexión entre elementos sistémicos (derecho material y procesal), sino sólo la necesaria articulación.

Las relaciones sociales actuales son el resultado de la masificación potenciada por el fenómeno de la globalización que deriva de la contingencia de un reconocido desarrollo tecnológico, principalmente en las áreas de la comunicación y medios de transporte, facilitando la universalización de bienes, personas y comunicación. Así, la dinámica global y la velocidad con la que se producen los hechos sociales imprimen un ritmo acelerado, rompiendo con la noción tradicional de tiempo y espacio. Implica, entonces las tensiones entre el tiempo en el que opera el sistema jurídico vigente y la realidad social actual, entre el espacio sobre el cual fue concebido el citado sistema y las relaciones sociales con consecuencias globales, transfronterizas.

Al tratar de los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por productos y daños ambientales, hay que destacar las conclusiones de GOLDENBERG cuando, al reflexionar sobre el impacto tecnológico y masificación social en el Derecho Privado, formula que “a) *Las transformaciones operadas a raíz de los avances tecnológicos han repercutido sensiblemente en el mundo del conocimiento, de las ideas y de los comportamientos humanos. b) Actualmente han aparecidos nuevos y gravitantes factores de poder en el medio social. Entre los mismos destacan: el científico-técnico y el de los medios masivos de comunicación. c) El impacto tecnológico y la masificación social inciden sobre todas las áreas de la juridicidad. Actúan como factores genéticos de los cambios normativos. d) El*

orden jurídico no es inmutable. Frente a cada nuevo desafío que surge en el contexto social, la comunidad reacciona organizando sus mecanismos de defensa. De este modo, asistimos en la actualidad a la lucha por el explícito reconocimiento legal de los derechos colectivos y de los intereses difusos. e) E derecho debe jugar un papel protagonista como agente activo de los cambios sociales. f) Las modificaciones producidas por los fenómenos científicos y técnicos deben estar dirigidas a mejorar la condición humana y afianzar la libertad de los individuos³⁴⁴.

Sin embargo, el intenso desarrollo del mundo industrializado resulta en dos fenómenos simétricamente opuestos: por un lado, existe la concentración de avanzados métodos técnico-científicos en poder de grupos económicos y *holdings* internacionales y, por otro lado, los daños causados en escala serial. En lo que se refiere a esta realidad, GOLDENBERG examina las repercusiones en el área jurídica, que se recogen bajo las siguientes pautas: *“a) La insuficiencia del concepto jurídico de culpa y los principios de la responsabilidad individual para dar adecuada respuesta a los nuevos riesgos que acompañan al desarrollo tecnológico, en continuo incremento en las sociedades de nuestro tiempo. b) La dilatación de los factores objetivos de atribución de responsabilidad. c) La moderna organización de las actividades empresariales que conlleva la posibilidad cierta de causar perjuicios en el seno de la comunidad donde operan. d) La rentabilidad económica derivada de los avances técnicos en forma directamente proporcional a su aplicación colectiva. e) El aumento de los sujetos que intervienen y el anonimato respecto a la autoría del daño. f) La existencia en estas hipótesis de un nexo causal adecuado entre la nocividad del producto o del daño ambiental y el menoscabo resultante”³⁴⁵.*

Así, la estructura del sistema jurídico vigente se muestra deficitaria para atender a esta sociedad globalizada, caracterizada por ser jurídicamente difusa. La tensión resulta de la eminente carencia de capacidad de los juristas contemporáneos a la hora de concebir relaciones jurídicas que superen el

³⁴⁴ GOLDENBERG, Isidoro H. Riesgos del Desarrollo y el Daño Ambiental. *En*: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.(dir.). **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. pp. 341-342.

³⁴⁵ *Idem. Ibidem.* p. 342.

paradigma individualista³⁴⁶, que todavía tiene, por excelencia, el 'conflicto de intereses'³⁴⁷. Esto, a su vez, fundamenta una libre competencia como consecuencia del propio capitalismo (neo) liberal, haciéndose incompatible con la protección de los derechos de tercera dimensión (entre los que se encuentra el Derecho Ambiental), caracterizados por la solidaridad³⁴⁸. Finalmente, la ruptura estructural entre el paradigma tradicional y la protección del medio ambiente debe tener como punto de partida la búsqueda de la superación de la noción de derecho subjetivo tendiendo hacia una construcción más adecuada de los fenómenos jurídicos de características difusas, incluso cuando el objeto de la tutela sea el daño individual.

La dogmática jurídica tiene la tarea de insertar la noción de derechos transindividuales en contraposición al clásico concepto de derecho subjetivo. Conforme a lo que hemos examinado en el primer capítulo, la cuestión ambiental deriva de los derechos humanos de tercera dimensión, sin necesidad de que el titular tenga que ser perfectamente identificado y a diferencia de la concepción clásica que deriva del derecho subjetivo³⁴⁹. Sin embargo, se trata de una inserción muy delicada, debido a la evidente inadecuación de la clásica división entre Estado y Sociedad Civil que, si recordamos, proviene de la revolución burguesa, y por lo que llega a producirse una contraposición tradicional entre derecho privado y derecho público en la teoría jurídica.

Concretamente, resulta necesario enfocar esta temática bajo la óptica de la construcción de una sociedad sin fronteras. Pietro Perlingieri,

³⁴⁶ Cabe recordar que el citado paradigma instituyó e instituye el modelo capitalista de la sociedad actual.

³⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

³⁴⁹ En el primer capítulo, hemos estudiado el carácter transindividual del Derecho Ambiental, y subrayamos ahora el concepto de PIGRETTI, Eduardo. **Derecho Ambiental**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p.52., cuando afirma que: *"El Derecho ambiental tiene por objeto el estudio de las relaciones del hombre con la naturaleza, y en este sentido es posible que supere las puras obligaciones personales y también el principio de los derechos reales, según el cual existe en relación a los bienes una obligación pasivamente universal de respetar a los titulares del dominio. 'El derecho ambiental deberá precisar los alcances jurídicos de interés particular de cada ser humano en la consecución de sus objetivos sin que las condiciones naturales de vida se vean afectadas"*.

sostiene que un sistema jurídico ya no se considera como una conquista definitiva o un resultado final y exhaustivo, puesto que cambia cotidianamente a través de la interpretación de los operadores jurídicos, que son quienes perfilan su actual rumbo, dirigiendo a los estudiosos hacia el desarrollo de una actitud crítica frente a las doctrinas jurisprudenciales y a los nuevos textos legales. Ésta es su visión del camino que hay que recorrer para confirmar un contexto jurídico que rebase las tradicionales fronteras entre los diferentes Estados, preservando, sin embargo, el paradigma actual de la estructura del derecho³⁵⁰.

Si intentamos entrar en el camino que en el futuro adoptará el derecho positivo, observamos que el rumbo que se delinea es el de la transposición de la discontinuidad jurídica característica de la pluralidad de los Estados modernos, con sus sistemas jurídicos cerrados, separados, hacia la realidad multinacional, hacia la sociedad sin fronteras, tanto en razón de un intercambio más intenso entre los hombres, por la rapidez de los medios de comunicación y transportes, como por la globalización económica, aproximando los modelos políticos, económicos y sociales^{351 352}.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la sociedad sin fronteras induce necesariamente a la aplicación del pluralismo de fuentes de derecho, en la medida en que su consagración implica la necesaria descentralización del origen del fenómeno jurídico, tanto en la esfera infra-estatal, como en la supra-estatal³⁵³. De esta manera, cabe cuestionar en qué medida podrá prevalecer esta coexistencia, llevándose a la práctica satisfactoriamente y sin implicar sucesiones de conflictos sin solución.

³⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Diritto comunitario e legalità costituzionale**: Per un sistema italo comunitario delle fonti. Napoli: ESI, 1992. p. 155.

³⁵¹ En esta perspectiva, citamos el contenido desarrollado en el capítulo I de la presente investigación en el que nos hemos ocupado de la extensión de la protección del medio ambiente desde la internacionalización hasta la perspectiva de la globalización.

³⁵² Esta situación podrá venir a suponer la superación de la propia constitucionalización del derecho privado, o, al menos, podrá significar su necesaria repersonalización en el sentido de que de adaptará a este nuevo paradigma estructural de la sociedad.

La superación de la constitucionalización, en relación al derecho supranacional debe ser tomada en cuenta, al menos como una posibilidad, en la medida en que, en una sociedad sin fronteras, la Constitución deja de ser la norma de base, convirtiéndose en un derecho regional, sujeto a la observancia de las reglas estatuidas para toda la comunidad con respecto a un determinado asunto.

³⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 17.

Si es un hecho que el modelo del ordenamiento jurídico, concebido hace doscientos años, ha conseguido sobrevivir a la actualidad, la proyección para el futuro que hoy se puede plantear apunta hacia la superación del ordenamiento jurídico del Estado unitario, entendido como un centro exclusivo de poder y de decisiones, dentro de un territorio demarcado, traduciendo una determinada cultura y los valores de un grupo social limitado.

Para poder comprender la pluralidad de fuentes, debemos pensar en su armonización y coordinación, sin dejar de considerar la diversidad de sus orígenes³⁵⁴, pues, *“sería inviable sostener el mito de la unificación legislativa, utópica como ya se reveló en la versión del monismo jurídico del sistema liberal clásico, no sabiendo, además, cómo hacer frente al riesgo de que surjan conflictos de tal orden que hagan inviable la aplicación de los diversos principios y normas utilizados, por su antagonismo, o por contener reglas absolutamente paradójicas en relación a otras normas existentes”*³⁵⁵.

Tratando acerca de las características del neoliberalismo, basado en datos interdisciplinarios de varios órdenes, se considera el mercado mundial, el flujo de capital, la tecnología, la fuerza de trabajo, la mercancía, el lucro, etc., en un mundo sin fronteras, sintetizando la ciencia económica, que informa, fundamenta, explica y organiza el capital en escala global. Octavio Lanni³⁵⁶, lo presenta como la superación del liberalismo clásico, arraigado en la sociedad y en los mercados nacionales, así como en el capitalismo competitivo, institucionalizados en los principios de la libertad, igualdad y propiedad, articulados en el contrato.

En el futuro podremos discutir y cuestionar, desde un óptica de historicidad, a partir de la experiencia de este siglo, llegando a deducir, en un

³⁵⁴ SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. En: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. São Paulo: Renovar. 2000, p. 21.

³⁵⁵ *Idem. Ibidem.* p. 22. En la citada obra, la autora afirma que *“desde el punto de vista técnico-jurídico, la sociedad sin fronteras induce necesariamente a la aplicación del pluralismo de fuentes de derecho, en la medida en que su consagración se dirige hacia la necesaria descentralización del origen del fenómeno jurídico, tanto en el plano infra-estatal, como en el supranacional”*.

³⁵⁶ LANNI, Octavio. **A sociedade global**. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p.140.

ejercicio de futurología, si esto llegará a producirse con el fin de la ideología del mercado ahora predominante, en la que el poder político es el perdedor frente al poder económico (que es el poder real), con la consecuente caída del gran mito actual: el mito de la globalización, o si la construcción actualmente utópica de la ciudadanía del mundo para todos, como consecuencia de la reducción de las desigualdades, marcará el fin de esta era³⁵⁷.

Kazuo Watanabe, cuando escribe acerca de la evolución semántica de la contraposición entre la noción de derecho subjetivo y los intereses transindividuales, ya apunta hacia una demostración de escasa absorción dogmática de las innovaciones provocadas por los problemas referentes a los titulares que trascienden la concepción individualista del Derecho. El autor afirma que: *“Los términos ‘intereses’ y ‘derechos’ fueron utilizados como sinónimos, si bien es cierto que, desde el momento en que comienzan a ser amparados por el derecho, los ‘intereses’ asumen el mismo estatus de los ‘derechos’, desapareciendo cualquier razón práctica, e incluso teórica, para la búsqueda de una diferenciación ontológica entre ellos. El hecho de que el derecho subjetivo siempre se refiera a un titular determinado o al menos determinable, ha impedido durante mucho tiempo que los ‘intereses’ que pertenecen a toda una colectividad o a cada uno de los miembros de esta misma colectividad (por ejemplo, el caso de los ‘intereses’ relacionados con el medio ambiente, con la salud, con la educación, con la calidad de vida, etc.), pudiesen ser jurídicamente protegidos. Se trataba de una de las consecuencias de la estrechez de la concepción tradicional del Derecho subjetivo, marcada profundamente por el liberalismo individualista, que dificultaba esta tutela jurídica. Con el tiempo, la distinción doctrinal entre ‘intereses simples’ e ‘intereses legítimos’ permitió un pequeño avance al conferir tutela jurídica a estos últimos. Hoy, la concepción más amplia del derecho subjetivo, que también abarca lo que se consideraba como mero*

³⁵⁷ SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. *op. cit.*, p. 26.

‘interés’ en la perspectiva individualista entonces predominante, ha ampliado el espacio de la tutela jurídica y jurisdiccional”³⁵⁸.

Así, urge la formación de un nuevo paradigma jurídico porque los riesgos, los peligros y las lesiones inherentes al medio ambiente inciden sobre toda la colectividad indeterminada e indeterminada de sujetos. Por paradójico que parezca, el propio agresor resultará perjudicado cuando su acción ponga en riesgo, peligro o cause la lesión y, paralelamente, será beneficiado en razón del cumplimiento de su propio castigo (tanto con el carácter preventivo, en caso de riesgo o peligro, o con el carácter punitivo, cuando cumpla con la obligación de recuperación del daño causado). Sin embargo, este cuadro encuentra serias dificultades a la hora de ser acogido por el sistema jurídico vigente, pues este último se funda en el conflicto de intereses individuales.

En esta perspectiva conviene destacar la opinión de HERMAN BENJAMIN que aborda lo que denomina bienes comunes. Para el autor, *“Los bienes comunes se rigen por dos principios básicos: el principio de la indivisibilidad de los beneficios (la utilidad del bien no es divisible entre los que lo utilizan, haciendo imposible su apropiación con exclusividad) y el principio de la no exclusión de los beneficiarios (ninguno de los miembros del grupo puede ser excluido de sus beneficios, a no ser que todos lo sean igualmente). (...) De ahí, entonces, la función ambiental, simultáneamente pública y privada. (...) Por último, los ciudadanos, cuando ejercen el derecho de iniciativa de las leyes complementarias y ordinarias ambientales, acaban beneficiando al conjunto de la sociedad como un todo”³⁵⁹.*

³⁵⁸ WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. En: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. pp.706-762, pp.718-719. También en la p. 719, al referirse a la Constitución Federal de Brasil, el autor escribe también que: *“siguiendo la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, usa dos términos tales como ‘intereses’ (art. 5., LXX, b), y ‘derechos e intereses colectivos’ (art. 129, n.III), como categorías amparadas por el Derecho. Esta evolución está reforzada, por parte de la doctrina, en la tendencia bastante acentuada actualmente de interpretar las disposiciones constitucionales, en la medida de lo posible, como atributivas de derechos, y no como meras metas programáticas o de enunciaciones de principios. Y en el plano legislativo, con la promulgación de leyes ordinarias que tratan de amparar tanto los ‘intereses’ como los ‘derechos’, dando lugar a la acción civil pública (Ley n.7.347/85), se consolida definitivamente la evolución”.*

³⁵⁹ HERMAN BENJAMIN, Antonio **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. pp. 9-82.

Así, se desarrolla la construcción de nuevos conceptos que pueden ser acogidos internamente por las actuales estructuras sistémicas, produciendo la noción de intereses ‘transindividuales’ o ‘metaindividuales’ que caracterizan los derechos ambientales. Ese carácter distintivo, al ser considerado un ‘derecho de masas’, sea difuso o colectivo, introduce un elemento conceptual diferente del carácter individualista de derecho subjetivo. Se debería producir, entonces, una variación de los elementos internos del sistema; es decir, de la concepción clásica del derecho subjetivo, a través de una “*sedimentación*”³⁶⁰ semántica de los citados intereses transindividuales o metaindividuales, que “*no es la génesis espontánea de lo nuevo (...), sino la reproducción diferenciada de elementos del sistema*”³⁶¹; es decir, una recepción que tiene en sus raíces el derecho subjetivo.

Sin embargo, cabe destacar que el sistema jurídico, a través de una interacción de los mecanismos evolutivos de la variación, selección y estabilización, mantiene una coherencia sistémica incluso frente a rupturas paradigmáticas profundas para el mantenimiento de su operacionalidad que es cerrada. En esta perspectiva, el sistema jurídico acoge, aunque precariamente por el vicio del origen pandectista, los intereses transindividuales. Por consiguiente, WINTER DE CARVALHO explica que, “*La inserción de la diferenciación sistema/entorno al propio Sistema del Derecho destaca la relevancia (sentido legal) atribuida a la protección jurídica del ‘medio ambiente’ (dogmáticamente ‘metabolizado’), frente a la creación conceptual de intereses transindividuales. El cierre operacional (o normativo) es la condición que posibilita la apertura cognoscitiva a la noción ecológica (extra-sistémica) que el Derecho observa de su medio (Ecosistema)*”³⁶².

Conviene recordar lo apuntado por Raffaele de Giorgi, que sostiene una semántica del derecho subjetivo considerada en el sentido de que se trata de un concepto con una auténtica “*ficción operacional*”, que se muestra

³⁶⁰ DE GIORGI, Raffaele. A Semântica da Idéia de Direito Subjetivo. En:_____. **Direito, Democracia e Risco**: Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p.99.

³⁶¹ LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Rafaele. **Teoría de la Sociedad**. México: Universidad de Guadalajara, 1993. p.222.

³⁶² WINTER DE CARVALHO, Délton. **A Assimilação do Risco Ecológico pelo Direito ante uma perspectiva Sistémica**. *op. cit.*, p. 107.

como un “*guía fósil*” y que permite las sedimentaciones para que se organicen en la semántica jurídica de la sociedad actual³⁶³.

El derecho subjetivo y sus ‘sedimentaciones’ semánticas deben realizar la destacada función de interacción intra-sistémica; es decir, entre los subsistemas sociales en los que se ejercen las interacciones recíprocas, y altamente complejas, de internalizaciones y externalizaciones, poniendo especial énfasis entre las relaciones del subsistema jurídico con la política y la economía. Así, la protección de los intereses transindividuales tiene una profunda vinculación con las teorías que estructuraron la noción positiva y promocional del Estado Social. En este sentido, los intereses transindividuales sirven como una red de condicionalidades jurídicas necesarias para la realización de programas políticos, debiendo determinar en los referidos procesos de internalización y externalización entre los subsistemas parciales del Derecho con los de la política ³⁶⁴ y economía³⁶⁵.

³⁶³ DE GIORGI, Raffaele. **A Semântica da Idéia de Direito Subjetivo**. *op. cit.*, p. 109. Cabe recordar que el derecho subjetivo desarrollado por los Pandectas fue concebido como un proyecto de sustentación de la positivación del sistema del derecho realizado por la vía del voluntarismo y de la propia filosofía racionalista que, a su vez, se adecuaron a la función de diferenciación de los sistemas sociales, proporcionando una base y estabilidad a la sociedad industrial.

³⁶⁴ CANOSA USERA, Raúl. **Cosntitución y Médio Ambiente**. Madrid: Ciudad Argentina, 2000. pp.22-23 apunta que: “*la cuestión ambiental es, sobre todo, un problema político cuya resolución exige adoptar en el seno de las instituciones representativas las decisiones pertinentes que incorporen a la política los intereses emergentes, entro ellos el ambiental. Éste ha ido encontrando acomodo en los ordenamientos jurídicos junto con otros intereses también protegidos por el Derecho. Los recursos naturales se han convertido en bienes ambientales que son objeto de protección jurídica. Pero, la respuesta del derecho no es, sin embargo, uniforme; más intensa en algunos Estados, mientras que otros es escasamente eficaz. La internacionalización necesaria de la protección del medio ambiente, que podría paliar esas diferencias armonizando las legislaciones nacionales, no es todavía ni suficientemente intensa ni lo bastante eficaz, puesto que los Estados conservan un amplio margen de maniobra para adoptar las directrices internacionales en sus ordenamientos internos*”.

³⁶⁵ ALEGRIA, Héctor. Economía. Médio Ambiente y Mundo Financiero. *En*: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.(dir.). **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. pp.324-325 aborda los criterios predominantes para la imputación del daño ambiental y los costes para los respectivos culpables en una perspectiva económica, sintetizándolos en: “*el refrán cuius est commodum eius est incommodum, es decir, la atribución del costo de la contaminación al titular del beneficio en virtud del cual el daño ha sido producido; -el principio del deep pocket, en base al cual se supone en el empresario o en el propietario una cierta capacidad económica. Por ello adeudar el costo del saneamiento del daño ambiental a los mismos parece reflejar un criterio de justicia social; -el aforismo res ipsa loquitur en el sentido de presumir la responsabilidad en presencia del mero hecho del daño en conexión con una actividad peligrosa (en términos jurídicos en presencia de una actividad peligrosa y de un daño ambiental rige una presunción juris tantum de la existencia del nexo de causalidad). Además de los criterios arriba mencionados, los*

La dificultad de las relaciones del sistema social en términos de comunicación entre los respectivos subsistemas, en especial la Economía, la Política y el Derecho, implica la necesidad de una intensificación entre los mismos al objeto de hacer posible una observación conjunta del caos ambiental en el que vive la humanidad con la finalidad, entonces, de que se haga efectiva y viable una tutela ambiental. Sin embargo, la mayor compatibilidad entre los subsistemas para realizar futuras conexiones implica relaciones complejas e impredecibles, pues no hay que olvidar que cada sistema funcional provoca interferencias en los demás, en sus relaciones recíprocas, a causa de sus diferenciaciones funcionales y racionalidades específicas³⁶⁶.

En la temática referente al medio ambiente, se deben desarrollar las relaciones entre el sistema jurídico y su ambiente, tanto en la esfera intra como en la extra-sistémica, estableciéndose una comunicación jurídico-ambiental. En este sentido, cabe entender lo expresado por Graciela Messina: *“La era tecnológica presenta nuevos problemas en relación a la indemnización de daños, como se ha puesto de manifiesto en la preocupación de los juristas en los últimos tiempos, tendentes a lograr la adecuación del Derecho a los nuevos cambios: responsabilidad civil por productos elaborados, daños nucleares, daño ecológico, responsabilidad civil derivada de la informática y los futuros daños que aún nos aguardan derivados del desarrollo de la biotecnología”*³⁶⁷. Así, la autora concluye que un análisis jurídico de este preocupante problema posibilita un doble enfoque: la investigación de la autoría física y moral del hecho dañoso para identificar el responsable y la atribución legal de las consecuencias del hecho dañoso para imponer la obligación del resarcimiento.

economistas formularon varios planes de acción fundados en estrategias económicas para influir positivamente en la protección del medio ambiente” (grifo).

³⁶⁶ Una observación conjunta del caos ambiental que afecta a la humanidad, no lleva a pensar en identidades absolutamente iguales, tal como posturas semejantes, ya que hay que reconocer la naturaleza de cada subsistema a la vista del hecho que las observaciones son realizadas en conformidad con la racionalidad específica y con los elementos que constituyen el propio subsistema.

³⁶⁷ ESTRELLA GUTTIÉRREZ, Graciela Messina de. **La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 16.

Es justamente en este sentido que la clausura operacional del sistema social instrumentaliza paradójicamente la apertura, de manera cognoscitiva, del sistema a las nociones pertinentes a la protección ambiental (extra-sistémico)³⁶⁸. Así, aún sedimentado en un paradigma individualista³⁶⁹, Raffaele de Giorgi, apunta que: *“Los intereses, producidos mediante el mecanismo compensatorio sobre el cual se funda el Estado social son vividos por los sujetos como una especie de reproducción y, una vez que éstos se transforman en expectativas, se convierten en una referencia para una posible actuación futura, al mismo tiempo que, simultáneamente, sirven de orientación para una elaboración jurídica. Por eso, el Estado social produce una cantidad incontrolable de derecho subjetivos y los sujetos, a su vez, disponen de una cantidad incontrolable de pretensiones que esperan legítimamente hacer valer como derechos subjetivos”*³⁷⁰.

Se constata la necesidad de superar el paradigma individualista del Derecho vigente moderno, que vicia y convierte en precaria la efectividad de los derechos de tercera dimensión. El sistema jurídico ha vinculado el presente a las estructuras de expectativas comportamentales previamente generalizadas, continuando las alteraciones decisionales condicionadas al pasado, tal y como resulta del paradigma decisional vigente.

³⁶⁸ SOUZA DUARTE, Marise Costa de. As novas exigências do Direito Ambiental. En: MORATO LEITE, José Rubens e BELLO FILHO, Ney de Bastos (org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 505-6. *“La principal tarea contemporánea de los juristas ambientalistas no consiste en ‘describir normas’, sino precisamente en el establecer puntos para que el plan de las normas sea lo más adecuado al plan de la realidad”*.

³⁶⁹ En la presente investigación se adopta la comprensión de que el Derecho Ambiental se constituye en una disciplina con una determinada finalidad y que conlleva una especie de obligación de resultado, teniendo como macroobjetivo (u objetivo primario) la *sustentabilidad*, o el establecimiento de un *Estado Socio-ambiental de Derecho*, que se descompone en microobjetivos que, de forma complementaria e integrada, confieren el carácter común y solidario de esa particular rama jurídica. Mientras, el Derecho Ambiental no puede separarse del estricto campo de la Dogmática, sino que necesita apoyarse en la Sociología del Derecho, para poder tener acceso a toda la compleja red de intereses políticos y económicos que rebasan las cuestiones ambientales, debiendo renovarse permanentemente, en el constante y vitalista contacto con la ética filosófica y, por tanto, con la Filosofía del Derecho y el ideario ambientalista. Frente a la compleja realidad ambiental de la sociedad actual y tratando de superar una visión reducida y parcial de la materia, entendemos que algunos requisitos son esenciales en la búsqueda de un nuevo modelo de comprensión, interpretación y aplicación de las normas ambientales, y que podrían servir para la construcción de una **teoría general de la disciplina**. En ese sentido, ver Marise Costa de Souza Duarte, *op. cit.*, pp. 503-528 e SANTOS, Roberto. Ética ambiental e funções do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano. 5, n.18, 2000. p. 250.

³⁷⁰ DE GIORGI, Raffaele. **A Semântica da idéia de Direito Subjetivo**. *op.cit.*, p.110.

Así, esta superación debe verificarse en el sentido de una evolución y una creación de un paradigma que sea concebido dentro de un sistema jurídico de la pos-modernidad, inscrita en la solidaridad y en la naturaleza comunitaria que ampara la protección de las presentes y futuras generaciones, es decir, no sólo contemplado por este paradigma vigente pasado, sino innovando en el sentido de crear un nuevo paradigma.

La necesidad de crear un nuevo paradigma la ponderación es defendida por CANOSA USERA que, al tratar de las fases progresivas de juridicización del medio ambiente, afirma que: *“La incorporación de los intereses ambientales en los ordenamientos jurídicos ha sido desigual, porque la protección del entorno no se ha producido simultáneamente en todas partes ni la intensidad de la tutela es uniforme. Varían a menudo las técnicas jurídicas empleadas para la preservación del medio. Lo anterior sucede porque **no existe una dogmática jurídico ambiental consolidada y esta debilidad teórica** y la inexistencia, por ende, de figuras e instituciones comunes impiden la uniformidad legislativa, facilitando así la proliferación de técnicas diversas con intensidad protectora variable”*³⁷¹ (grifo).

3.3 La dogmática jurídica y los Derechos Fundamentales Ambientales bajo la tónica “Crisis del Estado y del Derecho”

En conformidad con lo expuesto anteriormente, el Derecho Constitucional ha encontrado dificultades de viabilidad, porque encuentra resistencias en la propia dogmática jurídica y, por consiguiente, hay dificultades de implantación de las propias normas infraconstitucionales, principalmente cuando coincide con el instituto de la Responsabilidad Civil. Se trata de dificultades prácticas de implantación de los derechos fundamentales, en especial de los de segunda y tercera dimensión, donde las condiciones objetivas y estructurales, muy a menudo asociadas a las condiciones económicas de los Estados, hacen inviable o retardan estos mismos

³⁷¹ CANOSA USERA, Raúl. *op. cit.*, p. 26.

derechos. En líneas generales, todas las Constituciones que prevén el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado presentan normas que se originan en la conocida Convención de Estocolmo. De esta forma, aportan obligaciones “*Erga omnes*” de comportamientos positivos y negativos del Estado, conforme a lo que hemos presentado en el capítulo primero.

Además, las sociedades de consumo no están dispuestas a dejar de serlo, por el contrario, aspiran a incidir más en el consumo y a extenderlo a zonas del planeta aún no consumidoras. Puesto que el objetivo no es el de reducir el consumo sino el de aumentarlo, y ya que la producción limpia y el reciclaje completo no están económicamente aún al alcance de la sociedad, tan sólo cabe medir las consecuencias de los objetivos medioambientales en relación a las posibilidades concretas de preservación de recursos. Por tanto, el interés jurídico ambiental se presenta: *“como un interés debilitado por la enorme magnitud de lo que su plena realización exige, carente de la fuerza para condicionar en un grado suficiente todas las políticas públicas y todo el acontecer humano.[...] A la mencionada debilidad o falta de aptitud para imponer debidamente la preservación integral e inmediata de los bienes ambientales contribuye la poca concreción de estos últimos. [...] Lo novedoso del interés, las dificultades para hallar, en cada momento, las medidas idóneas de protección provocan, por añadidura, dificultades teóricas **que impiden, al menos en el campo jurídico, elaborar una dogmática precisa. El resultado es con frecuencia un Derecho positivo ambiental disperso, lleno de deficiencias y descabezado, lo que limita la acción transformadora del Derecho sobre la realidad ambiental**”*³⁷² (el texto original no está grifado).

³⁷² *Idem. Ibidem.* p.37. El autor aún escribe que: “No obstante, los poderes públicos tienen asignadas tareas de protección de los bienes ambientales y las desarrollan con las limitaciones más atrás señaladas. A menudo, el Estado fija máximos de contaminación admisibles o grados de deterioro de los recursos permitidos, que estando lejos todavía de los idóneos, al menos brindan cierta garantía. Se ha levantado también un creciente aparato burocrático especializado para atender las misiones ambientales, y las orientaciones ambientalistas impregnan, cada vez más, las otras políticas públicas mediante instrumentos tales como la evaluación del impacto ambiental, entre otros.

En este aspecto, se puede pensar en el espectro del derecho social resultante del Estado a partir de una distinción tradicional al campo jurídico, tal como: la separación entre derecho subjetivo y derecho objetivo.

Aunque ésta sea una separación usual para la teoría jurídica, resulta necesario determinar la diferencia entre el cuño subjetivo del derecho bajo la perspectiva social, con respecto al relacionado con el derecho individual ya clásico. Aceptada la idea del derecho objetivo como conjunto de instituciones y normas que componen un determinado orden jurídico – visible tanto en el interior del derecho individual como en el derecho social – cabe, ahora, demostrar la distinción bajo su aspecto subjetivo, tal como el conjunto de capacidades que esta normatividad objetiva confiere a sus titulares.

Lo que hay que considerar, en este momento, es que existe un inevitable cruce entre estos espectros en el campo individual y en el campo social, puesto que, de la misma forma que para el derecho individual, el derecho social incorpora en su orden objetivo una titularidad; es decir, al derecho social objetivo se liga un derecho social subjetivo atribuido a los sujetos que integran el grupo y/o a éste directamente como *personalidad colectiva compleja* que se presenta como una organización de la unidad en el interior de la multiplicidad, donde sus miembros conservan su personalidad parcial. Esto permite distinguir la titularidad del derecho social que no queda reducida a una unidad, sea individual o colectiva. Esta colectividad compleja no reduce a sus miembros a simples partes que componen un “gran” individuo múltiple³⁷³.

Aquí, en el ámbito del derecho social, se reproduce la dicotomía atribuida al derecho individual – *derecho objetivo* como un conjunto de instituciones y reglas que forman el orden jurídico; *derecho subjetivo* como conjunto de capacidades que estas reglas atribuyen a los sujetos a los cuales se dirigen – sin que, así, se esté identificando derecho subjetivo con derecho individual.

³⁷³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Idéias de Direito Social**: O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 46-47.

En este sentido, lo que diferenciaría el derecho social sería su auto-imposición, es decir, la posibilidad del paciente de reconocerse en el orden emanado del grupo desde el momento en que esta normatividad es percibida como auto-instituida por la participación de éste en su elaboración, una vez que no hay una separación, tal como se sigue en el orden del derecho individual; tampoco se produce una jerarquización, tal y como acaece con el derecho estatal y, mucho menos, una sujeción como cuando el orden normativo deriva en una subordinación, además de sus lazos ético-morales.

Así, por una parte tenemos la tradición del individualismo jurídico como orden normativo de la coordinación, asociada con la idea de exclusión, desde una sociabilidad bilateral de individuos en oposición. Este derecho de coordinación, propio de la normatividad estatal – pues es ésta la que, indirectamente, funciona como totalidad – extrae su sentido de obligación de la autoridad de las relaciones existentes entre sus miembros en cuanto centros efectivamente desvinculados de su vínculo recíproco de uno a otro.

Por otro lado, surge la novedad del orden social integrador, donde los intereses, en lugar de oponerse, se igualan y se integran y, donde la fuerza obligatoria de su normatividad deriva del hecho de la participación inmediata en el todo - la autoridad del grupo está, también, en cada uno de sus miembros. De ahí, la importancia de los derechos individuales en este tema.

En este sentido, la misma situación incide también, con frecuencia, con actividades de fomento y protección de otros intereses socialmente relevantes³⁷⁴. Adoptando un raciocinio matemático, VERDÚ, con precisión, afirma que el avance de la dogmática es aritmético ya que la realidad política, social, económica y tecnológica avanzan en escala geométrica³⁷⁵.

Paralelamente, tal y como destaca LOPEZ PINA: *“la riqueza de la doctrina y la jurisprudencia alemana, española, francesa e italiana no han*

³⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, E. W. **Escritos sobre Direitos Fundamentais**. Bade-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. pp.82-83.

³⁷⁵ VERDÚ, P. Lucas. ¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad. *En: ACADEMIA ESPAÑOLA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS. Anales...*, Año L, n. 75. p. 384.

*permitido deslindar con nitidez, cual sea el respectivo paradigma de relaciones entre Estado y Sociedad. Sin duda dispone la variedad de intérpretes de un paradigma propio; pero tal marco de referencia raramente se suele explicitar, y solo difícil, esporádica y cualquier cosa menos cartesianamente se trasluce. Y precisamente porque los derechos fundamentales tienen como misión distribuir las funciones entre Estado y Sociedad y dotar de contenido al Estado de Derecho; y dado que cada interpretación viene inspirada por una determinada teoría de los derechos fundamentales, podríamos tal vez intentar hacer balance de la ejecutoria de diversos países*³⁷⁶.

Este cuadro de política normativa sobre la solución de los conflictos entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente se esta transformando en los últimos tiempos en ciencia de la aparición de *nuevos* factores, que han producido cambios de ideología y, en consecuencia, el nacimiento de nuevas técnicas jurídicas³⁷⁷.

Se llega, entonces, en una de las cuestiones más recurrentes como es la de la crisis del Estado social, pues al mismo tiempo en que se reconoce un plausible crecimiento del bienestar de la humanidad, se incrementa la debilidad de seguridades que deben ser promovidas por el Estado. En este contexto incierto surge el interés ambiental debilitado e insertado en las incertidumbres suscitadas por el Estado social. Afectado por la denominada globalización y sometido a la prueba de integraciones supranacionales que frecuentemente colocan al Estado social en una situación de peligro, se intercala entre sus objetivos uno nuevo, que es el ambiental, como una variable compleja, expansiva y relacionada con el cuadro anteriormente descrito.

³⁷⁶ LOPEZ PINA, Antonio. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho; Universidad Complutense Madrid; Editorial Civitas, 1991. p. 19. El autor también apunta que: “*A tal fin parece oportuno que ahondemos en tales cuestiones, y que nos preguntemos en qué sentido deberían discurrir los próximos años*”.

³⁷⁷ PEREZ MORENO, Alfonso. **La cuestión medioambiental**: factor prioritario en la regulación de las obras y servicios públicos. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1999. p. 143.

Por un lado, la preservación de los bienes ambientales se considera un objetivo universal. Por otro, la evolución de la globalización debe atender a las cuestiones ambientales, que conforme a lo estudiado en el Capítulo I son planetarias; sin embargo, de manera contraria, se presenta como una economía mundializada que aspira, sobre todo, a la obtención de beneficios. Se crea, por tanto, una paradoja, pues al mismo tiempo en que las soluciones ambientales llegarán a ser eficaces sólo cuando sean adoptadas a escala mundial, la globalización también resulta enemiga de la preservación del medio ambiente, convirtiéndose en una de las principales amenazas.

Además, CANOSA USERA subraya que, *“la lógica del beneficio económico, ínsita en la globalización, y el paralelo debilitamiento del Estado social impiden a éste realizar políticas ambientales eficaces. [...]¿Qué ocurre con los países más beneficiados de la implantación del Estado del bienestar? Es sabido que la globalización, con la necesidad de competir, ha puesto en crisis un modelo de protección social ineficaz y anticompetitivo. En verdad, destinar recursos para proteger a los más desfavorecidos no tiene una rentabilidad económica tangible e inmediata; estos recursos se retiran de la lógica del mercado para atender fines estatales a menudo constitucionalmente señalados. Y esto es lo que ha entrado en crisis cuando la globalización parece requerir la extensión del mercado a todos los recursos disponibles. [...] **En este contexto, el constitucionalismo social entra en crisis porque ya no sirve, tal y como fue concebido, para acompañar los procesos económicos mundiales, es un estorbo. Es imprescindible, pues, su adecuación y surgen las terceras vías o toda la discusión política, cultural y jurídica acerca de su superación, adaptación o desmontaje definitivo. Pugnan corrientes liberales con otras menos enemigas o todavía propulsoras del Estado social**”³⁷⁸(grifo).*

Sin embargo, con este marco de crisis del Estado social, se cuestiona la evolución de las llamadas políticas sociales ambientales. En efecto, nunca se alcanzó un grado de protección ambiental comparable con el

³⁷⁸ CANOSA ULSERA, Raúl. *op. cit.*, pp. 39-40.

alcanzado en otras políticas sociales, más antiguas. No existen organismos ambientales que se puedan comparar con los de la seguridad social o de la educación pública, por ejemplo.

Cuando se habla de preocupación ambiental coincide con la globalización y con la crisis del Estado social. En la vertiente jurídica, las cláusulas sociales están previstas en las Constituciones, recordando a los poderes públicos y a los ciudadanos la necesidad de promover intereses sociales, mejorar las condiciones materiales de vida, realizar, en síntesis, la igualdad substancial. Sin embargo, una de las mayores dificultades que establece el constitucionalismo, es la falta de concreción en los tiempos de cumplimiento, por lo que hay que suponer que casi ningún objetivo social declarado puede lograrse de inmediato con respecto a la entrada en vigor del precepto constitucional, y eso también porque regular la transformación social y encaminarla hacia los fines trazados es una de las características del constitucionalismo social.

Llegados a este punto, conviene reflexionar sobre el Derecho Constitucional y sobre el “tiempo ambiental”. Para GOMES CANOTILHO³⁷⁹, en una clase impartida, destacó que el derecho público del ambiente parece haber encontrado en los tiempos más recientes un nuevo tópico: *“el tiempo justo o la duración justa de los procedimientos administrativos ambientalmente relevantes [...] .El problema de la aceleración y del ritmo de los procedimientos y procesos con relevancia ambiental es debatido bajo diversos puntos de vista. Algunos invocan la necesidad de adaptación de los procedimientos de la administración al ritmo de la economía y de la sociedad. Otros recuerdan el viejo aforismo de que el tiempo es dinero, incluso en materias de ambiente, en una economía globalizada”*³⁸⁰. Actualmente, se refleja sobre el ‘tiempo procedimental justo’, pretendiéndose, con este tópico, avanzar sugerencias en el sentido de la aceleración de los procedimientos administrativos ambientalmente relevantes. Existen, sin embargo, objeciones jurídico-constitucionales.

³⁷⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. En: Clase impartida en el ámbito del Curso del CEDOUA, 1998/99.

³⁸⁰ *Idem. Ibidem.*

En la misma clase, el autor continúa sosteniendo que, *“Parece claro que el problema de la durabilidad temporal de los procedimientos ambientalmente relevantes implica perspectivas múltiples. En primer lugar, una ‘perspectiva económica’: el ambiente no puede impedir la creación y desarrollo de un orden económico eficiente. Después, una ‘perspectiva ecológica’: los procedimientos ambientalmente relevantes están teleológicamente vinculados a la auto-sostenibilidad del sistema ecológico. Por último, una ‘perspectiva sociológica’”: el equilibrio de intereses en los procedimientos ambientales debe preocuparse por la paz social y armonización de conflictos. Las tres perspectivas ahora planteadas permiten analizar el primer ‘tópico’- el tiempo es dinero. El retraso de las autorizaciones, licencias y concesiones influyen sobre el ritmo de la actividad económica. En otras palabras: la duración del procedimiento de autorización puede considerarse como un elemento de atracción local. En el mismo sentido, la precariedad temporal del procedimiento no puede separarse del hecho de una demora excesiva al acarrear una alta probabilidad de perjuicios y riesgos ambientales. Finalmente, la duración del procedimiento puede implicar costes sociales de oportunidad, pues la eventual dilación del procedimiento es susceptible de arrastrar la solución de otros problemas con ellos relacionados. Como, entonces, ¿responder a las exigencias anteriormente mencionadas de la reducción de algunos trámites procedimentales?”*³⁸¹

Francisco Alegre Cuita, bajo el enfoque del tiempo, afirma que la oncopolítica, es decir la política propia de las formas modernas (Estado y Capital); se comporta como si no hubiera tiempo. Pero **la esencia de esa política, como de toda política, es el tiempo.** Una determinada temporalidad, que es el tiempo producido y estático del instante repetitivo de la máquina. El tiempo de la vida es autopoietico, el tiempo de la máquina es producido. Constituirse sobre la base de la producción de una temporalidad cerrada y estática del tiempo, es negar la entidad ontológica del tiempo;

³⁸¹ *Idem. Ibidem.*

negando la diferencia, el desorden, la imprevisibilidad y la naturaleza apriorística de este³⁸².

Sin embargo, en el punto anterior, el contenido apunta a la necesidad de superación de un conflicto entre el paradigma tradicional del Derecho y las demandas de carácter transindividual. En este sentido, cabe citar a BOBBIO³⁸³, al considerar que una dimensión de derechos humanos no excluye a otra, siendo más que compatibles; es decir, esencial para la garantía y protección de la otra dimensión y por actuar en circunstancias que le son propias. Sin embargo, el propio autor admite la paradoja existente entre los derechos de libertad y los derechos sociales, destacando que no resulta apta una fundamentación de carácter absoluto; lo que posibilita una argumentación basada en los “*varios fundamentos posibles*”. La praxis demuestra paradojas con respecto a sus relaciones auto-referentes, produciéndose un evidente conflicto entre la garantía de los denominados derechos de primera dimensión (en los que se considera el individuo humano) y los de la denominada segunda dimensión (entre los que cabe citar la familia, las minorías étnicas y religiosas...) y, finalmente, de manera aún más antagónica, con relación a los derechos de tercera dimensión, entre los que el género humano es considerado como un todo.

Los derechos fundamentales deben tomar también en consideración las relaciones comunicativas entre la Economía, la Política y el Derecho como preponderantes en la Sociedad funcionalmente diferenciada, debiendo hacer uso de elementos que posibiliten una interacción intra-sistémica con el objetivo de orientar, cognitiva y conjuntamente, adquisiciones estructurales evolutivas a las necesidades de la humanidad, que es en lo que consiste el entorno social que hemos presentado en el punto anterior.

En otros términos, el problema del vínculo entre medio ambiente y el orden económico puede presentarse de la siguiente forma: *La cuestión que se plantea, sin embargo, es la de saber en qué medida es posible conciliar el*

³⁸² GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. Granada: Editorial Comares: 1993. pp. 10-11.

³⁸³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direito**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 23-24.

desarrollo económico con la protección del medio ambiente; e incluso, ¿hasta qué punto prevalece el interés de la protección ambiental o el interés del desarrollo económico? La pregunta se plantea en la medida en que las condiciones de vida de las inmensas legiones de miserables del Tercer Mundo difícilmente perciben que sus condiciones son el producto y la consecuencia de una determinada forma de desarrollo económico que producen como resultado previsible la pauperización y marginación de la inmensa mayoría de la población del mundo”³⁸⁴.

Los planteamientos del autor adquieren mayor relieve cuando se percibe que la protección del medio ambiente, erigida como principio orientador del desarrollo económico, viene a implicar, necesariamente, el núcleo del **Estado Democrático y Ambiental**, en el difundido cambio axiomático del proceso productivo, alterando igualmente el patrón acumulador de capital y el concepto de desarrollo económico de forma que se pueda conciliar la producción con una concepción más holística.

Para Cristiane Derani, el vínculo entre Derecho Ambiental y Derecho Económico reside en el concepto de calidad de vida, puesto que: *“La aceptación de que calidad de vida corresponde tanto a un objetivo del proceso económico como a una perspectiva de la política ambiental aleja la visión parcial de que las normas de protección del medio ambiente afectarían al proceso económico y tecnológico. Desde este enfoque, tales normas buscan una compatibilidad de estos procesos con las siempre crecientes exigencias del medio ambiente”³⁸⁵.*

La autora parte de diversos conceptos de calidad de vida inherentes al Derecho Ambiental y al Derecho Económico como elementos integradores entre dos sistemas, tales como: a) **el aspecto físico de la calidad de vida** como indicador de las condiciones mínimas del medio físico, abarcando, igualmente, elementos que traduzcan sensaciones psicológicas, estéticas o

³⁸⁴ BESSA ANTUNES, Paulo de. Direito Ambiental como Direito Econômico: análise crítica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 115, jun./set. 1992. p. 319.

³⁸⁵ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental e Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 78.

estados anímicos, etc.; b) **referencia antropológica** como la importancia que la calidad de vida, fundada en el acceso a los bienes ambientales, tiene para el desarrollo de las sociedades, no solamente en el momento presente, sino también con vistas a la equidad intergeneracional y c) **tutela del bienestar**, vista como la comunión de las políticas económica y del medio ambiente con el objetivo de prever la obtención de factores necesarios que conduzcan a la asistencia de las necesidades básicas – alimentación, habitación, salud y educación³⁸⁶.

Todo ello está sintéticamente presentado, incluso, por la propia noción de calidad de vida prevista por la Convención de Estocolmo de 1972, *in verbis*: “*El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas es un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras [...]*”³⁸⁷.

Cabe señalar también que si el Derecho Económico no es típicamente intervencionista (cortesía del neoliberalismo). No puede afirmarse lo mismo en lo que se refiere al Derecho Ambiental que, de toda forma, posee instrumentos de intervención en el orden económico de manera que altera y conforma, bajo una égida diferenciada, un patrón de desarrollo fundado en estas necesidades cualitativas de vida. Entre los ejemplos frecuentemente citados de esta intervención del Derecho Ambiental se encuentra el Estudio del Impacto Ambiental – EIA y el Informe del Impacto Ambiental - RIMA, además de otros instrumentos previstos en la legislación ordinaria.

En este sentido, cabe destacar que el fin anhelado por la humanidad en términos de tutela ambiental implica un gravamen que incide sobre el sistema económico, a través del aumento de la necesidad de inversiones, cuidados y responsabilización por conductas que pongan en riesgo el medio ambiente (sociedad de riesgo). Las diferencias ocasionadas por la relación intra-sistémica, es decir, principalmente entre los subsistemas del Derecho y

³⁸⁶ *Idem. Ibidem.* pp. 79-80.

³⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *op.cit.*, p.250.

de la Economía, ocasionan un significativo aumento de la complejidad de las acciones sociales con el propósito de tutelar el medio ambiente. MARTÍN MATEO demuestra esta complejidad de las relaciones intra-sistémicas de los derechos fundamentales bajo la perspectiva del Derecho Ambiental, cuando apunta que, *“De hecho se han realizado en este campo sensibles avances que no pueden desconocerse, sosteniéndose desde el punto de vista teórico que es posible la asimilación por el sistema de las medidas correctoras de la contaminación. Pero, aún así las estrategias a adoptar los resultados pretendidos, porque en definitiva se trata de imponer costos adicionales que no trascienden al incremento de la producción y que gravitarán sobre los beneficios. Más difícil aún es el encajar aquí políticas globales que tiendan a un uso parsimonioso de los recursos disponibles, frenando los impulsos de un consumo cuya persistencia y progresión es indispensable para la dinámica del dispositivo económico, sin que por lo demás sea asimilable por los principios políticos dominantes la drástica imposición coactiva de medidas de austeridad. La reacción ante la problemática ecológica de los sistemas de economía liberal se basa fundamentalmente en la imposición de correctivos a los agentes contaminantes a través de una amplia gama de medidas administrativas[...]* Pero los teóricos del sistema han ido mucho más lejos, y ha sido precisamente desde aquí de donde han partido análisis y propuestas de trascendencia macropolíticas tendentes a la disminución del ritmo económico, bien que no hayan pasado de meras formulaciones científicas permaneciendo en el estadio de las sugerencias reformistas”³⁸⁸. Por consiguiente, no obstante los obstáculos ya citados que brotan del sistema jurídico y su dogmática, aparece, aún, una natural dificultad, de orden económico, para la implantación de este derecho fundamental.

Conforme a lo estudiado en el Capítulo primero, la eficacia de las normas constitucionales impone la concreción y la viabilidad de la protección al medio ambiente como norma definidora de fines y tareas del Estado. Autoriza, así, que se adopten medidas para esta concreción, vinculando el Poder Legislativo con el Poder Público, sirviendo de parámetro para la

³⁸⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium. 1991. v.1. p. 36. En la misma página, el autor también afirma que: *“En realidad, debe reconocerse que ese tipo de soluciones no afectaría sólo a los países del bloque de economía de mercado, sino a la Humanidad en su conjunto, aunque sea allí donde se hayan delineado”*.

interpretación y aplicación del derecho infraconstitucional³⁸⁹, donde encontramos el instituto de la **responsabilidad civil**. En este sentido, tratándose de la preservación ambiental como derecho fundamental, HESSE apunta: “Además de estos efectos, la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico tiene una importancia capital, no solo teórica, para las tareas del Estado. Partiendo de esta premisa de la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales surge no sólo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquellos protegen, sino también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una **pretensión subjetiva de los ciudadanos**”³⁹⁰(grifo). Aquí observamos la dicotomía referente al derecho individual, antes examinada, entre derecho subjetivo y derecho objetivo.

FERRAJOLI³⁹¹ distingue tres aspectos de esta crisis, fundamental para la cuestión. El primer aspecto se denomina como *crisis de legalidad*, caracterizada por la debilidad del valor del vínculo asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos y la consecuente ineficacia de los controles, implicando lo que se denomina como fenómeno de la ilegalidad del poder. El segundo se caracteriza por una *inflación legislativa*, plasmado en la inadecuación estructural de las formas del Estado a las funciones del *Welfare State*. Hay una determinada contradicción entre el paradigma clásico del Estado de Derecho, que limita la actuación del poder público para tutelar los derechos y libertades del ciudadano a través de un conjunto de límites y prohibiciones impuestos por aquel, y el Estado Social que, al contrario, exige a los mismos poderes la satisfacción de los derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de forma general y abstracta, es decir, de forma discrecional.

³⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1993. v. IV. pp. 219-20.

³⁹⁰ HESSE, Konrad. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 94.

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistemas de Garantias. En: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes (org.). **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. pp. 89-90.

De esta forma se substraen los principios de la certeza y de la estricta legalidad, manifestándose una inflación legislativa que es provocada por la presión de los intereses sectoriales. FERRAJOLI también afirma que: *“El deterioro de la forma de la ley, la incertidumbre generada por la incoherencia y por la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de seguridades de los derechos, comparable, por la capacitación de regulación y de control, al sistema de las seguridades tradicionalmente disponibles para la propiedad y la libertad, representa de hecho, no solo un factor de ineficacia de los derechos, sino también el terreno más fecundo para la corrupción y para el arbitrio”*³⁹². Finalmente, el autor indica una *debilitación del constitucionalismo* como resultante del tercer aspecto de la crisis, manifestando el desplazamiento de los lugares de soberanía, en la alteración del sistema de las fuentes, ya que el proceso de integración mundial, notoriamente europea, desplazó hacia fuera de las fronteras de los estados nacionales las sedes de decisión, tradicionalmente reservadas a su soberanía.

Transcribimos aquí un pasaje de la obra de CANOSA USERA que, al examinar la cuestión ambiental según la Constitución Española, hace referencia a los tres aspectos de la crisis, enunciados por FERRAJOLI, que son observados también en la CFB: *“El papel de la dogmática constitucional es, por su parte, mucho más modesto; se limita a preparar la decisión legislativa o cuando ésta se produzca, a criticar o explicar las normas aplicadas. Ahora bien, la inactividad del legislador democrático esteriliza, en buena parte, la aproximación dogmática que se desenvuelve en un vacío sin objeto normativo al que asirse; perfecto escenario para que aquella lapidaria frase de Von Kirchmann se realice y tres palabras rectificadoras del legislador conviertan bibliotecas enteras de derecho ambiental en basura. Esto podría desde luego ocurrir con la dogmática ambiental, incluidas las modestas aportaciones de este libro, si el legislador cumpliera con la obligación que le compete.[...] Gomes Canotilho llama la atención sobre las recíprocas funciones que en materia de protección del ambiente corresponden a los jueces y al legislador. Aunque en las normas ambientales haya conceptos vagos cuya interpretación corresponda al juez, a éste no le incumbe ponderar*

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, pp. 89-90.

con carácter definitivo intereses constitucionales, pues esta tarea pertenece al 'legislador del ambiente'. Es, pues, el legislador democrático quien debe concretar las relaciones jurídicas entre el interés ambiental y otros bienes constitucionales. A lo sumo los tribunales pueden adoptar medidas cautelares y llamar la atención del legislador y del gobierno para que cumplan las obligaciones a ellos impuestas por la Constitución.[...] Así la cosas, los jueces habrán de ocuparse de promover lo ambiental en la esfera de su competencia sin que las omisiones de los otros poderes les autoricen a sustituirlos. [...] En suma, solo el armónico cumplimiento, por parte de cada poder político, de sus correspondientes obligaciones contribuye a la mejor protección del ambiente”³⁹³.

Posteriormente, al tratar de la necesaria integración del artículo 45 de la CE, USERA subraya un efecto, que considera casi general, en relación a la postura del Tribunal Constitucional que: *“se ha limitado, más bien, a resolver conflictos competenciales total o parcialmente ambientales. Sus aclaraciones acerca del valor del valor de los principios ambientales no han sido muy profundas, con alguna excepción – la STC 102/1995, de 26 de junio-. Tampoco ha tenido ocasión de elaborar un derecho a disfrutar de un medio adecuado; las pocas referencias a él no profundizan en su contenido y sólo resaltan que es el fin de la acción tuitiva de los poderes”³⁹⁴.*

Frente a la nueva realidad mundial y la inevitable alteración de las estructuras jurídicas, conviene citar las llamadas de atención de André-Noel Roth, dentro de las cuales destacamos la relación de fuerza entre el Estado nacional (poder público) y los propietarios de medios de producción (poder económico), causantes de la globalización de la economía, del capital y del trabajo y que ha favorecido a estos últimos. Y, como el modo de producción del derecho está directamente vinculado a esta relación, el poderío económico pesa más sobre la política social interna. En sintonía, CANÇADO TRINIDAD escribe que: *“Las cuestiones ambientales, por su naturaleza, están, en su complejidad, rodeadas de intereses y conflictos que frecuentemente son ‘difusos y fragmentados’. No sorprende que requieran decisiones ambientales*

³⁹³ CANOSA USERA, Raúl. *op cit.*, p. 55.

³⁹⁴ *Idem, ibdem.* p. 55.

*que ‘impliquen a una red compleja de actores: legisladores, la administración, jueces, el contaminador, las víctimas, grupos de intereses, y los que son económicamente dependientes de los contaminadores. Esto puede presentar dificultades para la implementación del derecho a un medio ambiente sano; aún así, necesitamos contar con los procedimientos de implementación propios de la protección de los derechos humanos, posiblemente adaptados y ampliados o perfeccionados’*³⁹⁵.

El examen de los aspectos enumerados equivale a una auténtica crisis de la legalidad. La multiplicidad de las funciones atribuidas al Estado Social, la debilidad legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación al imperio de los sistemas económicos y políticos, la ineficacia de los controles y la irresponsabilidad del poder público proporciona una opacidad del sistema jurídico. En el contexto de la afirmación, FERRAJOLI apunta: *“De ahí resultaría una debilitación de la propia función normativa del Derecho y, concretamente, la dificultad de sus funciones de límite y de vínculo a la política y al mercado, y por tanto de seguridades de los derechos fundamentales, ya sea de libertad, ya sea sociales, ... Creo que hoy los peligros para el futuro de los sistemas fundamentales y de su garantía dependen no sólo de la crisis del Derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidad generalizada aquí referidos, sino también de la pérdida de confianza en aquella artificial razón que es la razón jurídica moderna”*³⁹⁶.

Flávia Piovesan, para quien las normas constitucionales imponen a los órganos estatales la tarea de maximizar la eficacia de los derechos fundamentales, apunta que estos derechos tienden a: *“...asegurar la fuerza vinculante de los derechos y seguridades de cuño fundamental; es decir, el objetivo es que tales derechos prerrogativas puedan ser directamente aplicados por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ... asigna a los*

³⁹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *op. cit.*, p.117.

³⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *op.cit.*, p. 91.

*poderes públicos la atribución constitucional de promover las condiciones para que los derechos y seguridades fundamentales sean reales y efectivos*³⁹⁷.

La dogmática constitucional en razón de los derechos fundamentales, en especial de los del medio ambiente, resulta insuficiente. Los análisis jurídicos se han centrado en la regulación de medidas sectoriales de protección del medio ambiente o en la distribución competencial de la materia. *“Se ha producido un divorcio entre la regulación constitucional y las regulaciones sectoriales; se sabe que éstas sirven al cumplimiento de los fines impuestos por aquélla pero no existe continuidad entre una y otra, y esta separación no es cubierta por una dogmática cuyos referentes normativos o son los más indeterminados posibles (los constitucionales) o los más concretos esperables (la regulación sectorial)”*³⁹⁸.

Sin embargo, con relación a la tradición juspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja de que proviene de los progresos del constitucionalismo de este siglo, los cuales permiten configurar y constituir el Derecho como un sistema de seguridades constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Está marcada por una doble artificialidad: por el carácter positivo de las normas producidas, características del positivismo jurídico, y por su sujeción al Derecho, donde la propia producción jurídica está regulada por normas, ya no sólo formales sino también, substanciales, de Derecho positivo. Hay, pues, **condiciones de validez** que derivan de un sistema de reglas que regulan las propias opciones con las que el Derecho es pensado y proyectado, estableciendo los valores ético-políticos – la igualdad, la dignidad, los **derechos fundamentales** a los que deben dar formas aquellas normas (en cuanto a los términos de la presente investigación, dar forma a las normas de responsabilidad civil ambiental).

³⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 90.

³⁹⁸ CANOSA USERA. Raúl. **Constitución y Medio Ambiente**. Ciudad Argentina. Madrid. 2000. p. 54.

FERRAJOLI³⁹⁹ identifica la validez de las normas, cualquiera que sea el contenido, con su existencia; es decir, con su integración en un dato ordenado, determinadas por su conformidad con las normas, a su vez integrantes de este ordenamiento que disciplina su producción. El sistema de las normas sobre la producción de las normas no se compone solamente de normas formales de capacidad o procedimiento de creación de las leyes; incluye, también, normas sustanciales, tales como los derechos fundamentales. Todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no sólo de forma, condicionando la validez sustancial de las normas producidas, expresando, simultáneamente, las finalidades para las cuales está orientado.

Así, las dos clases de normas sobre la producción jurídica, es decir, las formales, que condicionan la vigencia, y las sustanciales, que condicionan la validez, garantizan otras dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la democracia política y la dimensión material de la democracia sustancial, siempre vinculadas **al respeto de los derechos fundamentales y de sus principios establecidos**, so pena de ser consideradas inválidas. En este sentido, deben ser consideradas las afirmaciones de Luis Alberto Warat. El autor entiende que la ética y el propio psicoanálisis surgen fortalecidos mediante los cambios radicales que se reflejan en la cultura humana actual, en este denominado período pos-moderno. Nuevas dimensiones necesitan ser políticamente tratadas, dirigidas a los derechos humanos realmente comprometidos con la preservación de la existencia humana. Subraya Warat que, *“prefiero entenderlos como momentos éticos-políticos de protección del deseo como productor de la cultura, y no solamente un medio para impedir el abuso del poder estatal”*⁴⁰⁰.

Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, procedentes de los derechos de libertad, y vínculos positivos, generados por los derechos sociales, que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. En

³⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, pp. 94-100.

⁴⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito III: O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 32.

síntesis, las seguridades no son más que técnicas creadas por el ordenamiento para reducir la divergencia estructural entre normatividad y efectividad, dirigidas hacia la realización con la máxima **efectividad de los derechos fundamentales** en coherencia con lo estatuido en las constituciones. Dependiendo del grado de precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de seguridades, a esos vínculos se les asegura una tasa mayor o menor de efectividad.

La crítica del Derecho inválido, que tiene como objetivo su anulación, se convierte en la principal tarea de la ciencia jurídica, simultáneamente científica y política. En efecto, la falta de plenitud impone a la ciencia jurídica un deber caracterizado por la innovación y por la creación, características que serán objeto de un análisis más exhaustivo en el último capítulo. El reconocimiento del no cumplimiento de las obligaciones positivas impuestas, constitucionalmente, al legislador implica una omisión no sólo de normas sino también de técnicas apropiadas de garantía. Se trata de un caos normativo que denuncia una crisis de la capacidad reguladora del Derecho. Depende, esencialmente de la cultura jurídica y política, concretamente, que sea superada la antinomia, que afecta a toda la historia de los derechos fundamentales, entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, y que los derechos fundamentales sean finalmente garantizados, fuera del viejo esquema estadista, incluso contra los propios estados⁴⁰¹.

La superación de este caos normativo depende de la cultura jurídica del país a través de un proceso constituyente confiado a la clase de los juristas, pero también, a las fuerzas de la cultura y de los movimientos sociales, rígidamente orientado a salvaguardar la garantía de los valores democráticos, es decir, también el derecho al **medio ambiente**⁴⁰², incluso cuando incide sobre la protección de los derechos individuales. Escribiendo

⁴⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 105.

⁴⁰² Apunta el jurista y filósofo José Nedel, en su obra **Ética, direito e justiça**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 70: *Afirmar que la ley debe ser justa significa que la misma ley debe conservar el orden en las diferentes formas de las que se reviste la justicia. Ley injusta, desde el punto de vista de la razón, y contradictoria; representa una razón que se niega a sí misma, una razón ordenando contra la razón*”.

sobre las normas definidoras de las tareas del Estado en lo que se refiere a los derechos fundamentales, HESSE, en sintonía con FERRAJOLI, apunta que: *“Los objetivos prescritos constitucionalmente deberían gozar de preferencia frente a objetivos meramente políticos; en consecuencia, son factores de observancia obligatoria en los necesarios procesos de ponderación y optimación para las decisiones del legislador ante conflictos entre objetivos – por ejemplo, entre la protección del medio ambiente”*⁴⁰³.

Se trata de una tarea que engloba principalmente las culturas jurídicas y políticas, sin refutar la responsabilidad de la ciencia jurídica, en la búsqueda de la realización de la **unidad**, de la **coherencia** y de la **plenitud** del ordenamiento, conforme a la visión de BOBBIO. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la eventual producción de normas vigentes, porque no resultan válidas en razón de la contradicción con los principios de la libertad constitucionalmente establecidos; no existe una plenitud, igualmente excluida por la eventual ausencia de normas o actos impuestos por los derechos sociales, constitucionales; tampoco existe una unidad, ya que el sistema de las fuentes ha sido perturbado por la intervención de fuentes supra o extra-estatales. El hecho de que estas calidades no existan no significa que no constituyan los objetivos, -aun cuando nunca sean plenamente realizables,- de la ciencia jurídica: la **coherencia**, buscada a través de la crítica interna del Derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la **plenitud**, exigiendo la identificación de las violaciones del ordenamiento y, así, la creación de seguridades idóneas y capaces de impedir las; la **unidad**, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial adecuado para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional⁴⁰⁴.

FERRAJOLI apunta que, *“Se entiende que una ciencia jurídica así entendida confina y se entrelaza con la política del Derecho; mejor, con una lucha por el Derecho y por los derechos llevados a cabo. Puede, también darse el caso que una tal perspectiva se base en una excesiva confianza en*

⁴⁰³ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 99.

⁴⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *apud* FERRAJOLI. *op. cit.*, p. 108.

*el papel garantista del Derecho. Pero yo pienso que, independientemente de nuestro optimismo o pesimismo, para la crisis del Derecho no hay otra respuesta sino el propio Derecho; y que no existen, para la razón jurídica, alternativas posibles. Es la única vía para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del Derecho, también el futuro de la democracia”*⁴⁰⁵.

En este contexto, caracterizada por la crisis del paradigma del Derecho y de la dogmática jurídica, transita la discusión sobre los obstáculos que impiden la realización de los derechos fundamentales. La tradición individualista y antropocéntrica del Derecho implica una limitación relevante en la operabilidad del sistema con relación a los problemas que son inherentes a los intereses transindividuales⁴⁰⁶.

Al tratarse de los derechos fundamentales, la conflictividad manifestada en las articulaciones sistémicas (punto anterior) se refleja en la pragmática jurídica y en las programaciones a través de las elaboraciones de leyes, de procesos y de sus respectivas decisiones, de decisiones adoptadas por las autoridades administrativas, entre otros. Sin embargo, debe reconocerse que la distinción entre las fuentes de la legislación y de la jurisprudencia representó una significativa novedad para el sistema jurídico, aumentando su complejidad en términos de estructura interna, principalmente desde el siglo XIX. Así, la legislación empezó a situarse en la periferia del sistema jurídico, cuyo centro comenzó a ser ocupado por los intereses del sistema político y por la toma de decisiones de los tribunales⁴⁰⁷. Sin embargo, tratándose de las cuestiones ambientales, en la perspectiva de los derechos fundamentales, se observa una legislación de gran desarrollo y evolución teórica; sin embargo, el paradigma operacional vigente en el sistema jurídico es percibido en su centro, es decir, en sus tribunales que, a su vez, se

⁴⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 109.

⁴⁰⁶ Conforme a lo estudiado en el punto anterior, citamos, nuevamente, el movimiento pandectista, que colocaba al sujeto trascendental libre como centro del sistema jurídico en sus diversas construcciones semánticas. Así, el sistema se demuestra internamente paradójico al internalizar una noción de bienes comunes, inherentes a los bienes ambientales, ya que esta extensión y solidaridad oculta un conflicto subyacente entre libertad individual y los intereses transindividuales en los que, con la inclusión de la sedimentación semántica de los intereses transindividuales, hay una consecuente relativización del derecho subjetivo en su acepción tradicional.

⁴⁰⁷ LUHMANN, Niklas. A Proteção dos Tribunais no Sistema Jurídico. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, pp. 149-168, jul.1990, p.154.

encuentran inmersos en la noción de Derecho como soluciones de conflictos de carácter individual.

En este sentido, refiriéndose al sistema jurídico brasileño, Paulo de Bessa Antunes muestra la paradoja vigente en la actual teoría jurídica contemporánea en términos de viabilidad de los derechos fundamentales y los respectivos intereses transindividuales. Refiriéndose al Derecho Ambiental, demuestra que este hecho implica la obstaculización de la viabilidad de una amplia y desarrollada legislación ante la operabilidad del Derecho en su paradigma tradicional, al afirmar que: *“Los Tribunales brasileños han tenido una comprensión extremadamente restrictiva del concepto de daño ambiental y, por consiguiente, del bien jurídico medioambiental. En general, han adoptado una postura que exige el daño real y no sólo el daño potencial. Me parece que no ha sido aplicado y observado el principio de la cautela en materia ambiental que, como es notorio, es uno de los principios del Derecho Ambiental. Al exigir que el autor haga prueba del daño real, los Tribunales, de hecho, imponen todo el vínculo de la prueba judicial en los autores, disminuyendo la responsabilidad objetiva del contaminador. Además, es importante observar que el Derecho Ambiental ejerce su función protectora, también con relación a las futuras generaciones, resultado del concepto de equidad intergeneracional que es uno de sus principales aspectos. Sin embargo, el daño futuro, muchas veces, no puede preverse con seguridad, viniendo a materializarse, solamente, con el paso del tiempo”*⁴⁰⁸.

Asimismo, Giorgio Del Vecchio, apunta: *“Quienquiera que sepa (y todo jurista sabe) el largo margen que dejan necesariamente al intérprete las formulaciones jurídicas positivas, y como todo sistema, aunque aparentemente “cerrado”, tiene en la realidad sus válvulas y sus medios naturales de renovación, de transformación y aportación, no puede ignorar esta elemental exigencia, al saber, que frente a los ordenamientos injustos se recurre en*

⁴⁰⁸ BESSA ANTUNES, Paulo. **Direito Ambiental**. 5 ed. rev.ampl.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.169. El tema del tipo de responsabilidad civil aplicada a la temática, será objeto de estudio en el capítulo IV de la presente Tesis Doctoral.

primer lugar a estos medios y no se destruye superficialmente a su arbitrio aquello que se construye con bastante dificultad”⁴⁰⁹.

La historia de la hermenéutica jurídica española y brasileña, en cuanto positivistas, siempre estuvieron impregnadas por un reduccionismo romanista. En este sentido, resulta ilustrativa la afirmación crítica de Carlos Maximiliano: *“El magistrado moderno, exento de las limitaciones de la dogmática, investido de la prerrogativa de mejorar la ley y de suprimir sus lagunas, guiado por la finalidad humana, atento a los factores sociológicos de los fenómenos jurídicos, no puede tener sólo la tradicional cultura romanista y clásica; necesita una formación menos especializada, pero más amplia y completa”⁴¹⁰.*

De hecho, un análisis del contexto social, cultural e ideológico, permite deducir que, nuevas situaciones fáctico-jurídicas vienen surgiendo en los tribunales, exigiendo una interpretación más flexible y conforme a la realidad social contemporánea. Expresado de otra forma, resulta necesario enfrentarse al desafío de una interpretación principiología constitucional (Capítulo I), para que el mundo jurídico propicie un tratamiento justo de los conflictos que la sociedad le presenta, en su realidad material⁴¹¹ (real e histórica).

Esta línea de pensamiento está respaldada por el Profesor Paulo Bonavides⁴¹², cuando utiliza la expresión *Sistema Constitucional*⁴¹³ y añade:

⁴⁰⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1979, pp. 142-143.

⁴¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 75.

⁴¹¹ En este sentido, el Profesor Luis Alberto Warat entiende qué la dogmática ligada al derecho positivo sólo puede reproducir un conocimiento reproductor y no renovador, debiéndose abrir a los dominios más próximos al jurídico, extrayéndose nuevos criterios de significación jurídica, más adherentes a la dinámica social actual, cuya complejidad y alterabilidad crecen aceleradamente. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito: A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. 2. p. 39.

⁴¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 77.

⁴¹³ En el mismo sentido, el Profesor Paulo Ricardo Schier, en su obra **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática** concluye, a partir del dialogo entre Konrad Hesse (*La Fuerza Normativa de la Constitución*) y Ferdinand Lassale (*La Esencia de la Constitución*), *“que la idea de sistema constitucional debe sustituir las nociones de Constitución en el sentido formal y material. Ésta es entendida como organización de los factores reales (políticos, económicos y sociales, por ejemplo) de poder dentro de una determinada sociedad, aquélla otra como expresión jurídica (hoja de papel, como diría Lassale) de estas condiciones materiales. En el pensamiento de Lassale la dimensión fáctica del poder (Constitución Real) predomina sobre la codificación (Constitución Jurídica – “Hoja de*

“El sistema constitucional surge pues como una expresión elástica y flexible, que nos permite percibir el sentido tomado por la Constitución en relación a la ambivalencia social, que esa refleja, y a cuyos influjos está sujeta, en una escala de dependencia cada vez más creciente”⁴¹⁴.

El profesor identifica también la edad de oro del positivismo liberal y constitucional de los normativistas, apuntando que los mismos, *“confiados en la abstracción de los textos, alcanzaron sorprendentes extremos de una teoría meta-empírica, capaz de dispersar pretenciosamente los elementos sociológicos y filosóficos de la realidad y proclamar con la exacerbación unilateralista del normativismo puro la identidad absoluta del Derecho y del Estado. Todo el problema constitucional aún hoy procede, sin embargo de la ausencia de una fórmula que combina y concilia esas dos dimensiones de la Constitución: la jurídica y la política”⁴¹⁵.*

En otras palabras, el problema fundamental sería descubrir un término medio entre el normativismo extremo y el abstracto (kelsiano) y el sociologismo radical que expresa la negación y el escepticismo, frente a la eficacia normativa de las Constituciones.

Además, cuando surgen cuestiones macro-sociales, transindividuales, y que implican, por ejemplo, la interpretación de las normas constitucionales, el sistema de la administración de la justicia busca, *“en las brumas del sentido teórico de los juristas”* (Streck) las interpretaciones que a propósito hacen ineficaz el texto constitucional. El discurso típico de la dogmática jurídica establece los límites del sentido y el sentido de los límites del proceso hermenéutico, lo que da lugar a una gran laguna que separa los problemas sociales del contenido de las normas que definen y aseguran los

Papel”). Konrad Hesse, sin restar importancia a Lassale, realiza una relectura desde la fuerza normativa de la Constitución”.

⁴¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 77

⁴¹⁵ *Idem. Ibidem.* p. 77.

derechos sociales, derivando en una incapacidad histórica de la dogmática en manejar las cuestiones de los derechos fundamentales⁴¹⁶.

La dogmática jurídica tendrá su función definida en el proceso de (no) efectución de los derechos conforme con el modo de producción del Derecho vigente en la sociedad que, paralelamente, será instrumentalizado y, así, sostenido por el respectivo campo jurídico que genera la sociedad, dirigiendo el contexto del proceso de formulación de la ley. En este sentido, HESSE, cuando se ocupa de los progresos conseguidos en relación a la protección de los derechos fundamentales, subraya que, *“La importancia que tiene el Estado para la libertad aumenta a medida que en el limitado y complejo mundo actual, con sus cada vez más escasos recursos existenciales, no solo no pueden ampliarse muchas de las esferas de libertad, sino que incluso tienden a contraerse. En igual medida amenaza colisionar la libertad de cualquiera con la de los demás: se hace mucho más necesario que antes de acotar, delimitar y ordenar los ámbitos de la libertad, aquélla se haya convertido en tarea del Estado. Esto resulta especialmente evidente con las libertades en materia económica, e igualmente en la esfera de la educación; de igual manera, en el ámbito de la libertad de comunicación, el desarrollo de los medios modernos, de prensa, radio y televisión, conduce a la necesidad de delimitar y ordenar las diversas expectativas de libertad. También el segundo supuesto citado, la amenaza de la libertad humana por poderes no estatales, lleva a nuevos planteamientos. La libertad sólo se garantiza efectivamente como un todo unitario. Dado que no debe ser sólo para los poderosos, debe protegerse también frente a influencias sociales. Si tal cuestión se considera jurídico-fundamental, la interpretación de los derechos fundamentales como simples derechos de defensa frente al Estado no proporciona solución”*⁴¹⁷.

Tal modo de producción es, simultáneamente instituyente e instituido de un campo jurídico que confiere un soporte a las prácticas dogmático-jurídicas que no permiten la realización de los derechos sociales y

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. A Dogmática Jurídica, o Discurso Jurídico e a Hermenêutica. **Cadernos de Pesquisa de Mestrado em Direito da Unisinos**, São Leopoldo, Unisinos, n. 1, 1997. p. 21.

⁴¹⁷ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 95.

fundamentales. Se recuerda que este campo jurídico resulta de las relaciones que operan en el interior de la propia democracia. La ruptura de este paradigma anti-garantista de la dogmática jurídica produce una valoración de las categorías jurídicas dirigidas al Derecho, -bajo la óptica jurídica y política anteriormente citadas,- para que encuentre una salida posible que permita superar la crisis de legitimidad, a la vez que incide en la perspectiva de que la Constitución es un espacio que garantiza las relaciones democráticas entre Estado y Sociedad, no sólo bajo el prisma de la legitimidad sino también entre la legalidad y la justicia. Streck sintetiza así este planteamiento: *“A partir de eso, hay que tener claro que los principios valen (V. punto 1.4), las reglas vigen (Bonavides), siendo la violación de un principio mucho más grave que la trasgresión de una norma (Bandera de Mello), todo ello porque – y no podría ser diferente – todas las normas constitucionales están vinculadas y tienen su eficacia, pudiéndose decir que actualmente no hay normas programáticas (Canotilho). Cualquier norma infra-constitucional debe pasar, necesariamente, por el proceso de contaminación constitucional. El juez (y el operador jurídico lato sensu) solamente está sujeto a la ley en cuanto válida, quiere decir, coherente con el contenido material de la Constitución (Ferrajoli), haciéndose una interpretación conforme a la Constitución (Verfassungskonforme Auslegung), con la valoración del uso del derecho constitucional comparado como quinta regla de interpretación (Peter Häberle), constituyéndose lo que Häberle, desde una expresión de Popper, denominó ‘sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución’⁴¹⁸.*

En esta perspectiva, es donde se deben plantear y llevar a cabo los derechos fundamentales y, por consiguiente, la previsión constitucional de la preservación ambiental. Eso quiere decir que las alteraciones de este discurso dogmático deben ir acompañadas de profundos cambios en el campo jurídico y, por tanto, en aquello en lo que se constituye su *habitus*, que penetra en todos los canales de producción jurídica.

Además, la evolución y la relectura del Derecho a través de la perspectiva exegética son acciones que llevan tiempo. Precisamente el tiempo

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, pp. 40-41.

es lo que la sociedad no tiene cuando el objeto del Derecho es la preservación ambiental, considerando siempre el carácter catastrófico e irreversible de los diversos atentados a la naturaleza⁴¹⁹. En este sentido, *“posteriormente la fórmula de la ampliación interpretativa de la función social de la propiedad se mostró insuficiente, tanto en el campo doctrinal, como en el terreno de la jurisprudencia. No es fácil cambiar, de esta forma indirecta, todo un paradigma de explotación no sostenible de los recursos naturales. Sin olvidar que, hasta hoy, la función social, como tal, aún busca una afirmación concreta en el campo de las decisiones judiciales”*⁴²⁰.

La sociedad internacional dejó de moverse para obtener lo máximo de la naturaleza para suplir las necesidades de los seres humanos, pero también buscando la continuidad de los patrones de consumo y de desarrollo así como de la preservación ambiental. Esta oscilación de la balanza es una cuestión extremadamente compleja y de difícil conciliación, dadas las desigualdades entre los continentes y los intereses económicos que se sobreponen a los intereses de la humanidad. ¿Cómo conciliar los intereses de las diversas naciones en términos económicos y sociales en un contexto de urgencia en la preservación ambiental? ¿Cómo garantizar que el Derecho a la vida está siendo preservado por el Estado que a su vez también debe preservar el medio ambiente, no pudiendo concebir una disociación entre ambos?

La respuesta deriva de los diversos mecanismos que deben de ajustarse en términos globales. No compete solamente al Estado y a los organismos internacionales garantizar la preservación del medio ambiente en condiciones favorables a la vida. En este sentido, importa la consideración de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva: *“El sujeto por excelencia del derecho ambiental internacional continúa siendo el Estado, pero los papeles de las organizaciones intergubernamentales se vuelven cada días más importantes.*

⁴¹⁹ HERMAN BENJAMIN, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira Abordagem. *En: _____*. **Dez Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. p. 92.

⁴²⁰ En este sentido, al tratar sobre el novel diploma civil brasileño, Judith Martins escribe: *“La socialización de los modelos jurídicos es una de las características más marcantes del Nuevo Código y su significado es el de la superioridad de los valores colectivos sobre los individuales”* MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil**. *op.cit.*, p. 49.

Pero, en último análisis, la responsabilidad de la implementación de las normas ambientales recae sobre el individuo: su respeto o su desatención con el medio ambiente es lo que garantizará o no su protección⁴²¹". Así, se potencia la importancia de los principios ambientales antes mencionados.

Además, en la presente reflexión del Estado Social, debe recordarse la característica difusa inherente a la preservación del Derecho Ambiental. Normalmente, la doctrina retira la dignidad jurídica de los derechos difusos, tratándolos como una cuestión de relevancia y no de derecho, de opción política y no de norma jurídica. Para Marina Barros, *"Esto deriva de la dificultad de las doctrinas tradicionales, frente a las peculiaridades de los derechos difusos, al tratarlos, cuando son sometidos al Poder Judicial, como un caso concreto y donde debe de exigirse una aplicación adecuada del ordenamiento. Afirmar que los derechos difusos no son tratados como un caso concreto, implica decir que el tratamiento dispensado a los mismos no está basado en las conquistas del paradigma procedimental. Sin embargo, en el mundo pos-moderno no existe más espacio para los mitos de verdades absolutas. La certeza jurídica reside justamente en la consideración de que los argumentos de las partes van a ser puestos en práctica. Esto porque no existen más verdades pre-concebidas. Considerar el caso concreto es oír los argumentos de las partes, es abrir espacio para el aprendizaje, para el esmero y para la adecuación. Pero el hecho de no existir verdades definitivas, en el plano abstracto, no justifica la búsqueda de soluciones en las preferencias éticas y políticas de quien juzga. Los derechos están consagrados en normas y éstas imponen una relación de obligatoriedad, y no de opción. Por tanto, la consideración de las cuestiones que implican a los derechos difusos como casos concretos que deben ser resueltos con respecto a la aplicación adecuada del ordenamiento, defendida en esta investigación, consigue alejar ésos dos peligros: tanto el mito de las verdades absolutas, que cierran las puertas al argumento y a la decisión participada, como a la aplicación de los*

⁴²¹ NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstrução da Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995.

derechos como valores, que aleja la dignidad jurídica de tales derechos y amenaza su obligatoriedad y, por consiguiente, su efectividad”⁴²².

En esta perspectiva, recordamos que la sociedad actual está caracterizada por el riesgo. Así, en el marco del contenido mencionado, Ulrich Beck complementa lo expuesto cuando afirma que, *“La novedad de la sociedad de riesgo reposa en el hecho de que nuestras decisiones civilizadoras comportan consecuencias y peligros globales, y eso contradice radicalmente el lenguaje institucionalizado del control – e incluso la promesa de control – que es irradiada al público global en la eventualidad de catástrofe (como en el caso de Chernobyl [...]). Eso constituye precisamente la ‘explosividad’ política de la sociedad de riesgo. Esta ‘explosividad’ tiene su centro en la esfera pública de la sociedad de masas mediatizada, en la política, en la burocracia, en la economía, aunque no esté necesariamente derivada de un evento específico al cual esté conectado. La ‘explosividad’ política no puede ser descrita y medida ni en el lenguaje del riesgo, ni en fórmulas científicas. En ella ‘estalla’ – se me permita la metáfora – la responsabilidad, reivindica racionalidad y legitimidad por el contacto con la realidad. El otro lado de la presencia admitida del peligro es la crisis de las instituciones cuya autoridad proviene de la maestría asumida de tal peligro. De este modo, la aparición social’ de un peligro global y tanto un improbable como un dramático, incluso traumático, fin del mundo. En la experiencia de choque irradiado por los medios de comunicación masificados, podemos reconocer que – citando a Goya- el sopor de la razón crea monstruos”⁴²³.*

⁴²² BARROS, Marina. **Direitos Difusos, estado democrático**. Disponível em http://www.ufmg.br/prpg/dow_anaiscien_soc_aolic/direito_3/mbarros. Acesso em: 04 out. 2003.

⁴²³ BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas. **Revista Instituto Humanitas**. *op. cit.*, pp. 05 y 06. En la p. 06, el autor añade: *“En la era del riesgo, las amenazas a las cuales nos enfrentamos no pueden ser atribuidas a Dios o a la naturaleza, sino a la propia ‘modernización’ y al propio ‘progreso’ Así, la cultura del miedo deriva del hecho paradójico de que las instituciones hechas para controlar producen incontrolabilidad”*.

3.4 El instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva del sistema jurídico vigente

Las conclusiones a las que llegamos en el presente capítulo requiere de un examen relativo al instituto de la responsabilidad civil como resultado de la presente investigación hasta ahora desarrollada. *“Con el tiempo el concepto de la responsabilidad por daños ambientales se amplió, tanto en términos de calidad, como de cantidad y de factores en base a los cuales se determina la responsabilidad”*⁴²⁴, de forma que se llega a reconocer incuestionablemente la importancia que tiene para el Derecho en una sociedad compleja, denominada de riesgo⁴²⁵.

Y, en conflictos en una sociedad de riesgo, la cuestión central del poder implica la definición de quién debe decidir lo que se considera como ‘riesgo’, lo que se considera como ‘causa’, y lo que se considera como ‘precio’. Ulrich Beck sostiene que: *“La cuestión de determinar quién sea el responsable, y quién tiene que cargar el fardo de pagar por los daños, fue transformada en una batalla sobre las reglas de evidencia y las leyes de responsabilidad. Y la razón para eso es que, en el fondo, el verdadero duelo se da entre la idea de que uno es responsable y la idea de que nadie es responsable”*⁴²⁶.

Sin embargo, las cuestiones referentes a la evolución, a la redefinición del instituto de la responsabilidad civil y al desarrollo de los sistemas de responsabilización por daños ambientales, serán objeto de un estudio más detallado en el Capítulo III, en cuyo contenido abordaremos la especificidad de la temática.

⁴²⁴ ALEGRIA, Héctor. Economía, Médio Ambiente y Mundo Financeiro. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires : Abellido-Perrot, 1997. p. 327.

⁴²⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 25, afirma que *“toda manifestación de la actividad humana trae en sí el problema de la responsabilidad”*. GRANELL MUÑIZ, Manuel, en la obra titulada Fundamento Filosófico de la Responsabilidad Civil. **Cuadernos de las Facultades**, Panamá, Enero, 1966, p. 60, apunta que *“el hombre es responsabilidad”*.

⁴²⁶ BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas. **Revista Instituto Humanitas**. *op. cit.*, p.7.

En relación al origen del instituto de la responsabilidad civil, Sergio Cavalieri Júnior afirma que: “*la pretensión de obligar al agente, causador del daño, a repararlo se inspira en el más elemental sentimiento de justicia*”. Aún constata que el daño causado por el acto ilícito rompe el equilibrio jurídico - económico anteriormente existente entre el agente y la víctima, existiendo una necesidad fundamental de restablecerse este equilibrio. En este caso lo que se intenta hacer es ubicar al perjudicado en el *status quo ante*, disponiendo aquí del principio de la *restitutio in integrum*; es decir, se repara a la víctima volviendo en la medida de lo posible a la situación anterior a la lesión⁴²⁷.

Como instituto, la responsabilidad civil aparece a partir de los hombres primitivos, surgiendo como expresión de un nuevo sentir, oponiéndose al entendimiento hasta entonces predominante de que todo lo que sucedía al hombre era considerado consecuencia del mero destino. Sin embargo, la evolución humana implica un enfrentamiento de este con el destino y, paulatinamente, el hombre empieza a comprometerse con sus actos, sintiendo la posibilidad de que debe *responder* por él mismo, en el que los actos empiezan a ser el producto del hacer/sentir humano. Así, los actos dejan de ser considerados como la consecuencia de voluntades trascendentes.

En este contexto, afloró la idea de la moral. Sin embargo, para que el hombre la descubriera, fue necesario que comenzara a sentirse libre, pues hasta entonces el hombre no se sentía como agente de su propio destino. El hombre descubrió la idea de libertad en los dioses y después pasó a proyectar esta idea sobre sí mismo, desencadenando la depuración sobre una crítica moral. Así, esta incipiente demostración histórica revela la génesis de la idea de responsabilidad, demostrándose que la misma está ligada directamente a la idea de la libertad⁴²⁸. Así, solo es responsable aquél que es libre (y viceversa), quien es libre es responsable por sus actos.

⁴²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

⁴²⁸ GRANELL MUÑIZ, Manuel refiere que los antiguos faraones de Egipto se constituían en un centro de responsabilidad colectiva, ya que cargaban sobre sus espaldas una *respuesta gigantesca* por los actos de sus súbditos, pues ni el propio faraón o cualquiera del pueblo sospechaban o imaginaban que se podría delimitar un sentido de responsabilidad por cada

El origen de la responsabilidad abraza varias teorías. Dentro de las teorías clásicas, una es la denominada *realista*, que considera la responsabilidad solamente bajo la perspectiva de los actos, de su aspecto objetivo exterior. Las normas determinan lo que se debe hacer. Quien cumple este hacer, responde; quien no cumple, no responde debidamente, y entonces, se exige pagar por esto, imponiéndosele una responsabilidad, siendo relevante tan sólo para esta teoría los actos y no la intención. En principio, esta concepción de responsabilidad es la que más interesa al jurista. Otra concepción es la llamada *idealista*, cuyo fundamento de responsabilidad reposa en la conciencia, refiriéndose a determinadas hipótesis, tales como la existencia de un bien deseable y la existencia de la libertad del hombre. Ya los *pos-idealistas* creían que sobre la responsabilidad cabían dos hipótesis: sentimiento de libertad y el conocimiento de un bien deseable y ambos, en conjunto, constituían un hecho de conciencia. Sin embargo, como tal hecho no es necesario demostrarlo, bastaría solamente mostrar y sentir, pues sobre el hecho de conciencia había que asentar la idea de la responsabilidad bajo el punto de vista legal, encontrándose en este hecho de conciencia el fundamento filosófico para la idea de responsabilidad ante la ley. Se destaca, también, la corriente de la *prevención*, que parte de la idea de que reposa en el hombre cierta iniciativa sobre el futuro, pues sus actos trascienden los acontecimientos actuales. En principio, el hombre puede actuar precisamente porque tiene tal iniciativa bajo su control, pues sin tener en cuenta un futuro no existiría acción posible, sino tan sólo una reacción. Ciertamente, el hombre responde por la consecuencia de sus actos, pero dentro de la normal previsibilidad pues sólo lo previsible es humano. El hombre no reconoce los remotos eventos impredecibles. Sólo es humano aquello que haya sido perfilado en la conciencia. De ahí que el inconsciente no esté sometido a la responsabilidad⁴²⁹.

individuo. Solamente el faraón, por su relación con el individuo, por su misma estructura divina, en cierto modo, era el único sujeto libre y, por tanto, el único responsable. En: **Fundamento Filosófico de la Responsabilidad**. Panamá, Enero, 1996, pp. 91-95.

⁴²⁹ ARAÚJO FERREIRA, Maria de Fátima de. Dano Ambiental: Dificuldades na Determinação da Responsabilidade e Valoração no Direito Positivo Brasileiro. En: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: IMESP, 2002. pp. 566-567.

Existe también la llamada responsabilidad histórica del hombre, la responsabilidad por el modo de ser no del hombre actual, sino de sus descendientes, denominándose responsabilidad por la humanidad. En cuanto entidad histórica, el hombre no está vinculado a la esencia, no hay sentido si se habla del hombre en la historia como un ser idéntico, invariable, siempre repetido: se va haciendo en el tiempo, proyectando en el futuro su figura vocacional de ser. En este sentido, Maria de Fátima Ferreira apunta que: *“en esta futurización histórica no son contados los años de vida de un hombre, y sí las generaciones. Son las generaciones unidades hasta cierto punto equivalentes a los años de vida del individuo. En consecuencia, las proyecciones hechas para el futuro de cada generación pretenden una concreción en las generaciones siguientes”*⁴³⁰.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el estudio de la responsabilidad civil ambiental, conviene citar la opinión de Maria Angeles Parra Lucán que, al escribir sobre el Derecho Civil del Medio ambiente en el Derecho español, plantea una comparación de los intereses públicos y de los intereses privados frente al papel del Derecho Civil. La autora sostiene que: *“el derecho privado, el derecho civil, se dirigen de manera prioritaria a la defensa de intereses particulares. Esto explica que las técnicas tradicionales de las normas de Derecho civil no resulten adecuadas para la tutela de intereses generales, cuya tutela se encomienda en el art. 103 de la Constitución española de 1978 a la Administración Pública. Esta es una de las razones por las que la protección del medio ambiente por el Derecho civil sólo pueda lograrse de una manera indirecta, a través de la tutela de intereses individuales. En particular, esta tutela se concreta fundamentalmente en la posibilidad de obtener un resarcimiento de los daños sufridos en la propiedad o en la persona de quien reclama y en el ejercicio de la acción negatoria para lograr la cesación o la adopción de medidas correctoras de la actividad contaminante que perturbe al demandante. Se trata, de una parte, de la responsabilidad civil por daños ocasionados a las personas o las cosas como consecuencia de agresiones al medio ambiente. Pero también de la condena, por un Juez civil, a la adopción de mecanismos*

⁴³⁰FERREIRA, Maria de Fátima Araújo. *op. cit.*, p. 567.

de resguardo o precaución encaminados a evitar la peligrosidad o los eventuales efectos nocivos o molestias que sobre el vecino puedan provocar determinadas construcciones o instalaciones". Sin embargo, al desarrollar el pensamiento en la perspectiva del Derecho español, la autora entiende que, "El derecho civil no ofrece respuestas generales frente a los daños ambientales y solo resuelve conflictos entre particulares. En definitiva, cumple un papel subsidiario y sólo indirectamente protege al medio ambiente en general. Otra cosa es la valoración positiva que merece la labor de la doctrina y la jurisprudencia, que sobre la base de unos artículos raquíticos (arts. 7, 590, 1908 Cc.) han construido, respaldadas por el art. 45 de la Constitución, una defensa más que aceptable de los intereses privados"⁴³¹.

A continuación, la autora escribe que: "Desde 1978 buena parte de la doctrina civilista ha dedicado sus esfuerzos a defender la existencia de un derecho subjetivo al medio ambiente, cuyo fundamento se encontraría en el art. 45 de la Constitución. Desde este punto de vista, cualquier ciudadano estaría legitimado para ejercitar acciones de cesación de acciones contaminantes o de indemnización de daños al medio ambiente. Frente a estas tesis, me parece evidente, sin embargo, que no se reconoce un derecho subjetivo al medio ambiente y que la jurisdicción civil no es competente si no existe un interés jurídico individualizado, si el particular que comparece en juicio no invoca la lesión de un derecho privado del que sea titular o la tutela preventiva de un derecho subjetivo (su propiedad, su salud). No es bastante la invocación genérica del medio ambiente, e incumbe a la Administración ordenar la paralización de actividades y lograr la indemnización de daños que supongan la agresión al medio ambiental"⁴³². Así, para la autora, se distingue un derecho civil que, bajo la perspectiva de protección al medio ambiente,

⁴³¹ PARRA LUCÁN, María Angeles. **Derecho Civil del Medio Ambiente**. artículo con fuente desconocida, pp. 01-02. (el artículo constituye una actualización legal y jurisprudencial de sus trabajos anteriores sobre la materia – La protección al medio ambiente, Tecnos, Madrid, 1992; La defensa civil frente a las inmisiones, en Aranzadi civil, 1993- , pero bajo la óptica del Derecho autonómico).

⁴³² PARRA LUCÁN, María Angeles. *op. cit.*, p. 02.

cumple un papel secundario en razón de la utilización de técnicas de origen privado⁴³³.

Conforme a lo estudiado en el presente Capítulo, el subsistema jurídico se presenta con un paradigma cerrado que dificulta la recepción de los demás subsistemas sociales para tutelar efectivamente el medio ambiente. Sin embargo, los principios de política ambiental están provistos de valiosos instrumentos para una apertura del sistema jurídico con el fin de efectuar esta tutela ambiental. La relevancia de esta apertura consiste en un proceso de variaciones e innovaciones de los elementos y estructuras sistémicas que posibiliten adquisiciones evolutivas consideradas fundamentales para las futuras operaciones e interacciones entre los diferentes sistemas sociales, respaldada en la unidad, coherencia y plenitud anteriormente examinadas. Esta labor permite que: *“el análisis de los elementos que conforman el esquema del deber de responder, exhibe una trascendente modificación y diseña ahí un perfil con trazos de universalidad, modernidad, solidaridad, justicia y equidad”*⁴³⁴.

Sin embargo, se reconoce que el instituto de la responsabilidad civil se caracteriza por ser un instrumento que tiene el perfil de acoger las adquisiciones evolutivas del sistema jurídico. Ello obedece a que, incluso siendo un instituto cuyas raíces e identificación se verifica con el Derecho Privado, actualmente presenta una funcionalidad publicista de destacada

⁴³³ En lo que se refiere al Derecho Civil español, María Angeles Parra Lucán, en el citado trabajo, p. 3, clarifica esta cuestión con la *Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril sobre responsabilidad medioambiental, que no concede a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales (art. 3.3). Parecidamente, en el borrador español de transposición de la Directiva divulgado en abril de 2005 (art. 3.2; el art. 17 sólo permite a los interesados de la Administración competente la puesta en marcha del procedimiento administrativo para exigir la adopción de las medidas previstas. También en las normas sectoriales que atribuyen a la indemnización por los daños causados a los bienes ambientales (montes, costas, aguas, urbanismo). Basta observar en todos los casos citados cuál es el daño cuya reparación se pretende, la legitimación para exigirlo y la jurisdicción competente. Excepcionalmente, además, algunas leyes encomiendan a la Administración la defensa de intereses estrictamente individuales. Desaparecieron con las leyes postconstitucionales algunos supuestos, como la determinación de la indemnización a particulares por los daños causados por explotaciones mineras, pero subsisten otros en los que quizás se entienda que sólo así se logra el fin general perseguido por la norma (art. 47 Ley caza, art. 78.2 Reglamento costas).*

⁴³⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El Perfil de la Responsabilidad Civil al finalizar el siglo XX. *En: Responsabilidad Civil por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 19.

importancia, fomentando criterios de selección entre diferentes alternativas que resultan de la complejidad derivada de las cuestiones inherentes al medio ambiente y de las paradojas consecuentes con este natural proceso evolutivo del sistema.

En este sentido, cabe destacar que la distinción tradicional entre Derecho Público y Derecho Privado se ha puesto en discusión por el carácter horizontal y/o multidisciplinar de las nuevas Ramas de Derecho, como el Derecho del Ambiente, siendo actualmente común la utilización de algunos de los mecanismos más clásicos del Derecho Privado por el Derecho Público. En el marco de este pensamiento, Blanca Martins de la Cruz afirma que: *“El hecho de que una de las partes en la relación jurídica pública sea siempre el Estado, o un persona colectiva de Derecho Público, aliado a la existencia de una jurisdicción administrativa, distinta y autónoma del orden de los tribunales judiciales comunes, aconseja, sin embargo, que la distinción subsista. En el argumento que nos ocupa, de la responsabilidad por daño ecológico, es indiferente optar por el recurso a mecanismos de Derecho Público o de Derecho Privado. La principal diferencia entre la responsabilidad ambiental de Derecho Público y la responsabilidad civil por daño ecológico consiste en el hecho de que ésta puede ser ejercitada judicialmente, en los tribunales comunes, por cualquier ciudadano que se sienta lesionado en su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en cuanto aquélla obliga siempre a una primera intervención junto con la autoridad administrativa competente, a quien cabe el derecho exclusivo de actuar, frente a la reparación del daño. Sin embargo, como resulta evidente, este proceso tenderá a ser mucho más lento, colocando aún en las manos de la administración un poder que pertenece naturalmente al ciudadano, pues se inserta en el contexto de sus derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados [Capítulo primero], que el instituto de la responsabilidad civil, en caso de daño ecológico, es perfecta y naturalmente apto para reponer”*. Más adelante, completa la autora: *“Tenemos serias dudas de que el ambiente estaría mejor defendido por el Estado de que por el ciudadano perjudicado en su derecho a un ambiente sano y*

*ecológicamente equilibrado, que es obligación constitucional de todos defender*⁴³⁵”.

Además, la responsabilidad civil es un instituto que se reviste de forma fundamentalmente importante en las relaciones desarrolladas entre el sistema social y el propio medio ambiente, actuando con la intención de solucionar los conflictos intra-sistémicos⁴³⁶, presentando una capacidad para actuar tanto en una lógica jurídica, como a la hora de generar consecuencias de costes y beneficios en la cadena de pago que es inherente al sistema económico. Así, la responsabilidad civil demuestra ejercer una significativa función de *link* entre los sistemas parciales, principalmente entre los sistemas jurídicos y económicos (ya examinados en el presente Capítulo), cuando comporta una observación económica de por sí, resultante de la reparación pecuniaria que es inherente al instituto, como un instrumento económico de *ajuste de actividades* potencialmente contaminantes⁴³⁷ y actuando, además, en una dimensión preventiva en razón de las incertidumbres (la sociedad de riesgo estudiada en este Capítulo) que son generadas por las decisiones adoptadas en la sociedad contemporánea.

En lo que se refiere a la incidencia del instituto en las relaciones internas al propio sistema jurídico, se muestra como un instrumento de extrema valía para suministrar una mayor operabilidad al sistema a través de la evolución de teorías como la del riesgo y la de la flexibilización de la comprobación del nexo causal, y de conceptos a través de una apertura cognoscitiva que sucede cuando el paradigma tradicional de la responsabilidad

⁴³⁵ MARTINS DA CRUZ, Branca. Dez anos após a Eco-92, que Perspectivas para a Responsabilidade Civil por Dano Ecológico? A Proposta de Directiva Comunitária Relativa à Responsabilidade Ambiental. *En*: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **Dez Anos da Eco-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável**.. São Paulo: Imesp, 2002, pp. 104-105. La autora sostiene también que: “*La verdad es que no se vislumbran ventajas en la estatificación de los conflictos ambientales, cuando es cierto que el Estado aparece frecuentemente en el papel de contaminador; es decir, de responsable por el daño ecológico que hay que resarcir, no pudiendo, por eso, detentar en exclusiva la autoría de la acción judicial*”.

⁴³⁶ La responsabilidad civil aplicada a los daños ambientales reduce la complejidad y proporciona la solución de conflictos entre las relaciones inherentes de los diversos subsistemas sociales, es decir, facilita la comunicación intra-sistémica. Así, la responsabilidad civil tiene la función de fomentar una mejora en esta comunicación entre los sistemas parciales, acompañada de una gran operatividad e instrumentalizando una evolución conjunta de los sistemas.

⁴³⁷ GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Elcano (Navarro), Aranzadi Editorial, 1998.p. 93.

civil se resiente estructuralmente en su funcionalidad de maximizar la responsabilización de los causadores de daños, entre los cuales se encuentran los contaminadores⁴³⁸.

Al ser entrevistada sobre la responsabilidad civil por daño ambiental derivada de actividades lícitas en Brasil, Annelise Monteiro Steigleder sostiene que: *“La responsabilidad civil ambiental [...] es uno de los instrumentos que más ha aportado a la efectividad general de las normas ambientales, proporcionando la prevención contra los riesgos y los daños al ambiente, en un escenario forjado por la sociedad de riesgos, en la que se hace urgente la necesidad de imponer al contaminador la obligación de internalizar en su proceso productivo los costes con la prevención y la recuperación de la degradación ambiental, en una expresión del principio del contaminador-pagador”*⁴³⁹.

En un contexto de hipercomplejidad que caracteriza las decisiones de una sociedad contemporánea, cuyas raíces científicas se encuentran en la modernidad, la observación sociológica remite a la descripción de las incertidumbres que estas decisiones generan internamente en el sistema social. GOLDENBERG, al tratar acerca de los riesgos del desarrollo, ilustra la situación de incertidumbre, o de riesgo, que determinadas decisiones generales provocan en la sociedad, al afirmar que: *“Podemos caracterizar los llamados ‘riesgos de desarrollo’ como la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañinidad”*⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Conforme a lo estudiado en el presente capítulo, el sistema jurídico vigente, tradicional y cerrado, produce un aumento de su irritabilidad y sensibilización, implicando una resonancia de las irritaciones provocadas por las alteraciones en el entorno social.

⁴³⁹ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. A responsabilidade civil por dano ambiental decorrente de atividades lícitas. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano I, n.02, jan. de 2006. p. 7.

⁴⁴⁰ GOLDENBERG, Isidoro H. Riesgos del Desarrollo y el Daño Ambiental. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 343 En nota a pie de página, el autor aún escribe que: *“...de acuerdo a lo sostenido por la doctrina internacional, podemos llegar a la conclusión de que cada vez hay un número creciente de productos destinados a los consumidores, que presentan irrazonables riesgos de causar daños debido a la complejidad de los mismos, a lo cual debe sumársele la*

Esta complejidad tiene su aparición en las estructuras sistémicas cuyas incertidumbres, en lo que se refiere a los efectos de las decisiones de un determinado subsistema, pueden repercutir en los demás subsistemas y, hasta incluso, en el medio extra-sistémico; es decir, en el medio ambiente considerado como tal. Así, previamente, hay una teoría sociológica del riesgo a través de la noción de que este riesgo produce a la sociedad. Se trata de una teoría que resulta de una observación más general y profunda del riesgo, preocupándose por crear criterios para la selección y reducción de la complejidad interna y en la adopción de decisiones verificadas en el sistema social. El riesgo es una forma observacional, cuyo sentido es consecuente con su distinción de la idea de peligro, generador de vínculos con el horizonte del futuro. Esta perspectiva de riesgo, confeccionada en el ámbito de la sociología, implica una profunda influencia (irritaciones) sobre las ciencias sociales dogmáticas, como es el caso del Derecho. Para Raffaele de Giorgi, “*es una modalidad de la relación con el futuro: es una forma de determinación de las indeterminaciones según la diferencia de probabilidad/improbabilidad*”⁴⁴¹. Por tanto, desde esta observación, el riesgo permite una relectura que posibilita a la ciencia jurídica⁴⁴² una revisión de todo las hipótesis operativas.

El sistema jurídico, caracterizado por una dogmática jurídica fundamentada en las revoluciones burguesas del siglo XVIII, implica una concepción jurídico-dogmática del riesgo, cuya construcción, en razón de los paradigmas jurídicos existentes, se presenta internamente limitada cuando tiene como referencia un examen de la teoría sociológica del riesgo que es más extendida. En esta perspectiva, podemos incluir la opinión de Jorge Bustamante que, al tratar sobre el panorama actual del instituyo de la

circunstancia de que los consumidores manifiestan una gran incapacidad de anticipar los eventuales riesgos potenciales y protegerse adecuadamente de ellos” (en el texto original no hay grifo).

⁴⁴¹ DE GIORGI, Raffaele. *op. cit.*, p. 197.

⁴⁴² La diferencia fundamental entre riesgo y peligro consiste en no restringir el significado de riesgo a un sentido exclusivamente negativo, atribuyéndole una connotación positiva con respecto a la evaluación de su aceptación. El peligro, a su vez, está restringido a un significado exclusivamente negativo. En este sentido, vid LUHMANN, Niklas. *En: Ecological Communication*, p.166, nota a pie de página 21. Según Raffaele de Giorgi, el concepto de riesgo está ligado a la toma de decisiones consideradas dentro del sistema, a la vez que el concepto de peligro está directamente vinculado a la posibilidad de imputación de los daños hacia el exterior, justificando el autor que “*la conceptualización propuesta da al mismo tiempo plausibilidad al hecho de que en la sociedad moderna la ampliada conciencia del riesgo esté correlacionada con el aumento de las posibilidades de decisión*”. *En: Direito, Democracia e Risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 227.

responsabilidad civil, sostiene: *“Dijimos entonces, y podríamos continuar afirmando, que las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por daños se ven hoy día constantemente desbordadas por nuevos acontecimientos sociales que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico. Tal vez, puede decirse hoy como entonces, que el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin culpa alguna. Tal vez pueda seguir afirmando actualmente que la mayoría de los daños que acaecen no son el efecto de conductas individuales sino el resultado de comportamientos sociales”*⁴⁴³. Por consiguiente, la actual concepción de la denominada Teoría del Riesgo, implica una internalización de la noción sociológica del riesgo, pues el objeto de esta teoría se restringe al *modus* operacional y a los elementos de un paradigma enclaustrado del Derecho.

Además, Blanca Martins de la Cruz recuerda que el Derecho Ambiental conoció una fase de progreso entre la última mitad de la década de los 80 y la primera mitad de la década siguiente. Sin embargo, a partir de entonces, ha marcado un ciclo de regresión del que: *“lamentablemente aún no hemos conseguido salir”*. Más adelante, la autora escribe que, *“Frente a una lucha perentoria en contra de los daños causados al ambiente, la preferencia por los mecanismos del Derecho Privado, -cuyo instituto de la responsabilidad civil constituye el paradigma-, rebasaba la consabida imposibilidad del Derecho Administrativo, mostrándose también como el más eficaz en la aplicación de principios fundamentales, tales como el de la prevención o el del contaminador-pagador”*⁴⁴⁴.

⁴⁴³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *op. cit.*, p.15.

⁴⁴⁴ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, pp. 103-104. La autora señala también que el hecho de que una de las preocupaciones dominantes en la fase de la expansión del Derecho del Ambiente fue justamente la reglamentación de la responsabilidad civil por daños ambientales, en especial por el daño ecológico puro, apuntando que la edición del Libro Verde y a la posterior adopción de la Convención de Lugano, en 1993, por el Consejo de Europa, correspondió al auge de esta primera fase. Pero, *“Si la Convención de Lugano marcó el auge de una década favorable a la legislación ambiental, su no posterior ratificación por los Estados miembros y por la propia Comunidad Económica Europea, indicaba ya que entonces se empezaba a producir: un significativo atraso que se fue acentuado a lo largo de los últimos años de la década de los 90 y que ahora culmina con la preterición formal, asumida y*

A su vez, la sociología proporciona un examen más comprensivo y profundo del riesgo. Se hace necesario superar el paradigma dogmático en el que el riesgo es examinado por la teoría del derecho; es decir, se impone un vector que parta de la forma restricta de cómo se examina la realidad (observación actual, restricta al cierre del sistema), hacia una observación abierta, adecuada a la complejidad de todo el sistema social. Por consiguiente, hay que reclamar la unidad, la coherencia y la plenitud, apuntadas por BOBBIO y estudiadas en este capítulo.

La teoría dogmatizada del riesgo, producida por la conocida distinción entre culpa y riesgo⁴⁴⁵, sería mucho más potenciada si se observara a través de una teoría que permitiera un mayor vínculo y profundidad a las reales necesidades de la sociedad contemporánea; es decir, examinada mediante una noción sociológica del riesgo. Así, esta visión restrictiva de la lógica jurídica, al ser ampliada, proporcionaría, al menos, una visión más ligada y aplicada a una normativa aún cerrada, incidiendo así las interacciones con los demás subsistemas y, entonces, efectivamente se mostraría preocupada por la construcción del futuro.

Las tecnologías desarrolladas en la sociedad actual desencadenan riesgos de producción de daños cuyo potencial lesivo son, no raras veces, científicamente desconocidos⁴⁴⁶. Así, las decisiones adoptadas por la sociedad contemporánea son impregnadas por riesgos y daños incontrolables que pueden producirse en todo el sistema social. En lo que respecta a la complejidad, inherente a las decisiones que resultan de las cuestiones ambientales, podemos ilustrarlo con la decisión del cierre de las actividades desarrolladas por una instalación nuclear, cuya actividad será sustituida por energía carbonífera. Se trata de una decisión cuya medida tiene una visible adecuación ambiental, pero desencadena consecuencias impredecibles en el

declarada en la Convención de Lugano por la nueva Directiva sobre responsabilidad ambiental, en vías de adoptarse”.

⁴⁴⁵ La distinción entre culpa y riesgo será examinada en el contenido del capítulo III.

⁴⁴⁶ En el Capítulo I, hemos estudiado que la producción de los daños ambientales alcanzan resultados que, en la mayoría de las ocasiones, son desconocidos. En el presente capítulo, nos ocupamos también las formas de manipulación genética (bioderecho), cuyas decisiones repercuten de manera todavía desconocida, produciendo inseguridades en las decisiones adoptadas por la sociedad contemporánea.

sistema económico⁴⁴⁷, con una evidente resistencia de este sistema en razón de la necesidad de energía para la producción industrial que es característica de la sociedad contemporánea. Más ejemplos los encontramos con las decisiones que derivan de las formas de manipulación genética. FABRE, al escribir sobre el futuro de la bioética, apuntaba que: *“Al final de este siglo y mirando el futuro desde la perspectiva del diálogo bioético, hemos de insistir en su necesidad, tanto desde el punto de vista de los médicos y los profesionales de la salud, como de las instituciones académicas, docentes y profesionales, a causa de las implicaciones económicas, políticas, sociales y legales que, en estos momentos, tiene la práctica de la medicina en el complejo mundo de la estructura sanitaria”*⁴⁴⁸.

Así, aflora la inseguridad en las decisiones que se han producido en la sociedad contemporánea en razón de una extrema complejidad observada en las relaciones de esta sociedad contemporánea. En cuanto a los problemas procedentes del medio, debe destacarse, también, que existe una mayoría de esta complejidad en razón de sus especificidades; es decir, de las circunstancias climáticas impredecibles, del evento de catástrofes, entre otras, que no permiten decisiones jurídicas simplificadas. En cuanto al riesgo aplicado en el instituto de la responsabilidad civil, Jorge Bustamante nos hace reflexionar cuando escribe que: *“partiendo del amplio espectro de la sociedad*

⁴⁴⁷ GOLDENBERG, Isidoro H. Los Riegos del Desarrollo en Materia de Responsabilidad por Productos y el Daño Ambiental. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 344, retrata las consecuencias impredecibles que las decisiones generan en el sistema económico, apuntando a la inseguridad en lo que se refiere a los actos decisionales, al escribir que: *“Frente a las críticas de los industriales en el sentido de decretar en estos casos la responsabilidad de los colaboradores, constituiría un obstáculo al progreso técnico, además de su incidencia en los costes. Se ha sostenido que, al contrario, alentaría la función preventiva, la investigación y la puesta al día de los conocimientos enfatizándose que no se trata de un caso fortuito ajeno a la actividad empresarial. En cuanto a la objeción de que las particularidades de esos riesgos no permiten la adopción de políticas financieras adecuadas de previsión, tal circunstancia impone, precisamente, acentuar los estudios de ‘probabilidad de riesgos’ a través de un análisis previo y minucioso de los componentes del producto, novedad, tiempo de experimentación, efectos secundarios en artículos análogos, estado de la ciencia en la rama que se va a emplear, etcétera”*.

⁴⁴⁸ ABELI FABRE, Francesco. **Bioética: orígenes, presente y futuro**. Madrid: Editorial MAPFRE, 2000. p.187. Converte la descripción de SALOM, José Roberto, En: **Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional** : La Distribución Justa y Equitativa de Beneficios en el Convenio sobre Biodiversidad. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 349, que en sus conclusiones sobre la temática desarrollada afirma que: *“La biotecnología promete grandes beneficios, y al mismo tiempo amenaza con serios riesgos ambientales de proyección transfronteriza. Los Estados ya han tomado conciencia de la necesidad de cooperar para la prevención de los riesgos y los daños ambientales de origen biotecnológico. No obstante, las regulaciones existentes no son suficientes: como hemos visto, o tienen un carácter voluntario, o contienen una regulación incompleta”*.

*moderna también es necesario extender los límites del ámbito de la actividad dañosa en la misma medida en que el hombre desborda con sus acciones su órbita tradicional en esta **aventura de riesgos** que lo enfrenta con un universo totalizador y competitivo a la vez*⁴⁴⁹(grifo).

Conviene recordar que, los principios se presentan como una aptitud que es operacionalizada frente a la clausura normativa del Derecho; es decir, los principios como aquellos que detentan un sentido jurídico se presentan con una estructura adecuada para la observación de elementos externos al sistema, en una apertura cognoscitiva del Derecho a su medio. Estos principios permiten la utilización creativa de las paradojas ocultadas por la dogmática jurídica con el objetivo de dar continuidad a las conexiones entre los elementos internos al sistema y a sus futuras operaciones.

Los principios del Derecho Ambiental ejercen una relevante influencia en la comunicación ambiental que se verifica en el sistema social, una vez que ejercen, en un proceso comunicativo, interacciones e interferencias, haciendo posible la comunicación simultánea entre los diversos subsistemas, en especial entre el del Derecho, el de la Economía y el de la Política⁴⁵⁰. Así, los actos decisionales son potenciados en una perspectiva de apertura hacia el horizonte del futuro, facilitando una operacionalidad del sistema jurídico mediante la apertura cognoscitiva a otras ramas de la ciencia.

Cuando se utilizan los principios en decisiones jurídicas, vislumbrándose el horizonte futuro, facilita un estudio sobre el riesgo en la sociedad actual dada la clausura con la que opera el Derecho. La importancia de esta apertura del sistema a su ambiente implica que se fomenta la creación jurídica efectuada en los procesos de toma de decisión internas a este sistema parcial con relación a sus observaciones, legitimadas por el aspecto normativo,

⁴⁴⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *op.cit.*, p. 16.

⁴⁵⁰ LUHMANN, Niklas. Por que uma 'Teoria dos Sistemas', *En*: BAETA NEVES, Clarissa; BARBOSA SAMIOS, Eva Machado (Coord.). **A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS; Instituto Goethe/ICBA, pp. 37-48, 1997. En esta operacionalidad cerrada, es la utilización de los principios es la que suministra al sistema jurídico la posibilidad de "*intensificar su propia irritabilidad*" en una apertura cognoscitiva a las alteraciones negativas producidas en el otro lado de la forma del sistema social, es decir, en el propio medio ambiente (p. 43).

de carácter cerrado, en el que actúan los principios. El riesgo es considerado como un elemento interno al sistema, provisto de sentido conferido frente a una clausura operacional y, paradójicamente, representa un elemento que permite la apertura cognoscitiva del sistema a las perspectivas extra-jurídicas, considerando el sistema social como un todo⁴⁵¹. Así, los principios se presentan como una textura ampliamente abierta del Derecho para una mayor flexibilidad jurídica en la resolución de los conflictos hipercomplejos que se presentan⁴⁵².

Así, el riesgo se constituye en una significativa aportación evolutiva en el sentido de instrumentalizar y capacitar al subsistema jurídico y, consecuentemente al sistema social, al atribuir la responsabilidad de los daños y riesgos producidos y consecuentes de la relación entre este sistema social y el medio ambiente.

Finalmente, cabe observar que las dificultades que obstaculizan, de forma más significativa, la aplicación del instituto de la responsabilidad civil a la reparación del daño ecológico se encuentran reducidas por la evolución de la doctrina. *“Las citadas dificultades no se refieren concretamente al instituto de la responsabilidad civil, sino a todo y cualquier mecanismo o instrumento jurídico que intente responsabilizar al autor de un daño ecológico, obligándole al respectivo resarcimiento. Subsisten intactas, incluso cuando se alcanza tal objetivo recurriendo a mecanismos de Derecho Público, no vislumbrándose ningún beneficio, ecológico u otro, en la preterición del instituto de la responsabilidad civil. Por el contrario, la importancia, por el Derecho Público, de tales instrumentos típicos del Derecho Privado puede aumentar las dificultades que ya le son naturales. Se trata siempre de adaptar a la rigidez*

⁴⁵¹ En ese sentido, y tomando como referencia los capítulos siguientes, el principio de la prevención es considerado como esencial para llevar a cabo un estudio de la responsabilidad civil por daños ambientales. En el Derecho Ambiental, la prevención se opone a resarcir o reparar, consistiendo éstos en la cara negativa ya que la prevención se caracteriza por un valor positivo. De la misma forma que la prevención, la noción de riesgo no se limita a una connotación negativa, pudiendo tener un sentido constructivo con relación a los cuidados y a los actos decisionales. Así, las analogías entre prevención y riesgo y distinciones entre riesgo y peligro y, respectivamente, prevención y corrección, facilitan importantes observaciones y operaciones en el sistema jurídico con respecto al proceso de sensibilización para el equilibrio del medio ambiente.

⁴⁵² HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. pp. 141-143.

característica del Derecho Público un instituto creado, pensado y desarrollado por el Derecho Privado, para regular y servir a la sociedad civil y orientado por los ideales de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos, que le confieren la marca de la flexibilidad, traducida, entre otros, por la posibilidad de negociación, posibilidad a la que el Derecho Público pretende abrirse cada vez más”⁴⁵³.

A pesar de las dificultades inherentes a la temática, Blanca Martins de la Cruz subraya la importancia del instituto de la responsabilidad civil en cuanto a la preservación ambiental, entendiéndola como: *“el mecanismo que mejor previene la necesidad de garantizar la prevención y la reparación de los daños causados al ambiente, asegurando una defensa más eficaz de los valores ambientales, como complemento de las medidas de Derecho Público. Como escribimos en otro lugar: ‘(...) al peso de la máquina administrativa, **sometida a criterios de oportunidad política, económica o social**, abarcando siempre una reglamentación lenta (...), se prefiere un sistema autónomo, **regido por principios basilares de la convivencia social**, fácilmente intuitos y asimilados por todos, donde el ciudadano se identifique y al que no le resulte extraña la facilidad con la que los mecanismos puedan ser accionados, dependiendo (...) de la iniciativa del ciudadano (...)”⁴⁵⁴*(grifos). En este sentido, se destaca la importancia de los derechos individuales en la perspectiva social, por tanto, en el marco de la preservación del medio ambiente.

⁴⁵³ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, pp. 105-106.

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem*. pp. 106-107.

4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

4.1 La evolución y la redefinición del instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva ambiental

La definición del instituto de la responsabilidad civil⁴⁵⁵ está intrínsecamente relacionada con su evolución a través de los tiempos, variando en conformidad con el enfoque conferido a uno de sus elementos (culpa, riesgo y daño – respectivamente estudiados en los puntos 3.1.1, 3.1.2 y 3.1.3, que se indican a continuación) y, por eso mismo, los autores no llegan a un consenso con respecto a lo que configuraría la responsabilidad civil, reflejándose tanto en las definiciones de la teoría de la culpa como en la de la teoría objetiva. Difícilmente, podemos encontrar en el Derecho civil materia más vasta y de mayor dificultad de sistematización que la de la responsabilidad civil.

En el marco de la conveniencia de una nueva actitud de la sociedad, se inserta la solidaridad social, *“forjada en la imposibilidad de apropiación singular de los bienes ambientales”*⁴⁵⁶. En esta perspectiva, subrayamos el contenido de los principios examinados en el capítulo I, donde Annelise Steigleder resalta como principio informador de la responsabilidad civil por el

⁴⁵⁵ La etimología de la palabra ‘responsabilidad’ tiene su origen en el verbo *respondere*, de *spondeo*, primigenia obligación de naturaleza contractual del derecho quiritaro, romano, a través de la cual el deudor se vinculaba al acreedor, en los contratos verbales, por medio de la pregunta *“Spondesne mihi dare centum?”* (¿Me prometes que me das un ciento?). Preguntado en ese sentido respondía entonces el deudor *“Spondeo”* (prometo). En: AZEVEDO VILHAÇA, Álvaro. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura – algumas hipóteses de responsabilidade civil no código de processo civil – Constituição Federal (art. 37, par. 6.) **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 4, n.14, pp. 27-43, jan./mar. 1996. p. 27.

⁴⁵⁶ BESSA ANTUNES, Paulo. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 187.

daño ambiental la solidaridad con el futuro, según la cual se exige una transformación en el comportamiento ético de las personas, de modo que se posibilite la internalización de las externalidades ambientales negativas. Además, recuerda la autora que el principio de la precaución implica una denominada refuncionalización de la responsabilidad civil, puesto que asume una tarea de prevención con relación a los daños ambientales. A ello hay que sumar el principio del contaminador-pagador, que impone a las fuentes contaminadoras las obligaciones de incorporar en sus procesos productivos los costes referentes a la prevención, al control y a la reparación de la degradación ambiental, impidiendo la socialización de los riesgos ambientales⁴⁵⁷. Este principio proyecta en la responsabilidad civil ambiental “*el deber de reparación más allá de los confines de la conducta culposa de los individuos*”⁴⁵⁸.

Tepedino apunta que la solidaridad social puede sintetizarse en “*compatibilizar la acción individual con la colectiva, de forma que de allí pueda resultar un beneficio para todos, individualmente, y para la sociedad, como ente colectivo*”⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰. Ost, por su parte, presenta la solidaridad como prácticamente universal, una responsabilidad que no se reduce a la función represiva, pues “*en lugar de buscar a los culpables de las acciones pasadas, serviría para definir el círculo de las personas solidariamente investidas de nuevas misiones. Además, en la relación a la primera idea expuesta, la anticipación del futuro está implícitamente presente: si soy, en efecto, obligado a reparar las consecuencias de mis actos, es porque las debía haber previsto. Aquí, sin embargo, el dominio de la perspectiva se extiende: no sólo estamos obligados a asumir las responsabilidades de nuestros actos sino también de sus desarrollos probables, o incluso simplemente posibles. Es que la amplitud de los medios aplicados es tal, así como la gravedad de los riesgos que genera la actividad, que el agente no puede ya quedarse indiferente ante la*

⁴⁵⁷ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. **Responsabilidade civil**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 183-192.

⁴⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil do direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *En: Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 193.

⁴⁵⁹ *Idem. Ibidem*. p. 272.

⁴⁶⁰ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise, al tratar los nuevos perfiles de la responsabilidad civil, presenta la solidaridad social como fundamentada en la Constitución Federal Brasileña en la óptica intra e intergeneracional, como establece el artículo 225 de la referida Carta (*op. cit.*, p. 184).

posibilidad de que esto pueda acaecer. El debate se traslada: desde la perspectiva subjetiva, por la que se establecía la imputabilidad, al riesgo creado en un horizonte futuro indeterminado y con respecto a una categoría abstracta de personas”⁴⁶¹.

En ese diapasón, para estudiar la redefinición del instituto de la responsabilidad civil ambiental es preciso reflexionar sobre la concepción principiología del Código Civil Brasileño vigente, por haber sido concebido entre las décadas de los 70 a los 90 del siglo pasado; es decir, bajo la égida de la tercera generación de los derechos humanos, para, después, examinar el instituto en cuestión bajo la égida del referido dictamen. En este sentido, Pablo Stolze Gagliano y Rodolfo Pamplona Filho sostienen que la codificación no es que un proceso de organización, que reduce a un único dictamen diversas reglas jurídicas de la misma naturaleza; de esa forma centraliza las normas aplicables a determinadas relaciones jurídicas privadas, resaltando la seguridad que resulta necesaria en las relaciones sociales⁴⁶².

El Código Civil vigente surgió con el propósito de modificar la efectividad del Derecho Civil como resultado de una profunda alteración en la propia dogmática. Se identifican señales de agotamiento en las categorías del derecho privado, constatándose una ruptura que podría ser definida como una crisis entre el aspecto instrumental, las formas jurídicas del individualismo preindustrial y la realidad económica industrial, que repelen el individualismo. Los nuevos hechos sociales dan lugar a soluciones objetivas y ya no más subjetivas, al exigir al legislador y a la doctrina una preocupación por el contenido y por la finalidad de las actividades desarrolladas por el sujeto de derecho^{463 464}.

⁴⁶¹ OST, François. **A natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 309.

⁴⁶² STOLZE GAGLIANO, Pablo y PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** (contiene el análisis comparativo entre los códigos de 1916 y 2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

⁴⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

⁴⁶⁴ Analizando la realidad de la estructura legislativa brasileña, se constata que los textos constitucionales definen los principios antes reservados exclusivamente al Código Civil: la función social de la propiedad, los límites de la actividad económica, la organización de la familia y las materias típicas del derecho privado pasan a integrar un nuevo orden público constitucional. Por otro lado, el propio derecho civil, a través de la legislación extracodificada, traslada su preocupación general que ya no está dirigida al individuo, sino a las actividades practicadas y desarrolladas por el propio individuo y los riesgos consecuentes de las mismas.

Para Valério dal Pala Moraes, el Código Civil Brasileño es una legislación que busca una diferenciada estructuración normativa que tenga el privilegio de abarcar la complejidad, la dinámica y la masificación de las relaciones⁴⁶⁵, teniendo como pilares de base las directrices teoréticas de la **eticidad, sociabilidad y operabilidad**.

Tratando los principios, Caio Mário se ha ocupado del papel de los principios generales de derecho como fuente subsidiaria del derecho, cuando sustenta que *“aunque de difícil utilización, los principios imponen a los intérpretes el manejo de instrumentos más abstractos y complejos y requieren un trato con ideas de mayor tenor cultural de lo que los preceptos sencillos de aplicación cotidiana*⁴⁶⁶.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el estudio de los principios ahora referidos, hay que destacar la constitucionalización incidente en la rama del Derecho civil. Para Francisco Amaral, *“esa constitucionalización significa que los principios básicos del derecho privado emigran del Código Civil a la Constitución, que pasa a ocupar una posición central en el ordenamiento jurídico, asumiendo el lugar hasta entonces privilegiadamente ocupado por el Código Civil, transformándose éste en un satélite del sistema constitucional*⁴⁶⁷
⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ DAL PÁ MORAES, Paulo Valério. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, Editora Revista dos Tribunais, ano 15, n.57, jan./mar. de 2006, p. 79.

⁴⁶⁶SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Reflexões sobre o Novo Código Civil, Prefácio às novas edições da coleção 'Instituições de Direito Civil'. **Revista Literária de Direito**, jan./fev. 2004, p. 11.

⁴⁶⁷ AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, n. 63, 1993, p. 52.

⁴⁶⁸ Actualmente han sido reconocidos por la doctrina dos sentidos posibles para la constitucionalización del Derecho Civil, en relación a la eficacia de los derechos y garantías individuales. No hay duda de que las normas constitucionales inciden sobre el legislador, exigiendo producción legislativa que se compara con el orden constitucional, constituyéndose como un límite para la reserva moral. Por otro lado, producen efectos en el plano de la interpretación. El sentido de construir una armonía en las fuentes legislativas, atribuyéndose a la Constitución un papel central en la unificación del ordenamiento jurídico, no acaba en las relaciones de derecho civil, sino en el plano de la eficacia social. Por otro lado, no podría suponer que la intervención del constituyente absorbiese el derecho civil por el derecho constitucional, pues entonces representaría una autoritaria reducción en los espacios de libertad a la sociedad. Así, la valorización dentro de los parámetros constitucionales, con referencia al papel de la integración del sistema, representa un desafío para la efectividad del Código en cuestión.

Resulta conveniente, aunque sea de forma breve, señalar los principales puntos de la estructura del nuevo Código Civil, conforme a las palabras de Moacyr de Oliveira: “1) *sentido más operacional que el conceptual de la norma, independiente de meros valores formales abstractos*; 2) *preferencia por modelos jurídicos abiertos, permitiendo la acción jurisprudencial constructiva*; 3) *servicio del principio de la realizabilidad en razón de las fuerzas sociales que operen en el país*; 4) *apelación a conceptos integradores de la comprensión ética: buena fe, equidad, finalidad social del derecho, equivalencia de las prestaciones, etc.*”⁴⁶⁹.

Para Miguel Reale, autor del Código Civil Brasileño vigente, el principio de la eticidad trata de incluir valores éticos en la práctica del derecho privado brasileño, a través de muchas cláusulas generales, “*con el fin de posibilitar la creación de modelos hermenéuticos, ya sea para los abogados, ya sea para los jueces y para una continua actualización de los preceptos legales*”⁴⁷⁰. El legislador escribe que, “*lo que se tiene presente es, en resumen, una estructura normativa concreta, eso es, libre de cualquier apego a meros valores formales y abstractos. Ese objetivo de concreción impone soluciones que dejan margen al juez y a la doctrina, con frecuente invocación a conceptos integradores de comprensión ética, tal como los de buena fe, equidad, probidad, finalidad social del derecho, equivalencia de prestaciones etc., que tal vez no sea del agrado de los partidarios de una concepción mecánica o naturalística del Derecho, pero éste es incompatible con las leyes rígidas de tipo físico-matemático. La exigencia de concreción surge exactamente de la contingencia insuperable de permanente adecuación de los modelos jurídicos a los hechos sociales ‘in fieri’*”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ OLIVEIRA, Moacyr de. A Estrutura das Obrigações e do Negócio Jurídico no Projeto do Código Civil. **Revista de Direito Civil**. v. 36, abr./jun.1986.

⁴⁷⁰ REALE, Miguel. Visão Geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 9, jan./mar. 2002. p. 12.

⁴⁷¹ *Idem. Ibidem*. p. 48. Así, en el CCB de 2002, el principio de la eticidad está expresado en la interpretación de los negocios jurídicos conforme a la buena fe (artículo 113), presenta una nueva definición de abuso de derecho (artículo 187), prevé la cláusula general de la buena fe incidente en los contratos (artículo 422) y posibilita tanto la revisión de los contratos como de la onerosidad excesiva, confiriendo al juez un mayor poder para encontrar una solución más justa y equitativa.

Para Paulo Valério dal Pala Moraes, uno de los mayores pilares capaces de sostener el sistema de la eticidad, es la aplicación como razón de decisión del principio de la dignidad de la persona humana⁴⁷². Sarlet, destaca que, *“la dignidad de la persona humana – en el ámbito de su perspectiva intersubjetiva – implica un deber general de respeto por la persona (por su valor intrínseco como persona), traducida en un conjunto de deberes y derechos correlativos, de naturaleza no meramente instrumental, sino, relativos a un conjunto de bienes indispensables al ‘florecimiento humano’*⁴⁷³: Para Sarlet, la dignidad es un valor propio, identifica el hombre como tal, puesto que es *“irrenunciable, inalienable, transferible del ser humano”*, siendo inherente al ser humano, no pudiendo ser creada, concedida o retirada⁴⁷⁴. En esa perspectiva, es preciso recordar que el Derecho ambiental protege una sana calidad de vida para las generaciones presentes y futuras.

La **operabilidad** es el principio que hace posible conceptos y estructuras dogmático-jurídicas de modo que se facilite su aplicación e interpretación del Derecho, intentando además facilitar también la aplicación del nuevo Código Civil Brasileño en lo que concierne a su uso, operación, interpretación y efectividad cuando se adopten conceptos flexibles y abiertos que, por ser así, se adecuan a la dinámica de las transformaciones sociales de la sociedad actual.

Miguel Reale apunta que la operabilidad busca la aplicación de un Derecho concreto cuando afirma que *“solamente así se realiza el derecho en su concreción, siendo oportuno recordar que la teoría del Derecho Concreto, y no puramente abstracto, encuentra apoyo de jurisconsultos de gran relevancia tales como Engisch, Betti, Larenz. Ése y muchos otros, implican una mayor participación decisoria conferida a los magistrados. En otras palabras, lo que se subraya es el Derecho en su concreción, es decir, en razón de los*

⁴⁷² DAL PÁ MORAES, Paulo Valério. *op. cit.*, p. 106.

⁴⁷³ WOLFGANG SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002, p. 55.

⁴⁷⁴ *Idem. Ibidem.* p. 97.

*elementos de hecho y de valor que deben de ser siempre tenidos en cuenta en la enunciación y en la aplicación de la norma*⁴⁷⁵.

Para Paulo Valério dal Pala Moraes, la concreción de la operabilidad reside en el principio de la vulnerabilidad que, juntamente con el principio de la dignidad de la persona humana, son inherentes e imprescindibles del ser humano; es decir, son realidades previas al propio Derecho. Concluye el autor que la vulnerabilidad es la reparación operacional concreta del principio de la igualdad. El principio de la buena fe y la cláusula general de la equidad también son concreciones de la dignidad de la persona humana en el caso específico, sin olvidar el factor de respeto al principio de la vulnerabilidad⁴⁷⁶.

Finalmente, con relación a la directriz de la **sociabilidad**, es preciso reflexionar a cerca de *“la superioridad de los valores colectivos sobre los individuales, sin más, resaltando el valor fundamental de la persona humana*⁴⁷⁷. Para Miguel Reale, *“el objetivo del nuevo Código se percibe en el sentido de intentar superar el manifiesto carácter individualista de la Ley vigente (CC/1916), hecha para un país eminentemente agrícola...⁴⁷⁸*, lo que caracteriza el predominio de lo social sobre lo individual. Para Paulo Valério dal Pala Moraes, ese principio está caracterizado como *“un mandamiento de aplicación de medidas que directamente puedan alterar el modo de vivir en comunidad, de forma que todos puedan tener oportunidades mínimas de adquisición de una vida digna*⁴⁷⁹.

Para Judith Martins-Costa y Gerson Luiz Carlos Blanco, el Derecho es la estructura estatal que tiene la obligación de buscar la efectiva concreción de un nivel cada vez mayor de dignidad para todos los integrantes del grupo social, afirmando también la autora que *“lo que hoy se presenta al Derecho Civil es la reacción al excesivo individualismo característico de la Era codificadora del ochocientos que tantos y tan hondos reflejos aún nos sigue transmitiendo. Si a las Constituciones cabe proclamar el principio de la función*

⁴⁷⁵ REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷⁶ DAL PÁ MORAES, Paulo Valério. *op. cit.*, pp. 110-120.

⁴⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

⁴⁷⁸ REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 13.

⁴⁷⁹ DAL PÁ MORAES, Paulo Valério. *op. cit.*, p. 131.

social – lo que viene siendo regla desde Weimar -, es al Derecho Civil al que compete transformarlo en un concreto instrumento de acción. Mediante el recurso a la función social y también a la buena fe – que tiene un contexto marcadamente ético y otro solidario – instrumentaliza el Código ahora aprobado la directriz constitucional de la solidaridad social, ubicada como uno de los objetivos fundamentales de la República”⁴⁸⁰.

Al tratar la función social, debe entenderse que la solidaridad “no es un mero apoyo moral. Solidaridad expresa la condición concreta de los seres con la que uno realiza la perfección de su propio ser, precisamente en la medida en que participa en la promoción de los otros y, en la cual, también, inversamente, cada uno se limita, se empobrece en contenido humano, en la exacta medida en que separado en su egoísmo, se desvincula de la obra común de promover a los demás”⁴⁸¹.

Así, el nuevo Código Civil Brasileño objetiva la adecuación axiológica y fáctica de la legislación calificada de privatista, a través de la utilización de preceptos que valoran una vida social ya no individualista, sino esencialmente personalista. Consagra el Código Civil vigente el pasaje del reconocimiento del ser humano como un individuo separado hacia una “persona contextualizada”. “Consagra, en resumen, la constitucionalización y la repersonalización del denominado Derecho Privado, cuando favorece la concreción de la Constitución Federal y, consecuentemente, la reafirmación del concepto de ‘persona’ como el pilar fundamental de todo el sistema jurídico civil”⁴⁸².

Judith Martins-Costa y Gerson Luiz Carlos Blanco sostienen que la función social exige la comprensión de la propiedad privada ya no como el verdadero monolito susceptible de deducción de los códigos del ochocientos, “sino como una pluralidad compleja de situaciones jurídicas reales, que

⁴⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith y BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴⁸¹ BASTOS ÁVILA. Fernando. **Introdução à Sociologia**. 3.ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1965.(Coleção Temas Atuais). p. 266. *apud* DAL PÁ, Paulo Valério. *op. cit.*, p. 131.

⁴⁸² DAL PÁ, Paulo Valério. *op. cit.*, p. 134. Así, continúa el autor que “la propiedad y el contrato ya no son vistos con las lentes exclusivamente privatistas, estando tales iconos del desarrollo humano completamente publicizados, imponiendo a sus titulares una nueva postura cultural que venga a compatibilizarse con los nuevos valores y las nuevas realidades”.

⁴⁸³ MARTINS-COSTA, Judith y BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *op. cit.*, p. 148.

*engloban, análogamente, un complejo de situaciones jurídicas subjetivas, sobre las cuales inciden, escalonadamente, grados de publicismo y de privatismo, acordes al objeto de la concreta situación jurídica...*⁴⁸³. Se destaca, también que, el Código de 2002 no traduce una uniformidad política e ideológica en razón de la distancia entre los contextos políticos de inicio y final de su elaboración, indicando que el intérprete debe dar prioridad a su aplicabilidad.

De esa forma, la propiedad y el contrato necesitan ser usados de modo que puedan lograrse sus fines sociales y económicos, y no vengan a herir al medio ambiente y a los patrimonios público, histórico, turístico y paisajístico. En la esfera del Derecho Ambiental y del Código Civil vigente, deberán ser unos institutos de realización social que no vulneren los derechos subjetivos, bajo pena de que se caracterice como abuso de derecho previsto en el artículo 187 del CCB⁴⁸⁴.

Sin embargo, Facchini Neto sustenta que pocas fueron las innovaciones profundas y significativas referentes a la responsabilidad civil en la nueva posición, pues *“la mayoría de las aparentes alteraciones legislativas no son más que una incorporación a la ley, de líneas jurisprudenciales afirmadas o tendenciales”*⁴⁸⁵. Además, se subraya el contenido del capítulo II, cuando apuntamos que la matriz del modelo sistémico entonces estudiado implica unas dificultades de aplicación de la nueva posición recién concebida y, por consiguiente, de la evolución del instituto de la responsabilidad civil cuando aún inciden premisas que proceden del pasado. Queda fuera de duda que la adopción de una nueva epistemología, aisladamente, se muestra inocua, si los operadores del derecho, en este caso los de Brasil en razón del

⁴⁸⁴ Art. 187 do CCB: *“También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por los buenos costumbres”*. En: ABREU FILHO, Nylson(org.). **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 7.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p.260.

⁴⁸⁵ FACCHINI NETTO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. En: WOLFGANG SARLET, Ingo. (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 155-156.

dictamen civilista en cuestión, continúan ligados a la vieja concepción romanista de interpretación.

Por eso, *“es urgente, y más de lo que se pueda pensar, el conocimiento jurídico, a la luz de una epistemología de ruptura, por medio de la cual se consiga trascender el positivismo jurídico (todavía presente en lo cotidiano de la formación y práctica jurídica brasileña)”*⁴⁸⁶. Además, al tratar la codificación civil brasileña vigente, Caio Mário sustenta que *“la celeridad de la vida no puede ser detenida por las murallas de un derecho codificado. Acontecimientos, que deriven de la sencillez de la existencia cotidiana, o bien marcados por una mayor gravedad, exigen nuevos comportamientos legislativos. Por consiguiente, un edificio vagamente construido, como es un código, se ve alcanzado por exigencias frecuentes, necesitando unos aportes legislativos”*⁴⁸⁷.

RODRÍGUEZ-CAÑO, al reflexionar sobre el Código Civil español, recuerda que *“nuestro Código civil es ya casi centenario. Una muestra evidente de su larga existencia y de los avatares a lo que ha sido sometido es la creciente aparición en el mismo de artículos vacíos de contenido, al haber quedado derogado el anteriormente vigente y no haber sido capaces los legisladores de sustituirlos por otro. Ahí van quedando simples números a modo de cicatrices que muestran los sucesivos remedios. El legislador sabe muy bien que en un Código es preferible mantener la debida solución de continuidad de los artículos mediante ese procedimiento de dejar algunos vacíos de contenido a llevar a cabo un cambio de numeración de todos los artículos siguientes con el fin de evitar un resultado tan poco estético. Es esencial para el buen manejo y aplicación del Código que quienes trabajan con él sepan que los artículos en los que se abordan determinados temas serán siempre los mismos: la propiedad privada en el artículo 348, la autonomía de la voluntad en el artículo 1.255, la responsabilidad extracontractual por daños en el artículo 1.902, la disposición final derogatoria en le artículo 1.976. La*

⁴⁸⁶ MELLO, Cleyson Moraes. *Hermenêutica Jurídica e a Filosofia do Novo Código Civil Brasileiro*. En: **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003. p. 40.

⁴⁸⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Direito Civil: Alguns Aspectos de sua Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

*pregunta que se plantea al abordar el significado actual del Código civil es la siguiente: ¿es ese significado básicamente el mismo que hace casi un siglo, en el momento de su promulgación y entrada en vigor, o es básicamente distinto? La contestación que se dé condiciona las líneas de actuación que se propugnen de cara a una hipotética reforma de las restantes partes del Código, así como la valoración que el mismo merezca dentro del Ordenamiento jurídico*⁴⁸⁸. El texto transcrito recuerda el contenido del capítulo II del presente estudio.

Apuntando al tema específico de la responsabilidad civil, Antonio Cabanillas Sanches, al estudiar las disposiciones legales que específicamente regula la responsabilidad civil ambiental en España, observa que *“carecemos de una ley que discipline esta responsabilidad, aunque nuestra Constitución la tiene en cuenta, al establecer el artículo 45 que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y que la violación de lo dispuesto en el apartado 2 (utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida) da lugar a la obligación de reparar el daño causado, utilizándose casi los mismos términos que aparecen en el artículo 1902 del Código Civil*”⁴⁸⁹.

Jordano Fraga, en relación al ordenamiento jurídico español, apunta que *“el régimen jurídico de los daños ambientales plantea retos y cuestiones de alta complejidad. Pone a prueba los ordenamientos jurídicos, sus instituciones y las propias relaciones de coordinación en el grupo normativo ambiental. La admisión de un régimen pleno de responsabilidad por daños ambientales impacta con dogmas sólidamente establecidos. Esta es la razón por la cual ningún ordenamiento ha regulado hasta las últimas consecuencias la responsabilidad por daños ambientales*”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *En: Prólogo a la primera edición* – (Cedeira, agosto de 1981). **Código Civil Español**. 23.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 24-25.

⁴⁸⁹ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. **La reparación de los Daños al Medio Ambiente**. Elcano (Navarro): Editorial Aranzadi, 1996. p. 123.

⁴⁹⁰ JORDANO FRAGA Jesús. Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente en Derecho Público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Civitas, n. 107, jul./sep.2000.

También se subraya cuando se trata la cuestión de la responsabilidad civil ambiental, que apunta a las generaciones futuras, considerando la sociedad de riesgo (capítulo I), existe la necesidad de realizar una reconstrucción teórica del instituto. Lorenzetti, al tratar de la crisis a la que actualmente se enfrenta el instituto, enfoca la cuestión ambiental que aún apunta problemas específicos, como la dificultad de identificar al responsable por la degradación ambiental y por la presencia de fuentes múltiples de contaminación. Esos problemas exigen instituciones y herramientas jurídicas propias para la superación de las dificultades⁴⁹¹.

Antonio Cabanillas Sánchez, cuando se ocupa de la importancia de la responsabilidad civil como instrumento básico para la protección del medio ambiente en el derecho español, explica la dificultad de implantación, entre otras razones, *“por la escasa efectividad de la normativa ambiental, básicamente de índole administrativa. El desuso es una enfermedad crónica del Derecho ambiental. El desuso de las normas ambientales no es un problema exclusivo de nuestro ordenamiento. En el plano internacional, la efectividad, como reto del Derecho ambiental, ha sido reconocida por el principio 11 de la Declaración de Río de 1992 sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible”*. Más adelante, cuando se ocupa del Libro Verde y de la reparación del daño ecológico, apunta la conveniencia de utilizar el mecanismo de la responsabilidad civil como medio para asignar los gastos necesarios en la restauración del medio ambiente. Se pone de relieve que la responsabilidad civil es una herramienta jurídica y económica que sirve para obligar al responsable de un daño a pagar una indemnización por los gastos de los daños, la responsabilidad tiene como **importantes funciones secundarias**, consolidar determinadas normas de conducta e impedir que se causen más daños en el futuro. Para ello, apunta una fuerte razón social: *“la opinión pública exige sistemas de responsabilidad y de indemnización cuyo rigor aumente en los casos de accidentes medioambientales”*⁴⁹².

⁴⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 28, p. 141, out./dez. 2002.

⁴⁹² CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *op. cit.*, pp. 40-41.

A pesar de las dificultades reflejadas en el capítulo II, hemos dejado constancia de que la evolución del instituto de la responsabilidad civil condujo a la previsión jurídica de determinadas situaciones en las que la obligación de indemnizar independientemente de la prueba de la culpa del agente, desde que haya la relación entre la causa y el daño (nexo de causalidad)^{493 494}, obligando al agente a reparar la lesión causada a otros. Se trata de la teoría objetiva o del riesgo, incidentes en la responsabilidad civil ambiental. Caio Mário defiende esta teoría: *“Es aquella que se forma por el hecho de que, si alguien desarrolla cualquier tipo de actividad, el mismo responderá por los eventos perjudiciales que esta actividad ocasione a los individuos e, independientemente de que cada caso se determine aisladamente, el daño será imputado a la imprudencia, a la negligencia, a un error de conducta; es de esta forma como se configura la teoría del riesgo creado”*⁴⁹⁵.

A través del examen de los diversos factores que inciden sobre el instituto de la responsabilidad civil, cuando se aborda la cuestión de la

⁴⁹³ El **nexo de causalidad** es uno de los elementos caracterizadores del instituto de la responsabilidad civil, pero en el presente trabajo será examinado simultáneamente en el desarrollo de los puntos 3.1.1, 3.1.2 y 3.1.3, es decir, respectivamente cuando se estudia la culpa, el riesgo y el daño. Previamente, se aclara que se trata de un destacado contenido al ser estudiado sobre la responsabilidad civil ambiental, en la medida en que el daño puede ser el resultado de varias causas concurrentes, simultáneas y sucesivas que dificulten el trazar una línea de hechos y correspondientes responsables. La prueba del conjunto de causalidad, es decir, la relación entre el responsable y la víctima es compleja y los efectos de la degradación son difusos, a veces procedentes de varias fuentes. Es en el nexo de causalidad donde reside la verdadera cuestión de fondo en el debate sobre las teorías del riesgo y de la culpa, principalmente en materia de daño ambiental, pues aunque se acepte como regla la responsabilidad objetiva, muchas veces se apela a la ausencia de culpa como causa de exoneración, como sucede en los casos de corresponsabilidad de la administración pública. El nexo de causalidad permite que el riesgo se integre en la unidad del acto, que es fuente de la obligación de indemnizar. No hay requisito de previsibilidad, de modo que, con la prueba de que la acción u omisión fue causa del daño, hay imputación de la responsabilidad. Especialmente en materia ambiental, hay un gran riesgo de dispersión del nexo causal, pudiendo el daño ser atribuido a innumerables causas. En ese punto, se eleva la cuestión sobre las eximentes de la responsabilidad civil ambiental, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor, la actividad lícita, la culpa de la víctima, entre otras, que más adelante examinaremos.

⁴⁹⁴ Antonio Cabanillas Sánchez (*op. cit.*, pp. 83-84), al escribir sobre la relación de causalidad en las emisiones de gases, enseña que: *“la demostración de la misma es extraordinariamente complicada por las siguientes circunstancias: 1) la complejidad de las verificaciones técnicas necesarias para poder conseguir esa demostración; 2) algunas de las consecuencias dañosas se manifiestan después del transcurso de un largo período de tiempo; 3) el daño puede ser el resultado conjunto de la confluencia de varias inmisiones, procedentes de distintas emisiones (emisiones acumuladas); 4) a veces existe una notable distancia entre los probables lugares de emisión y aquellos en que se han sufrido los efectos perjudiciales.*

⁴⁹⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. 9.ed., rev., atual.; de acordo com a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.110.

preservación ambiental, se eleva el propósito de la prevención a los daños que, a su vez, es prioritario con relación a la reparación, siendo ésta una postura clásica del instituto. Así, si partimos de un contexto en el que la protección ambiental no goza de gran relevancia en el plano legislativo, hasta alcanzar el estadio vigente, será necesario estudiar el camino que condujo e hizo que evolucionasen los **sistemas subjetivos y objetivos de responsabilidad ambiental**. Por ello, el sistema subjetivo será tratado en el presente trabajo en conjunto con el elemento 'culpa'; y el objetivo, con el elemento 'riesgo'. Y solamente después de que hayamos abordado el elemento 'daño'. En ese sentido, establecemos la secuencia del estudio que vamos a tratar a continuación.

Introduciendo el estudio de la evolución de los sistemas subjetivos – culpa - y objetivo – riesgo - de la responsabilidad civil, destacamos la teoría de Jorge Bustamante Alsina: *“Ampliar las fronteras de la responsabilidad civil y trazar el perfil moderno y prospectivo para alcanzarlas con justicia y equidad requiere avanzar más allá de la culpa, sin excluirla, y más allá de la responsabilidad individual, sin desecharla. Estas exigencias apuntan al factor imputativo o atributivo para legitimar pasivamente a quien se le atribuya el deber resarcitorio”*⁴⁹⁶.

4.1.1 El estudio de la culpa en el instituto de la responsabilidad civil de la especie subjetiva

Como bien apunta Carlos Roberto Gonçalves: *“en los primordios de la humanidad, sin embargo, no se delimitaba muy claramente el factor culpa. El daño provocaba la reacción inmediata, instintiva y brutal del ofendido. No había reglas, ni limitaciones. No imperaba, todavía, el derecho”*⁴⁹⁷. Montenegro

⁴⁹⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX. En: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.(dir.). **Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio**. Buenos Aires: Abeledo- Perro, [s.d.]. p. 16

⁴⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 4.

recuerda que “*El mal sufrido por el individuo, en su persona o bienes, se veía como una reacción natural a la venganza privada*”⁴⁹⁸.

El ideal liberal (véase la Revolución Francesa) concebía el ser humano como libre en la expansión de sus actividades físicas, morales e intelectuales, imponiéndose a todos la obligación del respeto a la libre expansión de las actividades individuales de los demás. Consecuentemente, bajo la óptica moral, solamente por los actos voluntarios, conscientes, respondería el agente, a pesar de que sus actos involuntarios pudieran resultar perjudiciales para otras personas. Así, por los postulados de la doctrina individualista, se imponía la voluntad individual de manera soberana. La concepción liberal ya había producido todos aquellos efectos que, política e históricamente, tal vez se justificasen en un dado momento.⁴⁹⁹ Sin embargo, en razón de los problemas creados por la expansión industrial, los postulados ya no pudieron sustentarse, motivo por el cual estarían en el apogeo de la denominada socialización del derecho.

Francisco José Marques Sampaio⁵⁰⁰ apunta que la consagración de la culpa como requisito indispensable para que haya obligación de reparar el daño procede de los principios del liberalismo económico y, en el plano jurídico, del estricto respeto al mandato de la ley, del individualismo y de la autonomía de la voluntad. Así, tiene como base filosófica la visión del hombre como ser libre, capaz de ejercer la voluntad de acuerdo con su mejor interés, siendo, por tal razón, capaz de ser responsabilizado por los actos y las omisiones practicados en el ejercicio de esa autonomía, siempre que, en el ejercicio de su voluntad, intencionalmente o no (dolo o culpa), se deje de observar el dictamen legal.

⁴⁹⁸ LINDBERGH MONTENEGRO, Antônio. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 1996. p.3.

⁴⁹⁹ CORSARIO, Luigi. afirma que “*ninguna cuestión jurídica puede entenderse si no es en su devenir, en su perspectiva histórica. Las instituciones, cuyas normas reguladoras leemos hoy, tienen sentido en cuanto son el punto de llegada de la solución de un problema que se planteó anteriormente, y para el que ofrecen una solución abierta a las aportaciones de las experiencias futuras*”. En: Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). **Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. p. 131.

⁵⁰⁰ MARQUES SAMPAIO, Francisco José. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p.35.

Wilson Melo Da Silva recurre a las enseñanzas de Duguit para afirmar que el Estado ya no puede ser visto como un simple resultado de las voluntades individuales, principalmente porque el ser humano tiene una propensión natural hacia la vida en sociedad, vinculando el surgimiento de la responsabilidad **objetiva** con el paradigma del **Estado Social**, considerando el Estado como una esfera política capaz de promover la solidaridad entre los seres humanos, conforme a lo que hemos expuesto en los contenidos de los capítulos I y II. Sostiene el autor que no obstante existan tenues trazos del principio de la causalidad objetiva en Roma, en Grecia y en la antigua Germania, *“la cuestión de la responsabilidad objetiva solo gana cuerpo y se amplía, tratando de aparecer como un sistema autónomo en el campo de la responsabilidad civil, en los tiempos modernos o, más precisamente, desde la segunda mitad del Siglo XI”*⁵⁰¹.

Paralelamente, se recuerda que, hasta el inicio del siglo pasado, el tema de la *responsabilidad civil* era objeto de análisis esencialmente en el ámbito del Derecho Privado, concretamente del Derecho Civil. En sus formulaciones iniciales, el instituto se justificó como una forma de proteger la esfera de la autonomía privada de los individuos. Tal como nos presenta Alessi⁵⁰², podía imputarse la responsabilidad civil a alguien cuando su conducta comportara una intervención indebida, dañosa o perjudicial, a los elementos externos de la esfera de autonomía privada de terceros: su libertad y su propiedad.

En ese sentido, la tutela de la autonomía privada se verificaba en el segmento de las relaciones interindividuales en las que *“El instituto de la responsabilidad civil establecía fundamentalmente los límites externos de la*

⁵⁰¹ MELO DA SILVA, Wilson. **Responsabilidade sem culpa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.23. También el autor que, inicialmente, se sustentó en la denominada responsabilidad civil indirecta mediante culpa presumible. Esto implica ya el admitir al menos una flexibilidad del rigor y hermetismo de la concepción clásica de culpa. Todavía en los primordios del movimiento renovador de la teoría de la responsabilidad civil, al final del siglo XIX, se intentó dar fundamento jurídico a la nueva tesis imaginando el recurso de la cláusula contractual, implícita, de la garantía. En esencia, se entendía que estaría implícito en los contratos de trabajo, subyacente a las cláusulas comunes en tales tipos de ajustes, una cláusula tácita de garantía, en función de la cual se obligaba el patrón a restituir el trabajador sano y salvo después la conclusión del trabajo realizado.

⁵⁰² ALESSI, Renato. **La responsabilità della pubblica amministrazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955. pp. 19-20.

*autonomía privada de un individuo frente a otro, siendo tales límites definidos por un elemento exterior para ambos: la norma jurídica*⁵⁰³.

Sin embargo, remontándonos a los orígenes del instituto y su consecuente evolución, Aguiar Días recuerda que en épocas primitivas el daño se alejaba del Derecho, pues predominaba un dominio de la venganza privada como una considerada reacción espontánea contra el mal sufrido. *A posteriori*, el uso se consagra en la regla jurídica de talión en el que el legislador se apropia de la iniciativa particular, intervenido para declarar cuándo y en qué condiciones la víctima tendría derecho a ser indemnizada. En un tercer período, emerge la composición en la que la víctima negocia con el autor de la ofensa o del rescate de la culpa a través de la *pena*, obteniendo así el ofensor el derecho al perdón por parte del ofendido. La evolución del instituto adquiere otra característica cuando el Estado asume el monopolio de la función punitiva, momento en el que se crea la *Lex Aquilia* como un principio general regulador de la reparación del daño del Derecho Romano. El autor admite que aún no se reconocía en la ley una regla de conjunto, en los fundamentos del derecho moderno, pero que indudablemente era “*el germen de la jurisprudencia clásica con relación a la injuria*”⁵⁰⁴.

Conviene recordar que la teoría subjetiva tiene su aparición en el Derecho Romano; sin embargo, fue consolidada en un período posterior a través del Código Napoleónico, en 1804, y, como tal, trajo consigo conceptos desfasados que han ido evolucionando en la doctrina y la jurisprudencia e incidiendo sobre la compleja realidad que derivan de la necesidad de preservación del ambiente.

⁵⁰³ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 293. Recuerda el autor, en la misma página, que la doctrina de la irresponsabilidad civil del Estado caracteriza la calidad estrictamente interindividual de la responsabilidad civil en sus primeras formulaciones, pues considera que el Estado no es un individuo, que no estaba dotado de personalidad, y por eso no había forma de responsabilizarlo cuando sus actividades causasen daños a terceros.

⁵⁰⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. pp. 28-29. Enseña el autor, en la p. 29, que la *Lex Aquilia* implicó la superación de la primitiva asimilación de la pena con la reparación, haciendo posible la distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, por la inserción del elemento subjetivo de *culpa*.

El casuismo que caracterizó la legislación romana impidió el surgimiento de un principio general de responsabilidad. En ningún momento, el derecho romano dispuso de una acción que abarcara toda y cualquier especie de daño. Solamente con Domat, en el siglo XVII, impulsado por el iusnaturalismo, se estudió el principio genérico de la responsabilidad civil, en un texto que posteriormente sirvió de inspiración al contenido normativo del Código Civil francés e innumerables legislaciones posteriores⁵⁰⁵.

En ese sentido, en la era moderna, debe destacarse el Código Civil francés como modelo e inspiración del instituto en cuestión, consagrándose la responsabilidad civil fundada en la culpa, cuya definición se expandió y, entonces, se aplicó en las más diversas legislaciones del mundo⁵⁰⁶. No cabe duda de que el Código Civil francés, de 1804, es paradigmático, pues consagró el principio de la tipicidad de la responsabilidad civil mediante una cláusula general instituidora de una responsabilidad subjetiva. La culpa, como elemento caracterizador de la responsabilidad subjetiva, a través de los hermanos Mazeud, mostró toda su fuerza, hasta el punto de que una buena parte de la doctrina, al analizar los artículos 1.382⁵⁰⁷ y 1.383⁵⁰⁸ del Código Napoleónico, determinó que no había posibilidad de reparación en el caso de que el causador no hubiera actuado culpablemente, *in verbis*: “*Cuando un hecho causa un daño, el autor de este hecho es responsable, pero no en todos los casos; solo es responsable aquél por la culpa que se ha demostrado. No cabe decir con más claridad que la culpa es un requisito necesario de la responsabilidad civil*”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 156.

⁵⁰⁶ El artículo 1.382 del Código Civil francés establece: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui causi à autri um dommage, oblige à celui par la faute duquel il arrivé, à lé réparer*”. (Todo cualquier hecho del hombre que causa un daño a otros, obliga al culpable a repararlo – trad). Así inspirados en esta concepción destacados civilistas como PLANIOL, RIPERT y BOULANGER defienden la existencia de la culpa en la responsabilidad civil. *En*: SILVA PEREIRA, Caio Mario da. **Responsabilidade civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.8.

⁵⁰⁷ Art. 1.382 del Código Civil Francés (véase nota a pie anterior).

⁵⁰⁸ Art. 1.383. del Código Civil Francés: “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par as négligence ou par son imprudence*. *En*: SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *op. cit.*, p.8.

⁵⁰⁹ MAZEUD, Henry y León; TUNC, André. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa –América, 1962. T. I, v. II. p. 29.

Aguiar Días examina el instituto de esta época desde la perspectiva de que los juicios de responsabilidad son “*reflejos individuales, psicológicos, del hecho exterior social, objetivo, que es la relación de responsabilidad*”. Y, en el ámbito de las relaciones de responsabilidad, resulta inconcebible la sanción o la indemnización si el individuo que las debe recibir carece de personalidad⁵¹⁰.

La responsabilidad civil exterioriza una idea de contraprestación que se manifiesta en el ámbito moral y en el de las relaciones jurídicas en las que el dominio de la responsabilidad moral es más extenso que el de la responsabilidad jurídica, siendo aquél el fundamento de este. Por consiguiente, el equilibrio económico-jurídico alterado por la producción dañosa es la causa que genera la responsabilidad civil. Partiendo de esa perspectiva, la doctrina jurídica sostenía que la única base teóricamente admisible para la responsabilidad civil es la culpa, y que ésta se constituye con la menor infracción sobre patrones abstractos de procedimiento. El significado de responsabilidad civil, entonces, habría sido asimilado por el de la culpabilidad.

Al tradicional concepto de culpa debe añadirse la imputabilidad moral del agente: “*Culpa es un error de conducta, moralmente imputable al agente y que no sería cometido por una persona que conociera la situación, en iguales circunstancias de hecho*”⁵¹¹. Georges Ripert, también desarrolla la idea de la moral como inherente a la culpa, afirmando que “*la regla moral elemental neminem laedere encuentra en el principio general de la responsabilidad establecida en el Art. 1382 (del Código Civil francés) su expresión y su sanción*”⁵¹². Afirma que el Código Civil no es más que la organización técnica de la responsabilidad civil, indispensable no sólo porque es necesario sancionar la obligación moral, sino también porque es preciso determinar la regla de conducta.

⁵¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 5.

⁵¹¹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 70.

⁵¹² RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1937. p. 204.

La teoría de la responsabilidad civil pasó a sufrir una alteración significativa desde el último cuarto del siglo XIX, acentuándose a lo largo del siglo XX, en razón de los fenómenos de la industrialización, la acentuada urbanización y masificación de la sociedad, surgiendo la necesidad de auxiliar a las víctimas en razón de la multiplicación de los accidentes urbanos, de la diseminación del uso de máquinas en el proceso industrial y en lo cotidiano de las personas. Se produjeron, entonces, modificaciones en la orientación de la doctrina y de la jurisprudencia y, concretamente, en lo que se refiere al instituto de la responsabilidad civil. Fue de ahí que la doctrina partió para la revisión desde algunos conceptos hasta entonces considerados dogmas, como el de la necesidad de una culpa para justificar la obligación de reparar los daños causados por alguien, difundiéndose, entonces, las teorías del riesgo.

En el pasado, el sistema de responsabilidad civil mundial no se preocupaba por la cuestión del daño ambiental y, cuando ocurría, se daba en los fundamentos de la indemnización por acto ilícito o en los derechos de vecindad, regulado en la regla genérica de la especie extracontractual, también denominada *aquiliana*, de la responsabilidad civil.

La regla predominante para la responsabilidad civil consecuente de actividades dañosas, exigía la comprobación de la culpa de aquél a quien se imponía la obligación de reparar el daño. Del mismo modo, era requisito esencial de la responsabilidad civil subjetiva la culpa "*lato sensu*"; es decir, el acto o la omisión en la forma de dolo o culpa propiamente dicha que violaban el derecho de otros, el daño causado a través de esa acción u omisión y el nexo de causalidad entre el acto o la omisión y el daño efectivamente causado.

Así, como el criterio de la responsabilidad fundada en la culpa no resolvía diversos casos que la civilización moderna creaba o agravaba⁵¹³, haciéndose imprescindible distanciarse del elemento moral, del análisis

⁵¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, en la p. 157 recuerda que "*los efectos de la revolución industrial y la introducción del maquinismo en la vida cotidiana rompieron el equilibrio. La máquina trajo consigo el aumento del número de accidentes, haciendo cada vez más difícil para la víctima identificar una 'culpa' al origen del daño y, a veces, era difícil identificar también al propio causador del daño. Surgió, entonces, el impasse: condenar una persona no culpada a reparar los daños causados por la actividad desempeñada o dejar a la víctima, ella también sin culpa, sin ninguna indemnización*".

psicológico, del reservado (intimo) del agente, o de la posibilidad de previsión, prudencia o diligencia, para poner la cuestión bajo el punto de vista exclusivo de la reparación del daño producido. Por tanto, la finalidad a lograr se presenta como exterior y objetiva y no interior y subjetiva, relacionada con las motivaciones del agente, como en la imposición de la pena⁵¹⁴.

Wilson Melo Da Silva afirma que la noción de culpa en la responsabilidad civil se vio involucrada por una imperante transformación de la realidad y del Derecho: *“Después de ver ampliado, al máximo, su propio concepto, que llegó al extremo de ‘dilatar más allá de la barra’ (nosotros empleamos una expresión utilizada por el Ministro Orozinho Nonato) en el intento de abarcar y solucionar las situaciones nuevas que surgían, finalmente acabó relegada a la triste situación de un ‘criterio técnico insuficiente’*⁵¹⁵.

Después del examen histórico de la perspectiva subjetiva de la responsabilidad civil, conviene que profundicemos en el estudio sobre el elemento que la caracteriza: culpa, que es descrita por la doctrina como un elemento específico del acto ilícito que consiste en el desvío de la conducta normal. Ese error de conducta puede ser traducido por la propia desobediencia a la ley, puesto que la culpa es prefijada por la propia ley o, incluso, la encontramos en la violación de una obligación genérica de prudencia y diligencia que incide en la práctica de todos los actos.

En el caso específico, la culpa debe ser estudiada en el sentido de si la misma será contrastada *in concreto* o *in abstracto*. Frente a la imposibilidad de delimitar los principios o reglas de conducta para cada individuo en concreto, de forma general la doctrina y la jurisprudencia de las diversas legislaciones del mundo han resuelto los casos a través de la segunda opción. Alvino Lima escribe que *“en la apreciación de la culpa in abstracto no se toman en consideración las disposiciones especiales de la persona o su grado de comprensión de las cosas, sus medios o posibilidades individuales, sino que*

⁵¹⁴ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. *op. cit.*, p. 297. En el mismo sentido, ver también FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, pp. 157-158.

⁵¹⁵MELO DA SILVA, Wilson. **Responsabilidade sem culpa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.4.

*se compara la conducta del autor del daño con la del hombre abstractamente diligente, prudente y circunspecto; sin embargo, sin tener en cuenta, concretamente, su educación, instrucción o aptitudes personales. Pero ese tipo abstracto de comparación se hace en relación al hombre normal, que vive entre nosotros, que actúa siempre en determinadas circunstancias y de un modo uniforme*⁵¹⁶. El propio autor continúa reconociendo que la aplicación de la culpa *in abstracto* no deprecia, por completo, ciertas circunstancias de tiempo, medio, clase social, usos, costumbres y hábitos sociales.

Además, la responsabilidad civil aquiliana tradicional resulta de una acción u omisión contraria al derecho, siendo que ésta puede producirse con relación a una norma específica preexistente; es decir, a uno o más de un determinado precepto normativo en vigor anteriormente al acontecimiento del acto o del hecho del que se originó el daño, o a un **principio general** de derecho, o también, al ordenamiento jurídico genéricamente considerado, siendo siempre necesaria, en cualquier caso, la antecendencia de la norma, del principio, o del propio ordenamiento jurídico considerados como violados con relación a la conducta cuyo autor pretenda responsabilizarse⁵¹⁷. Así, la doctrina tradicional explica que de esta acción u omisión contraria al derecho debe resultar un **daño**, que debe ser cierto en cuanto a su existencia, directo y personal, pues si no hay el daño no derivará en la obligación de resarcir, y el **nexo de causalidad** entre la antijuridicidad de la acción, u omisión, y el mal causado.

Fundamentar la responsabilidad civil esencialmente en la culpa impone superar problemas de relevante gravedad cuando se intenta responsabilizar a una persona determinada por actos practicados por otros. La teoría subjetiva es incapaz de justificar una responsabilidad por hechos de otros, aún más cuando se trata de una sociedad compleja, con intervenciones articuladas de varias personas e incluso con la utilización de equipos de alta tecnología, cuando la noción de culpa individual puede traer restricciones políticamente consideradas inconvenientes.

⁵¹⁶ LIMA, Alvino. *op. cit.*, p. 58.

⁵¹⁷ MARQUES SAMPAIO, Francisco José. *op. cit.*, p. 35.

Sin embargo, este sistema tradicional evolucionó, mostrándose más efectivo en los días actuales, integrándose con el progreso social y tecnológico y con la necesidad de socialización de los riesgos, además de la constatación de que el concepto individualista de la culpa, fundado sobre la imputabilidad moral, con la prueba de la negligencia o imprudencia, es insuficiente para resolver los nuevos problemas procedentes de la industrialización. La doctrina, entonces, pasó a desarrollar los conceptos y, sensible a las necesidades de orden práctico y al contenido de la noción jurídica de la culpa, comenzó a ser concebido conforme a las opciones políticas y en conformidad con los sistemas sociales, económicos y políticos (capítulo II).

De esa forma, para justificar la responsabilidad de quien no produjo directamente ninguna lesión al bien jurídico, se crearon las nociones de culpa *in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiendo*, poniéndose de manifiesto que la noción de culpa se adaptó a la conveniencia de atribuir a determinadas personas el *onus* de reparar el daño producido, siendo efectivamente presumida en favor de la necesidad práctica de atender al perjudicado⁵¹⁸. Sin embargo, tiene razón la tesis de Fernando Galvão da Rocha, cuando sustenta que, con esa aplicabilidad práctica, la *“Culpa presumida es un manifiesto contrasentido, una paradoja que no admite solución. O la teoría de la responsabilidad exige la constatación de la culpa y presenta una índole subjetiva, o no exige y se orienta por un criterio objetivo. Los problemas de la responsabilidad civil fundada en la culpa se solucionaron flexibilizándose la noción jurídica de la culpa. La doctrina de la culpa, en efecto, no honra la propia denominación e implica un descrédito para el sistema de la responsabilidad que se pretende instituir”*⁵¹⁹.

En el Derecho brasileño, cabe registrar la reciente previsión del nuevo Código Civil Brasileño, vigente desde el año de 2003. La cláusula general relativa al tema en el revocado Código Civil de 1916 estaba fundamentada en

⁵¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 42.

⁵¹⁹ GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. En: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: IMESP, 2002. p. 161.

la previsión del artículo 159⁵²⁰. En la nueva legislación, está consubstanciada en la inserción de los dispositivos legales de los artículos 186⁵²¹ y 927, *caput*. Efectivamente, el artículo 186 establece un precepto según el cual *“Aquél que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viole el derecho y cause daño a otros, aunque sea exclusivamente moral, comete un acto ilícito”*⁵²², mientras que el artículo 927, en su *caput*, prevé las consecuencias jurídicas de tal particularidad, cuando dispone que *“aquél que, por acto ilícito cause daño a otros está obligado a repararlo”*⁵²³.

Sin considerar trascendental la referencia al ‘daño moral’, y abstrayéndose en lo que concierne a la subdivisión en dos artículos de la cláusula general prevista en el artículo 159 del Código Civil revocado, la diferencia de redacción entre las dos cláusulas reside fielmente en ‘violar el derecho y (o no) en causar daño a otros. Ahora, si lo interpretamos de otra manera, podría también sustentarse que el legislador *“estaría acogiéndose a la idea de una responsabilidad civil de cuño punitivo o eventualmente disuasorio, y no a una responsabilidad de naturaleza reparatoria/compensatoria. Ello porque la obligación de indemnizar podría derivar, en tal hipótesis, tanto del hecho de ocasionar un perjuicio, como de la hipótesis de una mera violación del derecho. Sin embargo, una interpretación sistemática consolidada lleva a la tesis de que uno de los requisitos de la responsabilidad civil es justamente la*

⁵²⁰ Artigo 159 do Código Civil Brasileiro de 1.916: Aquél que, por acción u omisión voluntaria, negligencia, o imprudencia, viole el derecho, o cause perjuicio a otros, es obligado a reparar el daño”. En: NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e legislação em vigor**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1.999, p. 75.

⁵²⁰ En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 7.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 204.

⁵²¹ *Idem. Ibidem.* p. 260.

⁵²² FACCHINI NETO, Eugenio. *op. cit.*, pp. 164-165. En lo que se refiere al daño moral, el autor recuerda que el legislador del nuevo Código Civil Brasileño concedió una tutela incondicionada a los daños morales, *“dejando de seguir – en lo que hizo bien – algunos modelos existentes en el derecho comparado. La legislación italiana, por ejemplo, prácticamente restringe la reparabilidad de los daños extramatrimoniales a los casos que el comportamiento del agente configure un ilícito penal. Es erdad que la jurisprudencia italiana viene ampliando tal ttela, desde una visión constitucionalizada del derecho privado. La misma limitación legal y la misma superación hermenéutica, se produjo en Alemania. En el derecho inglés, los daños no patrimoniales suelen ser indemnizados solamente cuando se insertan en una de las siguientes rúbricas: a) pain and suffering (dolor físico o psíquico); b) loss of expectation os life (es decir, una presumible disminución de la duración de la vida de la víctima); c) loss of amenities of life, también llamada loss os enjoyment of life (se trata de la imposibilidad de continuar disfrutando de algunos placeres mundanos, como praticar deportes, montar a caballo, conducir, etc.), y, más recientemente, d) nervous schock (traumas psíquicos, fuertes estremecimientos emocionales, etc.).*

presencia de un daño (material o moral). Así, el nuevo Código Civil sólo deja claro lo que antes era implícito⁵²⁴. De ahí que consideremos que la alteración establecida por el nuevo legislador es más de forma que de contenido.

En el derecho español, la materia está prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, cuando el legislador prevé que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*⁵²⁵. José M. Lete Del Río, cuando estudia el Derecho de las Obligaciones en el derecho español, apunta que *“Nuestro Código civil, que sigue el sistema tradicional romano, ha establecido el principio general de la responsabilidad subjetiva, [...] es decir, el centro de gravedad del sistema descansa en la ‘culpabilidad’ de la persona que ha de responder del daño, y, por consiguiente, el perjudicado deberá probar que el autor del daño no actuó con la diligencia debida. No obstante, en algunos supuestos se obliga a responder de los daños y perjuicios causados sin violar la conducta del agente, como sucede respecto de los daños causados por animales o cosas (cfr. arts. 1.904, 1.905, 1.908 y 1.910)”*⁵²⁶.

Díez Picazo y Gullón también afirman que el Código Civil español sigue fiel a las directrices predominantes en la época de la Codificación, haciendo *“descansar en la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad”*⁵²⁷. Sin embargo, sostienen que la aparición de nuevas

⁵²⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. **Código Civil**. 11 ed. v Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial. [s.d.].

⁵²⁶ LETE DEL RÍO, José M. **Derecho de Obligaciones**: El contrato en General. Casi contratos. Enriquecimiento sin Causa. Responsabilidad Extracontractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.v.2. p. 184. En la p. 185, recuerda el autor que *“como en nuestro sistema codificado continúa intacta la idea o principio de responsabilidad subjetiva o por culpa (cfr. art. 1.902), existe una segunda manifestación de la responsabilidad objetiva a través de la interpretación y aplicación de las normas; basta observar cómo la jurisprudencia camina hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada culpa extracontractual, propugnando la inversión de la carga de prueba para obligar al autor de los daños a que acredite que obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos, en cuyo caso la víctima únicamente habrá de demostrar la realidad del daño, o bien se recurre a las presunciones (se presume de la existencia de culpa)...”*. Se observa, todavía, que el enfoque objetivista de la responsabilidad civil ambiental en el derecho español será estudiado en el punto siguiente del presente capítulo.

⁵²⁷ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Instituciones de Derecho Civil**: Doctrina General del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Casi Contratos. Enriquecimiento sin Causa. Responsabilidad extracontractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. v. 1/2. p. 442 y 443.

técnicas y del transporte automovilístico multiplicó la producción o incluso las posibilidades de producción de daños, haciendo “*casi imposible la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa*”⁵²⁸.

En el marco de la evolución de la especie, también conviene registrar la manifestación de Wilson Mello Da Silva, cuando escribe que algún sector de la “*doctrina se basa, unos en la equidad genérica, otros en la obligación seguridad, en el de garantía (Stark), en el riesgo provecho o en el riesgo amplio creado (la mayoría), y algunos más en la anormalidad de la acción, en el riesgo determinado por energías acumuladas, en el precepto amplio del neminen laedere e incluso en la simple caridad*”⁵²⁹, buscando una superación de la antigua regla de la culpa subjetiva, que se ha revelado insuficiente para justificar la reparación en muchos casos donde no hacía duda acerca de la interferencia de la culpa del agente. Se trata de teorías actuales que surgieron para hacer frente a la insuficiencia del concepto tradicional de culpa, haciendo posible, incluso en nombre de la culpa, la solución de nuevas especies que la sociedad contemporánea hizo y hace surgir. Así, el concepto tradicional de culpa se amplió y alcanzó la multiplicación de las presunciones de culpa, extendiéndola de *juris tantum* y *juris et de jure*, en algunos casos transformó la culpa contractual en culpa *aquiliana*, y marcó un mayor rigor en depurar esa misma culpa subjetiva mediante la aplicación más frecuente de la regla *in lege aquilia et levissima culpa venit*.

En la p. 453, cuando trata de la imputación de responsabilidad en el régimen del Código Civil español, los autores escriben que “sabemos que el artículo 1.902 requiere para que nazca la obligación de reparar el daño que en la acción u omisión intervenga ‘culpa o negligencia’. Éste es el criterio legal básico de imputación, que se sustancia en la obligación de prever los sucesos y adoptar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso que originaría su acaecimiento. Esta obligación de prever, este juicio de previsibilidad que ha de hacer toda persona diligente para que no le sean imputables los daños, no es más que una traslación a la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.104 y 1.105 del Código Civil, por lo que deberá concretarse atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar y a la naturaleza de la actividad desarrollada por el agente. [...] Sin embargo, al compás de las nuevas tecnologías creadoras de riesgos, de lo difícil que resulta en estos casos una completa prueba de la culpa del demandado, la jurisprudencia ha ido creando diversos expedientes a favor de la víctima, estableciendo una presunción de culpa en el demandado que corresponde desvirtuar al mismo, o mediante una aplicación rigurosa del artículo 1.104, o incluso, no admitiendo como prueba de descargo del demandado que cumplió con las medidas impuestas legalmente si el daño se produjo, porque se estima que ello demuestra que ‘faltó algo por prevenir, no hallándose, por consiguiente, completo el deber de diligencia’.

⁵²⁸ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *op. cit.*, p. 443.

⁵²⁹ MELO DA SILVA, Wilson. *op. cit.*, p.27.

Además, en beneficio de la víctima que sufrió la lesión, las presunciones de culpa consagradas en la ley empezaron a sufrir modificaciones con respecto a la inversión del *onus* de la prueba y, de esta forma, bastaba que se demostrara la causa y el efecto entre el agente causador y la lesión de la víctima. Así, siendo presunción *juris tantum*, el hecho lesivo es considerado, en sí mismo, un hecho culposo y como tal determinará la responsabilidad del autor, si éste no prueba la ausencia de causa extraña causadora del daño, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la propia víctima o el hecho de tercero. Cuando se trata de presunción *juris et juris*, con la absoluta presunción de culpa, no se permite que el agente pruebe la ausencia de su error de conducta. Por consiguiente, una vez probado el daño, está constituido el hecho culposo. Resulta evidente que esta presunción, por ser absoluta, se aleja del concepto clásico de culpa que, además de la imputabilidad moral, exige la prueba del error de conducta. Así, Alvino Lima explica que la *“culpa se resume en la práctica tan sólo de un acto, tanto que el agente sea o no moralmente imputable, o como que haya actuado como el más ejemplar de los hombres con conocimiento. Estamos, en efecto, como dice Josserand, ante una culpa probable, simplemente posible, un fantasma de culpa”*⁵³⁰. Se observa que, en este caso, el propio autor entiende que se trate de la consagración de la teoría de la responsabilidad objetiva, pues *“decir lo contrario es intentar enmascarar con un nombre, sólo aquello que la realidad desmiente”*⁵³¹.

Las cuestiones procedentes del medio ambiente propiciaron que surgiesen en los derechos de vecindad las soluciones para los casos de protección ambiental, incluso cuando se examinan en la perspectiva individual. La cuestión ya era tratada bajo la óptica preventiva, a través de la *cautio damni infecti romana*, impidiendo el abuso del vecino con repercusión dañosa, además de la óptica reparativa. En esta óptica, el perjuicio reparable era aquél que simplemente excedía las incomodidades normales de vecindad, como los ruidos, olores, realización de obras, instalación de actividades inmorales o escandalosas, entre otras, apurándose el abuso a través de la esperada apreciación prudente de los jueces.

⁵³⁰ LIMA, Alvino. *op. cit.*, pp. 72-73.

⁵³¹ *Idem. Ibidem.* p.73.

En este sentido, es preciso escribir sobre el abuso de derecho. Para Alvino Lima, *“Aquél que actúa obedeciendo sólo a los límites objetivos de la ley, pero en el ejercicio del derecho que le confiere el precepto legal, viola los principios de la **finalidad económica y social** de la institución, de su destinación, produciendo el desequilibrio entre los intereses individuales y el de la colectividad, abusa de su derecho”*⁵³². Más adelante, el autor también aclara que la noción básica que se fortalece en el abuso de derecho es que, además de los límites objetivos fijados en la ley, el derecho posee límites de orden teleológico o social, que se anteponen a los poderes objetivamente conferidos al titular del derecho, preceptos que van más allá de la legalidad expresa, que orientan el comercio jurídico entre los hombres, bajo la influencia de la **equidad**, de la **buena fe** y del bien de la **colectividad**.

Así, al escribir sobre el abuso de derecho y las emisiones dañosas, Maria Del Carmen Sanches-Friera González sustenta que, *“las técnicas que el Derecho Privado pone a disposición del particular para defenderse de las inmisiones nocivas no se reducen a la normativa referente a ‘relaciones de vecindad’, y acciones de responsabilidad extracontractual civil, sino que también, merced a la figura del abuso del derecho, podemos encontrar una vía de solución a la problemática que las mismas presentan. [...] un uso anormal o excesivo del derecho de propiedad no tiene que ser soportado, y el límite lo mismo podrá venir dado por la norma jurídica o por las costumbres o por el criterio de la tolerancia normal, es decir, por lo que normalmente es consentido por la conciencia normal, o, en fin, por la forma en que debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. En todo caso habrá de considerarse el lugar de emplazamiento de las propiedades como dato importante para valorar el criterio de tolerancia o del uso”*^{533 534}. La autora continúa afirmando que el abuso de derecho, por no pertenecer al ámbito de la doctrina de los actos contrarios a las normas en razón del ejercicio de los derechos, en armonía con sus límites y el principio de la buena fe, es el

⁵³² *Idem. Ibidem.*, p.205.

⁵³³ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, pp. 295-296.

⁵³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *op. cit.*, en la p. 161, invocan como preferente la doctrina del abuso de derecho para resolver los conflictos producidos por inmisiones nocivas.

remedio al perjuicio que se cause en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente “a la solución de conflictos o colisión de derechos”⁵³⁵.

Indudablemente, el abuso de derecho es una categoría más amplia, dado que abarca todo el ejercicio extra limitado o antisocial de un derecho subjetivo y las relaciones de vecindad en un ámbito más reducido. En toda la relación de vecindad afectada por inmisiones que excedan el índice normal de tolerancia se esconde un manifiesto abuso de derecho.

Así, Maria Del Carmen Sánchez-Friera González, apunta: *“el ejercicio o uso de un derecho no implica necesariamente la licitud de la conducta del que sea titular del derecho ejercitado, por lo tanto, ciertas formas de ejercicio pueden ser ilícitas. Esto es lo que matiza y propugna la teoría del abuso del derecho que, según Josserand, viene a decirnos que los derechos pueden ser utilizados, no en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; que no pueden ser ejercitados sin más, sino para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo; que en ningún caso pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, que no pueden, en definitiva, servir para realizar la injusticia, ni ser apartados de su vía regular. Vemos así que no basta en el ejercicio de los derechos con atenerse a los límites que conforman los propios derechos, sino que además existe un límite general al que han de someterse los actos de ejercicio. O como dice Calvo Sotelo en su famosa tesis doctoral: ‘el sujeto del derecho no es soberano de sus derechos subjetivos y sólo deberá ejercitarlos en lo que sus necesidades lo reclamen, porque para ello le son reconocidos. Por lo tanto, si los usa solamente para dañar a otro o sin perseguir el fin que le es peculiar a los derechos, hará un uso ilegal de los mismos’”*⁵³⁶.

Se trata de uno de los institutos de reacción o de contención a la invocación de un derecho subjetivo, por objeción de carácter ético, dentro de la tesis que defiende que el derecho no puede prestarse a finalidades consideradas contrarias a la ética. Facchini Neto recuerda que *“La ascensión*

⁵³⁵ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del CARMEN. *op. cit.*, p.296.

⁵³⁶ *Idem. Ibidem.* pp. 297-298.

de la figura del abuso de derecho está ligada a la relativización del instituto del derecho subjetivo. Se dice, por ejemplo, que la crisis del derecho subjetivo lleva al surgimiento de otras situaciones jurídicas subjetivas, o intereses socialmente apreciables, que no serían derechos tutelados erga omnes, como acontece con la propiedad, sino intereses jurídicamente protegidos. En esa perspectiva, **el ejercicio de un derecho subjetivo estaría condicionado a la realización de finalidades de carácter supraindividual, orientadas axiológicamente por la Constitución. Ligado a esta tendencia estaría el carácter objetivo de tal responsabilidad**^{537 538}.

Así, hay que hacer una distinción entre la esfera de la ilegalidad y la de la abusividad. En lo que concierne a la práctica de un acto ilícito, los objetivos trazados por la propia ley son transgredidos en el sentido de negar o exceder el derecho; ya que se realiza un acto considerado abusivo, hay obediencia de los límites objetivos del precepto legal, sin embargo, la finalidad del derecho y el espíritu con el cual se instituyó resulta ostensivamente herido, teniendo, además la intención de lesionar o una ausencia de utilidad en el ejercicio del derecho. Por tanto, cuando el abuso de derecho causa daños a tercero, la culpa no reside en un error de conducta imputable moralmente al agente, sino en el ejercicio de un derecho causador de un daño socialmente más apreciable. La responsabilidad surge justamente porque **la protección del ejercicio de este derecho es menos útil socialmente con respecto a la reparación del daño causado por el titular de este mismo derecho.**

De esa forma, cuando un propietario realiza en sus propiedades un acto prejudicial al interés de sus vecinos y que excede la medida normal de los

⁵³⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 169.

⁵³⁸ En el mismo sentido, María del Carmen Sánchez-Friera González (*op. cit.*, pp. 298-299), escribe: “combina el elemento subjetivo y objetivo que es el seguido en la actualidad por la mayor parte de la doctrina, con una tendencia clara a objetivizar el concepto, ya que, hoy día, se estima esencial que el ejercicio del derecho no sobrepase los límites normales, con daño para terceros o para la sociedad...Esta objetividad del planteamiento es especialmente importante en la aplicación de la doctrina del abuso del derecho a las inmisiones nocivas, por cuanto, cuando se dan, ya no nos hallamos, como dice el profesor Lacruz, en el caso de actos dolosos, movidos por el despecho y condenados por la moral; ni tampoco el problema se limita a los actos que causen daño sin aprovechar a su autor, sino que intervienen en la valoración de su licitud o ilicitud nuevos elementos de juicio, como es, de una parte, el desarrollo de la economía nacional que representa un interés adicional y distinto del de los particulares, con el cual entre en colisión, y de otra, la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente: salud, medio ambiente, calidad de vida, etc.”.

inconvenientes de la vecindad, este propietario debe ser declarado responsable por el perjuicio causado a las víctimas. Tal vez haya actuado con la intención de perjudicar, pero el carácter doloso del acto es absorbido de cualquier manera en su carácter excepcional.

Por otro lado, configurar el daño ambiental bajo el marco de los derechos de vecindad nos revela innumerables problemas incluso en razón del alcance del concepto de la expresión 'vecino', además de que debe de manifestarse una anormalidad de la conducta y un daño excesivo como condiciones para el reconocimiento de un derecho tutelado⁵³⁹. Considerando que el derecho de vecindad estaba dirigido a asegurar el sosiego, la seguridad y la salud pública, el concepto de vecindad fue ampliado hasta donde se reconocieron y comprobaron efectivamente los peligros de una explosión, las emanaciones de gases perjudiciales a la salud, entre otros. Así, Maria Del Carmen Sanches-Friera González, cuando trata de las relaciones de vecindad en su consideración actual, destaca que, *“las relaciones de vecindad tienen dos presupuestos fundamentales: uno de orden social, representado por el sistema general de convivencia y otro de orden jurídico encarnado por el derecho de propiedad. [...] Estos presupuestos han sufrido una gran evolución que justifica y explica que en la sociedad actual los viejos problemas conectados a la inmissio y a la aemulatio hayan alcanzado una gran amplitud y complejidad*⁵⁴⁰.

Así, por ejemplo, los perjudicados por la actividad contaminante podrían valerse de los derechos de vecindad, considerada en su carácter amplio, abarcando toda el área en la que la actividad repercutía cuando causaba perjuicio a la seguridad, a la salud y al sosiego de los moradores. Una vez probado el perjuicio, las víctimas tenían el derecho de procesar al agresor, con vistas a una ejecución futura de una obligación de hacer o de no hacer⁵⁴¹. Por ello, como la contaminación del aire y de las aguas tiene una gran movilidad, pudiendo alcanzar grandes regiones (globales – Capítulo I), que muchas veces están muy distantes de las fuentes contaminantes, se entiende

⁵³⁹ Incluso así, los derechos de vecindad fueron, durante mucho tiempo, la única arma reparatoria adoptada por el Derecho Privado clásico.

⁵⁴⁰ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, p. 31.

⁵⁴¹ DUTRA LUCARELLI, Fábio. Responsabilidade civil por dano ecológico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 700, fevereiro de 1994, p.13

que vecino, para tal fin, es aquél que esté alcanzado por la emisión, que esté próximo o distante del lugar que originó la acción contaminante. Por eso, bajo la óptica ambientalista, vecino es el que es físicamente confinante y, también, el **ambientalmente confinante**.

Maria Del Carmen Sánchez-Friera González recuerda los argumentos de Alonso Pérez: *“el contenido del Derecho de vecindad reviste en nuestros días connotaciones muy complejas. Existe, diríamos, un Derecho vecinal clásico, interindividual, que, inspirado en los supuestos jurisprudenciales romanos, llega a la codificación, y un Derecho vecinal industrial o tecnológico, que hace su aparición en los momentos de consolidarse la gran revolución industrial, hacia la mitad del siglo XIX y que representa actualmente caracteres muy peculiares. Más adelante, continua la autora: “Este fenómeno, operando juntamente con el nuevo concepto de propiedad, influyó en el concepto de las relaciones de vecindad. Así, tenemos que, el concepto de propiedad era un concepto absoluto y de esta manera las limitaciones por razón de vecindad tuvieron por causa la utilidad privada, es decir que el fundamento de las mismas se encontraba en el interés de la propiedad individualmente considerada, entendiéndose como restricciones al derecho de cada propietario en la medida en que lo exigiera el ejercicio del derecho propiedad de los vecinos propietarios, en cambio, hoy en día, operan como restricciones legales por interés social, dado el actual concepto del derecho de propiedad: la función social de este derecho exige una subordinación de los intereses particulares a los colectivos.[...] Al respecto dice Hernández Gil ‘en aquellos sistemas en donde la propiedad está sometida al cumplimiento de una función social, el derecho de vecindad viene a ser expresión de las consecuencias derivadas de ésta. Sucede así, cuando el dato social, en vez de actuar como mero presupuesto, asume la función de fin, con lo que, en lugar de ser meramente corrector del ejercicio de los derechos, los conforma positivamente de manera que sirven a los intereses generales de la sociedad”⁵⁴².*

⁵⁴² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, pp. 32-33. La autora subraya que “El Derecho de vecindad, el ‘Nachbarrecht’ de los alemanes, la vieja ‘inmisio’ de los romanos, ‘les obligations de voisinage’ de los franceses o el ‘Law of Nuisances’ del ordenamiento anglosajón, adquiere una especial relevancia en nuestros días[...] Este cúmulo de influencias hace que las soluciones aportadas a lo largo de la historia para resolver los problemas de vecindad, que parecen descansar en una organización social basada en la agricultura y el artesanado, resulten hoy inapropiadas, así como anacrónicas algunas

Recordando la concepción principiología del Código Civil de 2002, cuando es elevado el valor de la función social, Eros Grado apunta que, *“la admisión del principio de la función social (y ambiental) de la propiedad tiene como consecuencia básica hacer que la propiedad sea efectivamente ejercida para beneficiar a la colectividad y al medio ambiente (aspecto positivo), no bastando sólo que no sea ejercida en perjuicio de terceros o de la calidad ambiental (aspecto negativo). En otras palabras, la función social y ambiental no constituye un simple límite al ejercicio del derecho de propiedad, como aquella restricción tradicional, por medio de la cual se permite al propietario, en el ejercicio de su derecho, hacer todo lo que no perjudique a la colectividad y al medio ambiente. Diversamente, la función social y ambiental va más lejos y autoriza hasta que se impongan al propietario conductas positivas, en el ejercicio de su derecho, para que su propiedad concretamente se adecue a la preservación del medio ambiente”*^{543 544}.

Para concluir, también debe subrayarse que en el modelo de responsabilidad civil ambiental, la evolución del sistema subjetivo no autoriza cualquier discusión sobre la eventual normalidad del perjuicio al medio ambiente; es decir, desde que se caracteriza el daño a través de un uso normal o anormal, la reparación se considera debida. Sin embargo, cabe destacar que la situación de la crisis establecida por los problemas de orden práctico apuntó, y continúa apuntando, como alternativa a la doctrina el hecho de reconocer la posibilidad de la utilización de algunos criterios objetivos para establecer la responsabilidad.

formulaciones todavía vigentes. Sin embargo constituyen hoy día, merced a una necesaria actualización, el medio más apropiado con que cuenta el Derecho privado para la defensa del medio ambiente”.

⁵⁴³ GRAU, Eros. Princípios fundamentais de Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 02, 1997. p. 52.

⁵⁴⁴ A los efectos de complementar la teoría del Prof. Eros Grau, conviene que transcribamos la previsión del artículo 1.228, par. 1 del CCB de 2002.: *“El derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales y de modo que sean preservadas, tanto en conformidad con lo establecido en la ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, como para prevenir y evitar la contaminación del aire y de las aguas”.* En: PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 7.ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006. p. 260.

Sin embargo, cabe recordar la distinción entre los principios de la prevención y de la precaución (capítulo I). Según hemos descrito en aquel contenido, se adopta la expresión 'prevención' en un sentido amplio, sin podernos olvidar que la prevención está ligada al riesgo efectivo mientras la precaución al riesgo hipotético, eso es, incluso cuando no pueden demostrarse científicamente. En ese sentido, el principio de la precaución, cuando se adopta (o pudiera adoptarse) pacíficamente como principio autónomo, provocaría una ampliación de la responsabilidad subjetiva y una revisión del concepto de culpa.

La noción de imprudencia, esencial en el Derecho Civil (como también en el Derecho Penal), incluye la falta de precaución, al mismo tiempo que, por otro lado, la teoría del riesgo ha permitido y permite responder a la mayoría de las preocupaciones generalmente invocadas en defensa del principio de la precaución. Así, se afirma que en los dominios sobre los cuales incide el principio de la precaución, es la función de prevención o anticipación del daño que deriva en la responsabilidad civil, pues el enfoque preventivo debe prevalecer con respecto a los daños graves e irreversibles, especialmente con respecto a aquellos que pueden producirse a largo plazo, comprometiendo el bienestar de las generaciones futuras, cuando la reparación podría ser irrealizable. Por consiguiente, tanto la gravedad como la irreversibilidad de los daños posibles, obligaría posiblemente a estructurar la prevención, que es llamada a asumir un papel relevante al lado de la reparación, debiendo incluir también la precaución, objeto de estudio del capítulo I y del presente capítulo y que seguidamente exponemos⁵⁴⁵.

Sin embargo, partiendo de la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, la obligación del resarcimiento, Antonio Cabanillas Sánchez recuerda que, *“no es difícil comprender la profunda crisis de la elaboración jurídica, que va bastante más allá del simple paso del sistema subjetivo o de culpa al sistema objetivo”*⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Gineviève. **Le principe de precaution: rapport au Premier Ministre** (15 de Octubre 1999). Paris: Odile Jacob; La Documentation Française, 2000. Disponible en <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/BRP/004000402/0000.pdf> . Acceso: el 03 de noviembre de 2001.

⁵⁴⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *op. cit.*, p. 49.

4.1.2 El estudio del riesgo en el instituto de la responsabilidad civil de la especie objetiva

Aguiar Días demuestra en la evolución del instituto que no resulta conveniente fundamentar la responsabilidad civil ambiental en la culpa, subrayando la necesidad de *“establecer que el instituto denominado responsabilidad civil, en efecto, por lo menos ante el valor que se atribuye a esas nociones, constituye sólo la reparación del daño”*. Así, para resolver los casos en los que no había culpa de ninguno de los protagonistas, se lanzó la idea del riesgo, descartándose la necesidad de una culpa subjetiva⁵⁴⁷. Sigue el autor sustentando que la doctrina del riesgo tuvo el mérito de reconocer las contradicciones de la responsabilidad civil caracterizada en el elemento subjetivo culpa⁵⁴⁸, donde *“corresponde, en términos científicos, a la necesidad de resolver casos de daños que por lo menos con acierto técnico no serían reparados por el criterio clásico de la culpa”*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, pp. 52-53

⁵⁴⁸ SALVO VENOSA, Silvio de. **Seminário novo Código Civil Brasileiro**: o que muda na vida do cidadão. Seminário nº 0541/02. Texto del Núcleo de Redacción Final en Comisiones del Congreso Nacional. 2002. *“La insuficiencia de la fundamentación de la teoría de la culpabilidad llevó a la creación de la teoría del riesgo con varios matices, y la cual sostiene que el sujeto es responsable de los riesgos o de los peligros que su actuación promueve, aunque coloque toda diligencia para evitar el daño”*.

⁵⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade Civil por dano ambiental: considerações de ordem material e moral. *En*: BENJAMIN, Antonio V.H. (Coord.) **Dano ambiental**: prevenção, reparacão e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 447, ilustra el origen de la especie: *“Históricamente, en sus primordios, el instituto de la responsabilidad civil exigía para su configuración la existencia de CULPA por parte del agente ofensor. Después, con el desarrollo económico industrial, pasó a producirse un aumento considerable de accidentes de trabajo, por lo que se hizo necesario conceder mayor protección legal a las víctimas. Estas, en la mayoría de las ocasiones, se debían enfrentar a muchas dificultades para producir pruebas al objeto de amparar sus pretensiones indemnizatorias que no resultaban resarcidas. Surgió, entonces, la TEORÍA DEL RIESGO, admitiéndose la CULPA OBJETIVA y la peligrosidad como su fundamento. Así el trabajador accidentado en el trabajo sería siempre indemnizado, hubiese o no culpa del órgano patronal o incluso del propio empleado. El fundamento de esa*

Para DIEZ PICAZO, “*el problema en la actualidad, consiste en determinar si subsiste alguna área que pueda considerarse que sigue cubierta extralegalmente por el esquema de la doctrina del riesgo o si, sin embargo haya quedado limitada con la evolución legislativa. Dicho de otro modo, el problema consiste en determinar si la aparición de nuevas áreas que deban considerarse regidas por esos criterios ha dado lugar a decisiones legislativas y a nuevas leyes o si se puede producir, también en ellas, una actuación jurisprudencial aunque ésta se realice en el modo ‘praeter legem’.* Aunque este problema tenga que examinarse con mayor detalle, desde ahora puede decirse que la era moderna del Derecho de daños ha conducido a una tipificación que sólo puede ampliarse por vía legislativa. En esta última se puede observar además como los criterios de objeto del riesgo con causas reguladas de exoneración no se producen de forma pura y en las leyes más recientes culpa y riesgo aparecen entremezclados, como sucede cuando se resuelven los problemas de los llamados riesgos de desarrollo en la regulación de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, en que aparece la idea del nivel de conocimientos existentes en cada momento, que significa un retorno a la idea de culpa⁵⁵⁰.”

La teoría del riesgo presenta sus justificativas en la idea de que todo individuo que desempeña alguna actividad genera riesgo de daño a los demás, cabiéndole siempre la obligación de reparar los perjuicios causados independientemente de que se haya comprobado su culpa. Perales, cuando trata el criterio del riesgo, refiere Epstein, afirma que “*el carácter objetivo de la responsabilidad viene dado esencialmente por la predominancia del nexo causal frente a la culpa como elemento para imputar la obligación de reparación, y uno de los supuestos en el que así sucede, se da cuando se han creado condiciones de riesgo o, como dice el autor, condiciones peligrosas. Estas condiciones peligrosas pueden tener lugar a través de tres vías distintas: -el peligro reside en la cosa en sí misma considerada (por ejemplo, los explosivos); el peligro consiste en la posición en la que una cosa es colocada*

obligación resultaba, no porque el patrón tuviese culpa por el evento de infortunio, sino porque era el dueño de la maquinaria quien provocaba el accidente”.

⁵⁵⁰ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. **Derecho de Danos**. Civitas: Madrid.1999. pp. 241-242.

(por ejemplo, dos productos que, aislados, son inocuos, pero que juntos se convierten en un peligroso tóxico); productos defectuosos”⁵⁵¹.

Como destaca Carlos Roberto Gonçalves⁵⁵², hay un desplazamiento de la idea de culpa hacia una idea de riesgo. Considerando el estudio del elemento culpa, Antonio Cabanillas Sánchez registra que *“la sustitución progresiva de la responsabilidad tradicional por una responsabilidad objetiva, produce el resultado evidente de facilitar la protección de los perjudicados. En este sentido, la objetivación de la responsabilidad representa ciertamente un progreso, aunque eximir al perjudicado de la prueba de la culpa no es suficiente para situarle, en el plano procedimental, en una situación totalmente satisfactoria”*⁵⁵³.

Tepedino, cuando trata el nuevo dictamen civil brasileño, observa que, en el panorama actual de la evolución del derecho civil, la constitucionalización del derecho privado, con la superioridad de los valores extrapatrimoniales sobre los demás, unida a la aplicación directa de los valores y principios constitucionales en las relaciones privadas, comporta que ya no se puede admitir la concepción ahora superada que asociaba la responsabilidad civil a la responsabilidad subjetiva, fundamentada en la culpa. La responsabilidad objetiva se situó en igual nivel jerárquico a la responsabilidad subjetiva; es que ésa *“...pierde su estatus de centro del sistema y pasa a revestir un cuño claramente subsidiario, al actuar solamente en ausencia de disposición imponiendo la responsabilidad objetiva, en un campo cuyos confines se muestran más estrechos que otros; es que el número de normas disponibles sobre la responsabilidad objetiva encuentra una franca progresión”*⁵⁵⁴. En ese sentido, en el último punto del presente capítulo se indica una muestra de la incidencia de la responsabilidad civil ambiental de la especie objetiva en algunas legislaciones del mundo.

⁵⁵¹ PERALES, Carlos de Miguel. **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente**. Madrid: Editora CIVITAS, 1997, pp. 202-203.

⁵⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 21.

⁵⁵³ CABANILLAS Sánchez, Antonio. *op. cit.*, pp. 153-154.

⁵⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil do direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *En: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 177.

Se observa que incluso en el estudio de la responsabilidad civil subjetiva del derecho español, José M. Lete del Río, al analizar la entonces necesaria prueba de la culpa, aclara que *“la jurisprudencia exigió rigurosamente, durante mucho tiempo, la prueba de la culpa del agente al perjudicado; sin embargo, con el aumento de riesgos y accidentes, comienza a corregir este subjetivismo, admitiendo como prueba la mera verosimilitud o probabilidad de culpa y termina invirtiendo la carga de la prueba al presumir la culpa del agente (cfr. Sentencias de 30 de junio de 1959, 9 de marzo de 1984 y 13 de mayo de 1985, entre otras). Para justificarlo declara: ‘a) que la doctrina de la Sala 1ª. no ha objetivado en su exégesis del artículo 1.902 del C.c. su criterio subjetivista y, sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que ha venido siendo aplicado; b) que dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien de su equivalente de inversión de la carga de la prueba [...]”*⁵⁵⁵.

El objetivismo traído para la responsabilidad civil intentó establecer criterios con los cuales pudieron obtenerse elementos necesarios para la responsabilidad de aquél que produjo un evento perjudicial de tal manera que la víctima no se quedase a merced de los perjuicios que la teoría de la culpa dejaba por no tener la posibilidad de listar todas las conductas susceptibles de reparación⁵⁵⁶.

En ese sentido, llama la atención la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de abril de 2004, sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, cuando considera que, *“La presente Directiva debe de esta forma aplicarse, por lo que respecta a los daños a las especies y hábitat naturales protegidos, a cualquier actividad profesional además de las que ya se han identificado directa o indirectamente, por referencia a la*

⁵⁵⁵ LETE DEL RÍO, José. M. *op. cit.*, p. 192.

⁵⁵⁶ DÍEZ PICAZO, Luis. *op. cit.*, p. 108. *“La llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya que buscar si ha existido o no culpa por su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa”*.

*legislación comunitaria, como actividades que entrañan un riesgo real o potencial para la salud humana o para el medio ambiente. En tales casos el operador sólo debe ser responsable en virtud de la directiva en los casos que haya incurrido en culpa o negligencia*⁵⁵⁷. Se cuestiona, entonces: ¿La Directiva citada considera la teoría de la culpa en lo que se refiere a los daños ambientales? ¿Las víctimas serán reparadas solamente cuándo prueben la culpa del agente contaminador?

Son preguntas que se examinan en un determinado contexto histórico. Los civilistas alemanes, partidarios de la escuela del Derecho Natural, fueron los precursores de la doctrina del riesgo⁵⁵⁸. Intentando establecer la responsabilidad de personas privadas de discernimiento (incapaces de culpa), los alemanes sustentaban que el causador de un daño debe ser responsabilizado independientemente de la existencia de culpa por su parte. Para Aguiar Días, al examinar las obras de Saleilles y Josserand, afirma que el primero es más radical que el segundo, pues aquél comprende la necesidad de sustituir la culpa por la causalidad como una referencia con el propio hecho causante del daño, sin indagar el elemento psicológico del agente; éste se limita a aplicar la doctrina del riesgo al hecho de cosas inanimadas⁵⁵⁹.

Sin embargo, independientemente de la mayor o menor extensión con respecto a la aplicación de la doctrina del riesgo, su sistematización hizo posible distanciar del instituto de la responsabilidad civil la exigencia del elemento subjetivo culpa⁵⁶⁰, dirigiendo la atención de los juristas hacia el

⁵⁵⁷ Directiva 2004/35/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales – nota n. 09.p.4 en: <http://www.europa.eu.int/eur-lex> - acceso en 23/06/05.

⁵⁵⁸ No obstante, los grandes responsables de la sistematización y divulgación de la doctrina del riesgo fueron los franceses.

⁵⁵⁹ AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, p. 54

⁵⁶⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 158 recuerda que “los jueces, en principio, se negaron al aplicar la teoría de la responsabilidad objetiva. Deseosos de mantenerse dentro de la teoría de la culpa, pero teniendo que garantizar a las víctimas la aplicación de su derecho a la reparación del mal injustamente sufrido, pasaron ellos a usar un método singular. Tradicionalmente, se constataba la existencia de la culpa antes de condenar al culpable. Invirtieron, entonces mediante el iter lógico: constatando que la víctima tenía ‘derecho’ a ver reparado su perjuicio, se esforzaban en descubrir una culpa que pudiese justificar la decisión. Es decir, se adoptaban ‘procesos técnicos’ de extensión del concepto de culpa, para intentar garantizar el derecho a la reparación de los daños, bajo la égida de la responsabilidad subjetiva, dilatando abusivamente la idea de la culpa, de que son ejemplos los recursos de las presunciones de culpa, de la teoría de la culpa en la protección de las cosas, teoría de la culpa

hecho causador de un daño (ver el punto 3.1.3 que expondremos a continuación). En ese sentido, afirma Baracho Júnior: *“aun cuando se elimine el elemento subjetivo de la culpa y dirigiendo la atención hacia el hecho lesivo, no puede pretender absorber todas las formas de interacción social. El Derecho debe ponerse en un plano abstracto, de forma que permita que las relaciones sociales se desarrollen libremente, debiendo actuar solamente ante una controversia de orden específicamente normativo”*⁵⁶¹.

Aguiar Días afirma que la imputación de riesgos debe resolverse según la naturaleza objetiva de los hechos y no por los elementos subjetivos. El autor manifiesta la opinión de Planiol, para quien determinadas actividades comportan en sí un potencial lesivo: *“hay hechos creadores de riesgos, hechos que objetivamente y por sí mismos se alejan de lo ‘normal’, como dirían los matemáticos, y que, por tanto, implican la aceptación de los riesgos”*. Para Planiol, la responsabilidad fuera de la culpa solamente se admite cuando se produce la violación de una obligación legal. Saleilles entiende que la responsabilidad puede incidir incluso cuando la lesión procede de un hecho o actividad permitidos por ley⁵⁶².

En relación a la tesis de Saleilles, Aguiar Días escribe que *“la ley deja a cada uno libertad de sus actos; está veta sólo a aquéllos que se conocen como causa directa del daño. No podría vetar a aquéllos que sólo traen en sí la virtualidad de hechos perjudiciales, dado que se pueda creer fundamentalmente que tales peligros puedan ser evitados con prudencia y habilidad. Pero, si la ley lo permite, impone a aquellos que toman el riesgo a su cargo la obligación de pagar los gastos respectivos, sean o no resultados de culpa. Entre ellos y las víctimas no hay equiparación. En el momento en que se produzca el daño, es preciso que alguien lo soporte. No hay culpa positiva de ninguno de ellos. ¿Cuál sería entonces el criterio de imputación del riesgo? La práctica exige que aquél que obtiene provecho de la iniciativa soporte también las consecuencias, por lo menos a título de su causa material, una vez que esa iniciativa constituye un hecho que, en sí y por sí, encierra peligros potenciales*

anterior, teoría de la culpa desconocida, teoría de la culpa colectiva, culpa de las personas jurídicas, etc.”.

⁵⁶¹ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. *op. cit.*, p. 298.

⁵⁶² AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, p.55-56.

*contra los cuales los terceros no disponen de una defensa eficaz. Es un equilibrio potencial. La justicia quiere que se haga inclinar el plato de la responsabilidad para el lado del iniciador del riesgo*⁵⁶³.

Saleilles acogía la responsabilidad objetiva, pero de manera cautelosa, sin excluir la visión clásica de la responsabilidad fundada en la culpa, dado que la responsabilidad objetiva sería solamente una excepción, admitida solamente en las hipótesis fijadas en la ley. Sin embargo, el agravamiento de los riesgos y de los daños de la sociedad industrial (medio ambiente) hizo que Saleilles cambiara la concepción, pasando a entender que quien actúe está sujeto a riesgos y, por los daños que de ahí derivan independientemente de todo lo demás, de cualquier análisis de orden subjetivo, debe indemnizar⁵⁶⁴. Sin embargo, hay que reconocer que la idea desarrollada por Saleilles se refería al provecho derivado del hecho causador de la lesión. El sector de la doctrina que sucedió a Saleilles en el desarrollo de la responsabilidad objetiva trató de ampliar el riesgo a través de la supresión del calificativo 'provecho'.

Sin embargo, hay que destacar que la admisión de la teoría de la responsabilidad objetiva no se verificó fácilmente, pues inicialmente la jurisprudencia facilitó la comprobación de la culpa, trabajando con las nociones de normas ordinarias de cautela y los antecedentes de los implicados. *A posteriori*, se trabajó con la noción de presunción de culpa, la cual ya empezaba a suponer la inversión del *onus probandi*. El causador del daño, presumiblemente, era considerado culpable hasta prueba contraria, situación que ya caracterizaba la incidencia de la especie objetiva de la responsabilidad civil.

En efecto, los partidarios de la teoría del riesgo pasaron a pretender aplicar sus ideas a otros campos de la responsabilidad civil, evolucionando desde la teoría del riesgo-provecho en dirección hacia la teoría del riesgo-creado. Así, por el simple hecho de actuar, el hombre muchas veces creaba riesgos potenciales de daño para los otros, siendo justo que soporte los *onus*

⁵⁶³ *Idem. Ibidem.* pp. 66-67.

⁵⁶⁴ MELO SILVA, Wilson de. *op. cit.*, p. 50.

correspondientes⁵⁶⁵. Dentro de la teoría del riesgo-creado, la responsabilidad dejó de ser la contrapartida de un provecho o lucro particular, para convertirse en la consecuencia constante de la actividad en general en la que la idea del riesgo pierde su aspecto económico, profesional. Su aplicación ya no resulta de una actividad empresarial o profesional, sino que se vincula a cualquier acto humano que sea potencialmente dañoso para la esfera jurídica de sus semejantes. Concretándose tal potencialidad, incidiría la obligación de indemnizar.

El fundamento doctrinal de la teoría de la responsabilidad civil pasó del riesgo-provecho, que se basa en el principio de que donde está el lucro residirá el cometido *ubi emolumentum ibi onus* – el responsable será el sujeto que obtiene provecho de la actividad dañosa. – De tal premisa resultan reflexiones prácticas, pues hay que preguntarse: ¿cómo se determinará lo que es la ventaja, el provecho? Deberá haberse producido un provecho económico, algún lucro, restringiéndose el riesgo simplemente a los comerciantes e industriales, o, de forma más amplia, al riesgo-creado. En el escenario brasileño la teoría del riesgo creado tiene como su más enérgico seguidor a Caio Mário, que la resume de esta forma: *“aquél que en razón de su actividad o profesión, crea un peligro, está sujeto a la reparación del daño que cause, salvo prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitarlo”*⁵⁶⁶. Sin embargo, la temática de las especies del riesgo será examinada seguidamente en el presente capítulo.

Otra idea que se inserta en el amplio espectro de la responsabilidad objetiva es la de la *garantía*, que es particularmente eficiente para explicar ciertas especies de responsabilidad objetiva, como cuando el autor directo del daño está desprovisto materialmente de renta o de bienes⁵⁶⁷. Así, explica Facchini Neto que, *“el legislador, resumidamente, al responsabilizar a los empresarios por los actos de sus subordinados, debería asegurar a las víctimas la aplicación de su derecho a la indemnización de los perjuicios*

⁵⁶⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 158.

⁵⁶⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. 9.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 113.

⁵⁶⁷ BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da Noção de Culpa**: um Estudo de Direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 15.

*injustamente sufridos; derecho éste que quedaría seriamente comprometido si dependiera únicamente de la solvencia del autor directo del acto dañoso*⁵⁶⁸.

En ese sentido, se constata que las teorías buscan el fundamento de la responsabilidad civil por el lado del autor del daño, pues en la teoría de la culpa el agente responde porque actuó culpablemente; en la del riesgo, porque el agente habría creado un riesgo para los demás, o incluso porque tuvo algún provecho. Facchini Neto, citando autores, presenta una idea que transita bajo la misma denominación, pero con una configuración distinta, entendiendo que tal fundamento debe ser enfocado desde la vertiente de la víctima, pues toda persona *“tiene derecho a la vida y a la integridad corporal, de la misma forma que tiene derecho a la integridad material de los bienes que les pertenecen, y, más genéricamente, a la seguridad material y moral. Al existir estos derechos subjetivos, deben ser protegidos y garantizados por el Derecho (objetivo). Es decir, Starck reconoce la existencia de un derecho individual a la seguridad, cuya violación no autorizada constituye un daño causado en contra del derecho, una injusticia en sí misma, independientemente de las disposiciones físicas o psicológicas de su causador*⁵⁶⁹.

El contenido ahora descrito implica la discusión acerca de la extensión del riesgo que es la de la reparación integral. Wilson Melo da Silva entiende que, *“verificado el daño, la reparación debería ser la más amplia posible*⁵⁷⁰. Sin embargo, el propio autor reconoce que de ahí pueden derivar consecuencias desastrosas, pues para la fiel aplicación de la ley podría el sujeto obligado ser conducido a la total ruina. Se defendió, entonces, la abolición de la obligatoriedad de reparación integral, que pasaría a sufrir limitaciones ante la situación económica de los litigantes.

La tesis estaría consubstanciada en el principio de la equidad, principio éste que, bajo la libertad de apreciación por parte del juez, estaría siempre presente. Así, sería analizada la situación económica de la víctima y

⁵⁶⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, pp. 159-160.

⁵⁶⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 160.

⁵⁷⁰ MELO DA SILVA, Wilson. *op. cit.*, p. 157.

del sujeto obligado, debiendo el juez determinar el montante indemnizatorio a partir de tales datos⁵⁷¹.

4.1.2.1 Las modalidades del riesgo en la responsabilidad civil

En el capítulo II hemos estudiado el medio ambiente en el marco de una sociedad de riesgo. En esa perspectiva, vamos a presentar el presente contenido. Comenzamos destacando que la doctrina siempre reconoció a la responsabilidad objetiva un carácter de excepcionalidad, existiendo la obligación de indemnizar, independientemente de la culpa, cuando el caso esté previsto en una norma específica o cuando la jurisprudencia establece una presunción *juris et juris* de culpa. De esa forma, debe subrayarse que, de manera general, nadie está obligado a reparar daños causados a la persona o en bienes ajenos si no ha actuado con culpa; es decir, hablamos de responsabilidad subjetiva y el tema concierne pues a la responsabilidad civil ambiental.

Entonces, fijada la idea central de riesgo, pasaron a surgir modalidades de riesgo y diversas concepciones acerca del tema, entre las cuales cabe destacar las teorías del riesgo profesional, del riesgo excepcional, de la responsabilidad extracontractual del acto anormal, del riesgo provecho, del riesgo creado y del riesgo integral. La definición de cada una de esas concepciones puede ser acogida desde sus respectivas denominaciones⁵⁷².

Fruto de esas teorías resultó la creación de un nuevo régimen de responsabilidad civil, diferente con respecto al sistema subjetivo, pues mientras la subjetividad de la responsabilidad civil reside en la actuación culposa del agente que implica la práctica de actos ilícitos, el sistema objetivo sin embargo está construido en el nexo de imputación amparado en el riesgo

⁵⁷¹ *Idem. Ibidem.* p.157.

⁵⁷² Las referidas modalidades serán analizadas brevemente en ese tópico, pues serán objeto de estudio más profundo en el epígrafe de la responsabilidad objetiva ambiental, del que también nos ocupamos en el presente capítulo.

creado por la persona responsable o, por lo menos, cuando se produce dentro de la esfera de su acción, sin existir la necesidad de averiguar si el autor del daño actuó con culpa "*lato sensu*" porque no existe la acción humana o, incluso existiendo, es irrelevante, no interesando la antijuridicidad de la conducta.

Se observa, previamente, que las indeterminaciones resultantes de las innumerables teorías – que abordaremos seguidamente - son examinadas en una perspectiva de aplicación amplia y única de la teoría del riesgo, pues la mayor parte de las distinciones hechas por la doctrina entre las diversas especies procedentes de la teoría del riesgo son irrelevantes⁵⁷³.

Para la teoría del **riesgo profesional**, la obligación de reparar o indemnizar estará siempre presente cuando el daño sea consecuencia de la actividad o de la profesión del lesionado. La teoría sirve para hacer viable la reparación de los accidentes de trabajo. En ese caso, es innecesario cualquier juicio subjetivo para que haya responsabilidad, bastando que el hecho del daño sea una consecuencia del ejercicio profesional⁵⁷⁴.

La teoría del **riesgo excepcional** entiende que determinadas actividades profesiones o incluso acciones, por su naturaleza, comportan la excepcionalidad de que se produzca el riesgo o eventos extraños y que pueden ocasionar perjuicios, motivo por el cual comportan el derecho a la indemnización o a la reparación por parte de los empresarios. Los ejemplos más utilizados son la explotación de actividades como redes eléctricas, energía nuclear, radioactividad, etc., en las que pueden producirse accidentes sin que haya necesariamente, una causa proveniente de actos humanos⁵⁷⁵.

La **teoría de la responsabilidad extracontractual del acto anormal** distingue la normalidad de la anormalidad del acto, puesto que solamente el

⁵⁷³ ZANELLA DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p.359.

⁵⁷⁴ GOMES ALONSO, Paulo Sérgio. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 61-63; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, p. 167.; SILVA PEREIRA, Cáo Mario da. *op.cit.*, p. 281.

⁵⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, pp. 167-68.

acto anormal crea la responsabilidad civil a quien lo practica. Sin embargo, al enfrentarse a la dificultad de determinar si el acto es o no anormal, se proclamaba, en última instancia, si el acto era o no culposo. Así, explica Caio Mário⁵⁷⁶ que esta concepción, al intentar rebatir la teoría subjetiva, asienta la responsabilidad civil en el mismo soporte; es decir, en la culpa, a pesar de que, si la víctima tiene que probar la anormalidad del acto, no se toma en consideración la concepción subjetivista en dos aspectos: la culpa clásica supone un acto ilícito, mientras el acto anormal es aquél que simplemente no se produce tal y como resulta del estado actual de los usos y costumbres: la culpa clásica supone elementos subjetivos, mientras que el acto anormal se aprecia objetivamente, independiente de toda consideración relativa a la voluntad o al estado de espíritu de su autor.

La teoría del **riesgo provecho** es tratada en el presente trabajo en conjunto con la teoría del **riesgo creado**. En el caso del riesgo-provecho, si el agente obtiene alguno lucro derivado de la actividad dañosa, deberá ser responsable del mismo. En esa hipótesis, hay una enorme dificultad en la definición de lo que es “lucro” o “provecho”, para los fines de la responsabilidad civil⁵⁷⁷. Según Caio Mário, cuando trata de la teoría del riesgo creado, “*importa con respecto a la ampliación del riesgo provecho*”⁵⁷⁸. Implica la responsabilidad civil siempre que el agente cause daño a terceros como consecuencia de su actividad o profesión que determine una exposición a riesgos. Al actuar, estaría creando una situación de peligro, motivo por el cual debe ser considerado responsable, independientemente de la culpa⁵⁷⁹. Aguiar Días, sin distinguir modalidades dentro de la teoría del riesgo, sostiene que la denominación riesgo creado es la más adecuada. El autor demuestra, así, que esa corriente no siempre exige la peligrosidad como algo inherente a la actividad, y que el peligro es considerado en una perspectiva amplia, como fundamento de la obligación de reparación⁵⁸⁰. A diferencia del riesgo-provecho, en el riesgo creado no importa si el daño fue provechoso para el agente. Es

⁵⁷⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *op. cit.*, p.284.

⁵⁷⁷ GOMES ALONSO, Paulo Sérgio. *op.cit.*, pp. 63-66; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21.

⁵⁷⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *op. cit.*, p. 285.

⁵⁷⁹ GOMES ALONSO, Paulo Sérgio. *op. cit.*, pp. 66-69; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, p. 168.

⁵⁸⁰ AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, p. 73.

decir, independientemente de que la lesión causada a la víctima haya producido o no un beneficio al agente, exigirá al individuo la obligación de reparar el mal. Esta teoría, además de ser más amplia que la del riesgo-provecho es también más justa para la víctima, pues no tendrá que probar ningún tipo de consecuencia positiva o negativa para el sujeto con relación al hecho dañoso, bastará con que éste asuma sus responsabilidades y las respectivas consecuencias.

La teoría del riesgo creado fundamenta la responsabilidad del agente en el hecho de que la actividad, por ser dañosa, acababa provocando riesgos, cuando se procuraba la búsqueda de beneficios particulares, individuales. Así, se trata de una teoría que resulta de las múltiples actividades humanas, siendo especialmente notoria cuando se vincula a la existencia de una actividad lícita, pero peligrosa, en razón de su naturaleza de la actividad o de los medios utilizados para tal fin, sometiendo al empresario o al agente a los riesgos y a los consiguientes daños.

Esa teoría proporciona seguridad al sistema jurídico pese a los daños provocados por la industrialización y el desarrollo tecnológico, que se han producido principalmente después de la segunda mitad del siglo pasado. La teoría del riesgo provecho tiene su origen en la expresión *ubi emolumentum, ubi onus*; es decir, aquél que saca provecho o ventaja del hecho causador del daño queda obligado a repararlo independientemente de la comprobación de la culpa. Sin embargo, la imprecisión al identificar el 'provecho' ha conducido a diferentes atribuciones de la responsabilidad, habiendo adquirido el 'provecho' un sentido más amplio y una similitud con el riesgo integral, en la modalidad de riesgo creado⁵⁸¹. Ahora, si de las actividades creadas por los agentes causadores de daños hay la búsqueda de provechos propios, es justo y racional que soporten los respectivos cometidos, respondiendo por los riesgos derivados. Como apunta Alvino Lima, *"no es justo, ni racional, ni tampoco equitativo y humano, que la víctima, que no recibe beneficios ni provechos de la actividad creadora de los riesgos y que no participó en tales riesgos, deba soportar las contingencias de la actividad ajena"*⁵⁸². Resulta importante

⁵⁸¹ GOMES ALONSO, Paulo Sérgio. *op.cit.*, p.66.

⁵⁸² LIMA, Alvino. *op. cit.*, p.119.

destacar que subsiste la teoría incluso aunque el agente no obtenga provecho en razón de su actividad; lo relevante es el hecho y la finalidad de la actividad creadora del riesgo.

La teoría del **riesgo integral** es la teoría del riesgo en la esencia y pureza cuando hay la obligación de indemnizar ante un daño puro y simple, no dependiendo, por ello, de ninguna otra condición. La tesis es puramente negativista, no en el caso de que se investiguen las circunstancias del hecho causador del daño (así tal y como se produjo). De este modo, el riesgo es acogido desde una noción abstracta, bastando que el daño tenga alguna relación en cuanto a la demostración del nexo de causalidad. La teoría del riesgo integral es, por tanto, la modalidad más extrema de la responsabilidad civil^{583 584}.

La referida teoría siempre proclamaba la reparación del daño, responsabilizando al agente causador por todo acto que resultara de la causa material, aun cuando lo practicara de manera involuntaria, aparte de los hechos ajenos al hombre. Así, en el momento en que se producía el daño, desde que se vinculaba a un hecho cualquiera, a la víctima se le aseguraba que percibiría una indemnización. Lucarelli explica que *“por ella, la indemnización es debida solamente por el hecho de existir la actividad de la cual se produjo el perjuicio, independientemente del análisis de la subjetividad del agente, siendo posible responsabilizar a todos aquéllos a los cuales se pueda, de alguna manera, ser imputar el perjuicio. Esta postura no admite excepciones excluyentes de responsabilidad, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la acción de terceros o de la propia víctima”*⁵⁸⁵. Por lo expuesto, considerando que el principio de la responsabilidad civil era guiado por el incontrolable ambiente aleatorio, la teoría no prosperó en el derecho privado, a pesar de subsistir en el derecho público.

⁵⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, pp. 168-169.

⁵⁸⁴ El estudio del riesgo integral fue importante para la evolución del sistema objetivo de responsabilidad civil, pues proporcionó apoyos para la creación de las otras dos teorías de la responsabilidad sin culpa: la teoría de la *responsabilidad extracontractual en el acto anormal* y la *teoría de la responsabilidad extracontractual del riesgo-provecho o riesgo-creado*.

⁵⁸⁵ LUCARELLI, Fábio. *op. cit.*, p.15.

En ese sentido, Cahali, al tratar la responsabilidad civil de la prestación de servicios públicos, destaca que, *“No se puede negar que la teoría del riesgo integral es la que más se identifica con la responsabilidad objetiva, ya que se agota en la simple verificación del nexo de causalidad material: el perjuicio sufrido por el particular es consecuencia del funcionamiento (regular o irregular) del servicio público”*⁵⁸⁶.

Se ve que las subdivisiones de la teoría del riesgo en sus diversas especies contienen ciertas restricciones en lo que se refiere a la aplicabilidad, lo que puede generar dificultades en la interpretación de las mismas. Sin embargo, es necesario admitir que, en todas ellas, la culpa es un factor irrelevante, ya que la esencia de la controversia está centralizada, efectivamente en el riesgo asumido por el agente. La teoría del riesgo creado, a su vez, es considerada incluyente, ya que con ella quedan bien definidas las circunstancias de aplicación de la responsabilidad objetiva.

Fernando Noronha, después de plantear las fases y las causas de la evolución de las teorías de la responsabilidad civil, afirma que son tres los tipos de riesgo que pueden fundamentar la teoría objetiva: *“el riesgo de empresa, el riesgo administrativo y el riesgo-peligro”*. De estos, se incluye el **riesgo administrativo**, en la tesis de que *“la persona jurídica pública responsable, en la prosecución del bien común, por una cierta actividad”* también está sujeta a la responsabilidad independientemente de la culpa. Observada esta especialidad, las demás, relacionadas a la actividad empresarial o profesional (**riesgo de la empresa**) y al peligro inherente a determinados ramas (**riesgo-peligro**), están incluidas por la teoría del riesgo creado, al que ya hemos aludido anteriormente⁵⁸⁷.

El riesgo administrativo también tiene su reflejo en la responsabilidad civil del Estado, considerándose como una forma más blanda en la aplicación objetiva de la responsabilidad civil cuando se lo compara con la teoría del riesgo integral, ya que controla la veracidad de la víctima al comprobar la culpa

⁵⁸⁶ SAID CAHALY, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2.ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 33.

⁵⁸⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 761, mar. 1999. p. 37.

del agente; sin embargo, no lleva a la responsabilidad objetiva integral del Poder Público, puesto que permite la valoración de las excluyentes de culpa competidor o exclusiva de la víctima y de fuerza mayor. Para Hely Lopes Meirelles, *“La teoría del riesgo administrativo hace surgir la obligación de indemnizar el daño sólo del acto lesivo e injusto causado a la víctima por la Administración. Basta la lesión, sin el concurso del lesionado. (...) Se registra, sin embargo, que la teoría del ‘riesgo administrativo’, aunque exonera la prueba de la culpa de la Administración, permite que el Poder Público demuestre la culpa de la víctima para excluir o atenuar la indemnización”*⁵⁸⁸.

Carlos Mário Da Silva Velloso informa que algunos autores distinguen el riesgo administrativo del riesgo integral, y afirma que *“la teoría del riesgo administrativo, de cuño objetivo, no llega, todavía, a los extremos del riesgo integral”*, pues no admite indagaciones con respecto a la culpa o no de la víctima en la producción del evento perjudicial, lo que conduciría a la indemnización total en cualquier situación⁵⁸⁹. Para Hely Lopes Meirelles, el riesgo administrativo admite causas excluyentes de responsabilidad, tales como: la culpa de la víctima, la culpa de terceros o la fuerza mayor. Sin embargo, en el riesgo integral no estarían presentes tales causas, respondiendo el Estado por todas las situaciones en las que el daño se produjera⁵⁹⁰.

Desde otra perspectiva, Maria Silvia di Pietro afirma que la mayor parte de la doctrina no hace distinción entre riesgo integral y riesgo administrativo, utilizando las dos expresiones como sinónimas, alertando que sin embargo, los autores que admiten la teoría del riesgo integral admiten también las causas excluyentes de responsabilidad. Las divergencias, en su opinión, presentan un cuño más terminológico, en relación a su naturaleza para designar las teorías con respecto a su fundamento. Para la autora, todos concuerdan en que se trata de una responsabilidad objetiva, que implica averiguar si el daño tuvo como causa el funcionamiento de un servicio público,

⁵⁸⁸ LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 557.

⁵⁸⁹ SILVA VELLOSO, Carlos Mário da. Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 96, out./dez.1987. pp. 233-252.

⁵⁹⁰ LOPES MEIRELLES, Hely. *op. cit.*, pp. 546-548.

sin interesarse si fue regular o no. En el mismo sentido, parece que todos concuerdan en que algunas circunstancias excluyen o disminuyen la responsabilidad del Estado. Para la autora, serían causas excluyentes de la responsabilidad del Estado la fuerza mayor y la culpa de la víctima. En la primera causa, el Estado estaría exento de responsabilidad; en la segunda, su responsabilidad se dividiría con la de la víctima⁵⁹¹.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, el Estado tendrá exención de responsabilidad solamente si faltara el nexo entre su comportamiento comisivo y el daño. La culpa del lesionado no es, en su opinión, una causa excluyente de responsabilidad del Estado, pues lo que verdaderamente sucede en tal hipótesis es que el causador del daño es la propia víctima, y no el Estado. También cuando la víctima concurre para que se produzca el evento lesivo, no hay que hablar, según el autor, de excluyente de responsabilidad estatal, sino de una atenuación del *quantum* indemnizatorio. Tendría relevancia como excluyente de responsabilidad del Estado la evocación de la fuerza mayor, pero sólo en la medida en que se pueda apurar la ausencia de nexo causal entre la actuación del Estado y el daño ocasionado, pues el que fuera producido por fuerza mayor significa que no lo fue por el Estado. En ese sentido, escribe el autor: *“lo que exime al Poder Público de responder es siempre la no configuración de los presupuestos. Por eso responde quien creó la situación peligrosa, incluso cuando la fuerza mayor interfiere actualizando el peligro potencial”*⁵⁹².

Profundizando en la evolución de la teoría del riesgo, Fernando Noronha afirma que *“Ahora estamos entrando en un segundo momento, en el que se verifica que hay hipótesis y que se prescinde también del nexo de causalidad, para pasar a exigir únicamente que el daño producido pueda ser considerado riesgo propio de la actividad en causa”*⁵⁹³.

⁵⁹¹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 359. En lo que se refiere al caso fortuito, la autora afirma que si el daño deriva del acto humano, del fallo de la administración, no se excluirá la responsabilidad del Estado.

⁵⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. pp. 497- 500.

⁵⁹³ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 38.

Tal concepción es denominada como la teoría del riesgo por la forma *agravada*, equivalente a la teoría del riesgo integral. La teoría del riesgo creado, a su vez, sería una forma *común* de responsabilidad objetiva – es decir, que aún exige la demostración del nexo de causalidad por los modelos tradicionales. Así, “*si la teoría objetiva común ya es excepcional, la agravada será excepcionalísima*”⁵⁹⁴.

Por eso, en la distinción entre la teoría del riesgo creado y la teoría del riesgo integral, el nexo de causalidad es el elemento que comportará las mayores discusiones. En ese sentido, también bajo la tesis de que se tratan las formas comunes y agravadas de responsabilidad objetiva, Ricardo de Angel Yagües ha sostenido *in verbis*: “*En aquellos sectores de actividad que se hallan bajo el imperio de la llamada responsabilidad objetiva, sea plena o atenuada, el problema de la relación de causalidad cobra un especial relieve*”⁵⁹⁵.

Se entiende que la teoría del riesgo en la forma agravada es plenamente aplicable, especialmente en las situaciones en las que la lesión (daño) tiene reflejos en toda la sociedad (medio ambiente). En esos casos, la obligación general de no perjudicar a terceros, referido al inicio de este capítulo y que fundamenta la responsabilidad civil, tiene como objeto la protección de un bien colectivo. Es decir, el propio agente causador del daño en cuestión es perjudicado por su acción u omisión. Además, la obligación que cada uno tiene de respetar el orden y la colectividad es algo indispensable a la existencia y al funcionamiento de sociedades organizadas, como la actual. En esos casos – en los que el daño afecta a un bien de interés colectivo -, hay fundamento plausible para la aplicación de la teoría del riesgo integral, en el contexto en el que evoluciona la responsabilidad civil como un todo⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ *Idem. Ibidem.* p. 38.

⁵⁹⁵ DE ANGEL YAGÜES, Ricardo. **La responsabilidad civil**. 2.ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1989. p.267.

⁵⁹⁶ Como fue mencionado, además de la “*expansión de los daños susceptibles de reparación*” y de la “*objetivación de la responsabilidad civil*”, su *colectivización*”, relacionada con la “*tutela de los intereses transindividuales*”, también fue factor determinante en el desarrollo de las teorías de responsabilidad civil, que tiene como última etapa la formulación de una forma agravada de la teoría del riesgo, y que “*está en continua expansión*”. (NORONHA, Fernando. *op. cit.*, pp. 35-44).

4.1.2.2 La incidencia de la teoría del riesgo en la sociedad solidaria

El instituto de la responsabilidad civil tiende a sustituir la idea de un debito resarcitorio derivado de un hecho ilícito a cargo del sujeto responsable por la noción de crédito a una indemnización a favor de la víctima⁵⁹⁷. Por consiguiente, se verifica una verdadera inversión de perspectiva, con significativas repercusiones en el instituto de la responsabilidad civil, pues la tendencia de atribuir al instituto la función de asegurar una protección resarcitoria en todos los casos de daños sufridos por un sujeto implica un replanteamiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, sometiéndolas a una revisión de categorías dogmáticas sobrepasadas⁵⁹⁸.

Es habitual afirmar que *“los partidarios de la culpa se sitúan como defensores de las libertades individuales y protectores de las actividades necesarias a la vida en sociedad, al paso que los promotores del riesgo surgen como pioneros de la seguridad social”*⁵⁹⁹. En el mismo sentido, *“es la equidad la que engendró la teoría del riesgo. Es la moral la que mantiene la teoría de la culpa”*⁶⁰⁰. El hecho es que la teoría de la responsabilidad civil implica tanto la culpa como el riesgo, debiendo ambos ser enfrentados como procesos técnicos susceptibles de ser utilizados para asegurar a las víctimas el derecho a la reparación de los daños injustamente sufridos, jamás como estrictos fundamentos del instituto de la responsabilidad civil. Así, donde la teoría subjetiva no pueda explicar y fundamentar el derecho a la indemnización, se debe recurrir a la teoría objetiva, pues *“en una sociedad realmente justa, todo daño injusto debe ser reparado”*⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Civile**. Milano, Giuffrè, 1999. (v. IV, La responsabilità civile). p. 7.

⁵⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *op.cit.* p. 156, haciendo alusión al caso Losee V. Buchanan, juzgado equivalente al Tribunal de Justicia del Estado de Nueva York, en 1871, escribe que *“queda lejos la época en la que una Corte de Justicia podía afirmar que ‘el empresario industrial debía ser considerado, por definición, un benemérito de la sociedad, y que, por tanto, debía ser amparado contra pretensiones de resarcimientos relativas a daños vinculados a su actividad; pretensiones ésas – se añadía – que si viniesen a ser acogidas con generosidad, colocarían en peligro la productividad y la eficiencia de la industria, con graves daños para la economía del país. De esto derivaba el deber de cada ciudadano de soportar los riesgos que la actividad industrial, de por sí, conllevaba”*.

⁵⁹⁹ HUSSON, Leon. **Les Transformations de la Responsabilité**. Paris : P.U.F.,1947, p.149.

⁶⁰⁰ WALD, Arnold. **Influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la Responsabilité civile**. Rio de Janeiro: Dep. de Imprensa Nacional, 1953. p. 12.

⁶⁰¹ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p.161.

Es indudable que el instituto de la responsabilidad tiene la preocupación en el imperativo de indemnizar o compensar el daño injustamente sufrido, abandonándose la preocupación con la censura de su responsable. En palabras de Karl Larenz, *“no se trata, como en el derecho penal, de reaccionar frente al hecho culpable, sino de llevar a cabo una justa distribución de los daños: quien cause un daño a otros por medio de un acto antijurídico, aunque de modo sólo ‘objetivamente’ negligente, está más obligado a tener que soportar el daño que aquél que directamente lo sufrió, sin haber contribuido a su evento”*⁶⁰².

Así, la tendencia manifiesta del instituto de la responsabilidad civil ambiental descansa en la ampliación de su capacidad para hacer posible que todo y cualquier daño sea reparado. Por consiguiente, gradualmente se percibió un alejamiento del principio de la culpa, avanzando en dirección hacia un modelo mixto en el que, al lado de la culpa, había espacio para una responsabilidad civil objetiva fundada en el riesgo o en la idea de garantía.

Sin embargo, en las últimas décadas se percibe que ese modelo mixto presenta una complejidad mayor cuando surge un tercer modelo de responsabilidad civil. Se trata de un modelo que no es individual, sino colectivo, consubstanciado en la idea de **solidaridad**. Ese modelo trasciende la idea de una simple responsabilidad objetiva en la medida en que socializa los daños, alejándose de la idea vinculada a los parámetros individuales. Así, no se trata de condenar a alguien obligado a resarcir un perjuicio, sino de transferir para toda la sociedad o para un sector de ésta, una parte del perjuicio⁶⁰³.

Savatier afirma que las inclinaciones contemporáneas se traducen en un movimiento en dirección hacia la socialización de la responsabilidad y de los riesgos individuales, al final de lo cual toda víctima de un daño deberá ser

⁶⁰² LARENZ, Karl. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Ed. Civitas, 1985, 1990, pp. 118-119.

⁶⁰³ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 162. En ese sentido, el autor recuerda lo que sucedió en Brasil en el ámbito de la responsabilidad por accidentes automovilísticos en lo que se refiere a la incidencia del seguro obligatorio para los propietarios de vehículos.

resarcida. Por ese sistema, el Estado absorbería todos los riesgos y les redistribuiría por todo el cuerpo social, por tanto, el perjuicio de uno sería soportado por todos⁶⁰⁴.

Facchini Neto hace referencia a la incidencia de la seguridad social en este modelo, recordando que *“se suele decir que donde el sistema de seguridad social se presenta particularmente comprensivo, de modo que satisfaga de forma adecuada el principio ‘de la cuna al túmulo’, la responsabilidad civil podrá cubrir territorios más limitados al ser activada en conformidad con sus principios clásicos. Donde, por el contrario, sea deficiente el sistema de seguridad social, por presentar importantes lagunas en su programa asistencial, parece inevitable que el modelo de responsabilidad civil venga a desarrollar una función camuflada de un tipo de ‘seguridad social privada’, cumpliendo, en vía supletoria, una función distributiva de riqueza”*⁶⁰⁵
606.

La responsabilidad civil por daño al medio ambiente surge en un cuadro totalmente distinto de aquél que hizo posible los primeros desarrollos del instituto de la responsabilidad civil. No tiene en cuenta solamente la protección de la autonomía privada, al menos en la forma como tal esfera era comprendida por aquéllos que hacían viable el surgimiento y desarrollo del instituto, a pesar de sus claras implicaciones con la tutela de los derechos individuales, como el derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad. Además, no se agota en el ámbito de los intereses de particulares puestos en oposición, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad la obligación de defender y preservar el medio ambiente ecológicamente equilibrado para las presentes y futuras generaciones (capítulo I).

⁶⁰⁴ SAVATIER, René. **La Responsabilité des Persones Publiques et Privées**. Paris: L.G.D.J., 1959. p. 6.

⁶⁰⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 162. En nota a pie de página, el autor escribe que *“Es por eso que, en la doctrina, se habla, a veces, en zenith (André Tunc) o de parábola (F. Busnelli) de la responsabilidad civil, exactamente para subrayar el hecho de que este instituto, después de haber alcanzado su punto más alto en el siglo XX, estaría empezando a perder terreno frente a otros institutos en ascendencia, igualmente orientados a regular el coste social de los accidentes, como, por ejemplo, los seguros y la seguridad social. En este sentido, véase Paolo Gallo (GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè, 1966), esp. 4 ss.”*

⁶⁰⁶ En lo que se refiere a esta concepción, conforme a lo examinado anteriormente, es posible plantear la creación de fondos de resarcimiento por daños ambientales.

El instituyo de la responsabilidad civil ambiental no se fundamenta en la protección de intereses particulares en el estrecho espacio de la autonomía privada, concebida como una área de protección para un individuo separado, sino que tiene en cuenta la exigencia de una fundamentación intersubjetiva de las normas de protección, recuperación y mejoría del medio ambiente. Está claro que eso no importa ante las exigencias de demostrar su conexión con los *derechos difusos*, a pesar de ser intrínsecos.

Nuevamente, aplazamos al contenido del capítulo I y, en ese sentido, la emergente creación de la responsabilidad internacional objetiva por daños ambientales. Ramón Martín Mateo subraya que el *“derecho internacional contemporáneo, en materia de responsabilidad internacional ha reaccionado ante la amenaza de un ‘ecicidio’, estableciendo que ciertos actos ilícitos particularmente graves contra el medio ambiente podrán constituir un ‘crimen ecológico internacional’, siempre que concurren las condiciones esenciales contenidas en el art. 19.3.d) del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados, lo cual define como crimen internacional: d) la existencia de una violación grave de una obligación esencial para la salvaguarda y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”*⁶⁰⁷.

Por tanto, la responsabilidad civil ambiental *“no se fundamenta en la protección de intereses particulares en el estrecho espacio de la autonomía privada, concebida como una área de protección ante un individuo separado, sino que tiene en cuenta la exigencia de una fundamentación intersubjetiva de las normas de protección, recuperación y mejoría del medio ambiente. Está claro que eso no importa en la supresión de la autonomía privada, sino en su redefinición frente a las exigencias de demostrar su conexión con los derechos difusos. **La equiprimordialidad de la autonomía privada y de la soberanía pública constituyen, por tanto, el punto de partida para la comprensión del instituto de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente***⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ MARTÍN MATEO, Ramón. Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental. En: MORENO Martínez, Juan Antonio (coordinador). **Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio** Madrid: Editorial Dykinson, 2000, pp. 329-330.

⁶⁰⁸ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. *op. cit.*, p. 295.

En el mismo sentido, Díez Picazo y Gullón afirman que la teoría objetivista preconiza la necesidad de indemnizar a quien haya sido víctima del riesgo creado por el causador del daño, ya que se beneficia con el riesgo; también asume las consecuencias dañosas que pueda causar. Sin embargo, observan que actualmente, la mayor parte de los eventos perjudiciales no son imputables sólo a individuos separados, sino a grupos de personas (de los intereses individuales a los intereses difusos). Estos autores sostienen que los daños individuales o a numerosos grupos de personas merecen ser objeto de reflexión porque *“el individuo aislado, en quien se materializa la causa inmediata, se encuentra sumido en una organización y al servicio de ella. El fallo humano del que algunas veces se habla cuando se trata de discernir la causa de una catástrofe, ¿es el fallo el último eslabón de la cadena o es el fallo de toda la organización de la que el eslabón forma parte? Así, aparece el problema de la imputación de los daños y el deber de resarcir de las empresas, que nuestro código Civil resuelve de una forma insatisfactoria en el artículo 1.903”*⁶⁰⁹.

Así, tanto el desarrollo del instituto de la responsabilidad civil ambiental, como toda la discusión sobre la extensión de los riesgos resultara de gran relevancia para el estudio específico del daño ambiental, incluso con respecto a la incidencia individual, tal y como examinaremos en el siguiente epígrafe y en el contenido del capítulo IV de la presente Tesis Doctoral.

4.1.3 El estudio del daño en el instituto de la responsabilidad civil ambiental

El elemento daño ya ha sido descrito en la presente investigación a través de varios pasajes, concretamente cuando hemos examinado los elementos de culpa y riesgo, respectivamente estudiados bajo la óptica de las especies subjetiva y objetiva del instituto de la responsabilidad civil. Así, como resultante de la actividad culposa o de riesgo, intentaremos sistematizar el estudio del elemento daño en la responsabilidad civil ambiental.

⁶⁰⁹ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *op. cit.*, p. 444.

El ideal liberal consideraba el ser humano como libre en la expansión de sus actividades física, intelectual y moral. A todos se les imponía la obligación del respeto a libre expansión de las actividades individuales de los demás. Como consecuencia, desde el punto de vista moral, el ciudadano respondería más por los actos voluntarios, conscientes que en el caso de que sus actos involuntarios pudieran resultar perjudiciales para otros ciudadanos. Así, en conformidad con los postulados de la doctrina individualista, soberanamente se impondría la voluntad individual.

Por consiguiente, la protección de la autonomía privada se daba en el plan de las relaciones interindividuales. El instituto de la *responsabilidad civil* establecía fundamentalmente los límites externos de la autonomía privada de un individuo frente a otro, siendo tales límites definidos por un elemento exterior a ambos: la norma jurídica⁶¹⁰. Las normas jurídicas buscan la armonización de la vida en la sociedad. Las reglas relativas a la responsabilidad civil estaban orientadas a crear mecanismos eficaces para la recomposición de las lesiones ocasionadas como consecuencia de la práctica de actos ilícitos.

Caio Mário⁶¹¹ pone de manifiesto que la responsabilidad civil consiste en la indisociable presencia de la reparación y del sujeto pasivo de la relación jurídica que se forma como consecuencia de la práctica del acto, caracterizándose la ilegalidad como agresión al orden jurídico. El sistema no permite ofensa a derechos sin la correspondiente indemnización. Por tanto, donde exista una agresión a una obligación jurídica existirá como consecuencia de esa conducta algún daño⁶¹². Además de la transgresión al orden jurídico y del daño, es necesario, que entre el agresor y el agredido haya un conflicto⁶¹³, pues solamente en esas circunstancias habría preocupación por la reparación. ¿Pero, cómo reparar la extinción de una especie animal?

⁶¹⁰ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo. *op. cit.*, p. 293.

⁶¹¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 32.

⁶¹³ MAZEAUD, Henry y León; TUNC, André. *op. cit.*, p. 3.

La responsabilidad civil centra su atención en la reparación del daño. El primero de los requisitos de la responsabilidad aquiliana común es la existencia de una acción humana, consistente en un hacer (comportamiento activo) o en un no hacer (omisión), que debe de ser la causa del daño.

La conclusión de Aguiar Días, relativa a la noción de responsabilidad civil es, *“el interés en restablecer el equilibrio económico - jurídico alterado por el daño y la causa generadora de la responsabilidad civil. Su fundamento debía, pues, ser investigado en función de aquel interés, que sugiere, ante todo el principio de la prevención [...] en todas las teorías, guiadas, inconscientemente, salvo la opinión de algunos autores, por el citado principio, lo que se busca es escoger quien deba soportar el daño. [...] La distribución del onus del perjuicio atiende, primordialmente, al interés de la paz social”*⁶¹⁴.

En el mismo sentido Luiz da Cunha Gonçalves, afirma: *“la obligación que la ley impone al autor de cualquier daño, injustamente causado a otros, de resarcir el respectivo valor, bien sea porque ese daño resulte de la inejecución de una obligación preexistente, bien sea porque derive de un acto o de una omisión ilícita y extraña a cualquier contrato, constituyéndose como infracción la obligación moral y el principio general del derecho expresado en la vieja máxima: ‘no lesionar a nadie’”*⁶¹⁵.

El daño ambiental es distinto de la visión clásica del derecho, dado que se le considera como un bien común del pueblo, incorpóreo, inmaterial, indivisible y no susceptible de apropiación exclusiva. Sin embargo, es un bien de interés jurídico autónomo y, así, reparable, incluso aunque no cumpla los presupuestos tradicionales de la configuración del daño⁶¹⁶. Además, una agresión al medio ambiente puede producir tipos de daños de naturaleza distinta: por un lado se producen daños en los bienes privados; por otro, se producen daños al medio ambiente propiamente considerado, al bien jurídico

⁶¹⁴ AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, p. 35.

⁶¹⁵ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de Direito Civil**, p. 452.

⁶¹⁶ VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. **A reparação do dano ambiental**. Tradução de *L'áction civile publique du droit brésilien et la réparation du damage cause à L'environnement*. Tradução atualizada pelo autor. Estrasburgo, França, 1997. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Faculdade de Direito, Universidade de Estrasburgo. Estrasburgo, França: Universidade de Estrasburgo, 1997. p.20.

del medio ambiente, de naturaleza pública, pero que inciden en el interés privado⁶¹⁷. En ese sentido, destacamos la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que prevé que *“por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitat naturales protegidos”*⁶¹⁸.

Sin embargo, al tratar de la responsabilidad civil como instrumento de defensa del medio ambiente, se plantea: ¿todas las alteraciones ecológicas constituyen un daño ambiental reparable ante el derecho? Sería excesivo decir que todas las alteraciones al medio ambiente van a ocasionar un perjuicio, pues de esta forma se estaría negando la posibilidad de cambio y de innovación; es decir, se estaría entendiendo que el estado adecuado del medio ambiente es el inmovilismo, lo que es irreal⁶¹⁹. Se presenta, aquí, el principio del desarrollo sostenible.

Además, hay que recordar que el Derecho Ambiental es una rama del derecho que se proyecta hacia el futuro. En el estudio de Díez Picazo y Gullón, se destaca, entonces, que *“el daño indemnizable puede ser tanto actual como futuro, cuando, en esta última hipótesis, puede decirse que surgirá según una racional certidumbre”*⁶²⁰.

Sin embargo, admitir cambios espontáneos o hasta provocados de la naturaleza, no conduce a afirmar necesariamente que todos esos cambios son benéficos. Así, para llevar a cabo un examen del daño ambiental, es necesario entrar en la complejidad de los problemas ambientales que, según se observa, merecen un esfuerzo de imaginación y de perspicacia por parte de los operadores del derecho⁶²¹. Por tanto, se debe reflexionar acerca del daño en la

⁶¹⁷ JORDANO FRAGA Jesús. *op. cit.*, pp. 351-352.

⁶¹⁸ Directiva 2004/35/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. p.3. Disponible en: <http://www.europa.eu.int/eur-lex> . Acceso en 23/06/05.

⁶¹⁹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *op. cit.*, p. 272.

⁶²⁰ Díez PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *op. cit.*, p. 452.

⁶²¹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 103.

perspectiva de los actos ilícitos y de los actos lícitos⁶²², como vamos a describir seguidamente.

4.1.3.1 El daño resultante de actos ilícitos

La responsabilidad civil busca la armonía dentro de los componentes de la sociedad, repudiando la práctica de actos ilícitos. El esmero conceptual relativo a la responsabilidad civil es una exigencia de la sociedad moderna, donde, de forma acentuada, existe una masificación de las relaciones interpersonales. Justamente, ante la amplitud de los conceptos relativos a la responsabilidad civil es necesario buscar la esencia del instituto: el acto ilícito. Cabe preguntarse: ¿el daño ambiental constituye un acto ilícito? La responsabilidad civil, en síntesis, intenta atenuar los efectos producidos por el acto ilícito⁶²³.

⁶²² A efectos de reflexión, hemos examinado, aunque brevemente, algunos conceptos de daño ecológico en el Derecho comparado. Según la **Convención de Lugano** (Consejo de Europa) la concepción de daño ambiental propuesta no vincula el daño a la transgresión de normas administrativas; es decir, no elimina la responsabilidad en el caso de observancia de los padrones oficiales, sino cuando se produce daño. **En Alemania**, “*El emprendedor de una instalación clasificada en el anexo I es responsable por el daño que provoque como puede ser muerte, lesión corporal, lesión de la salud o perjuicio para un bien causado por impactos sobre el medio ambiente provocados desde la instalación (art. 1º de la Ley de 10.12.90). “Un daño resulta de un impacto sobre el medio ambiente si es causado por substancias químicas, vibraciones, ruidos, presiones, radiaciones, gas, vapores, calor u otros, fenómenos que se difunden en tierra, en el aire y en el agua” (art. 3º, par. 1º).* Comentando la mencionada ley, Detlev von Breitenstein subraya que “*el ambiente es, de cierta forma, el medio, la malla intermedia en la cadena de causalidad para la realización de un perjuicio dando derecho a la reparación. Aparecen los perjuicios bien conocidos en el derecho ambiental, como los medios naturales clásicos que ese derecho está llamado a proteger: tierra, aire y agua.* (En: LEME MACHADO, Paulo Afonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, [s.d]). **En Italia**, daño ambiental y la lesión (alteración, perjuicio) de un factor ambiental o ecológico (aire, agua, suelo, floresta, como también clima etc.) es aquel con el que se consigue una modificación – peor – de la condición de equilibrio ecológico del ecosistema local o incluyente, afirma el Prof. Benjamino Caravita (en: **Diritto Pubblico dell’ate**). p. 93. En el **derecho español**, se sintetiza en las palabras de DÍEZ PICAZO que, al tratar de los daños nucleares (en la ya referida obra **Derechos de Daños**, p. 136), afirma que “*se trata, de un sistema de responsabilidad objetiva que es, como en otros casos, una responsabilidad derivada del origen de un daño con causas muy concretas de exoneración. La responsabilidad se impone a los ‘explotadores’, por lo que parece se hace referencia a algún tipo de actividad empresarial, sea de carácter público o privado. La responsabilidad existe cuando una empresa produce los materiales radioactivos o cuando trabaja con ellos para producir otro tipo de bienes.* En el **derecho brasileño**, “a los fines de reparación, el daño consecuente de la actividad contaminante tiene como presupuesto básico la propia gravedad del accidente, ocasionando perjuicio patrimonial o no patrimonial a otros, independientemente de que se trate de riesgo permanente, periódico, ocasional o relativo”, afirma Helita Barreira Custodio. (En: **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**, tese de livre docência. São Paulo: USP – Universidade de São Paulo, 1983, p. 307).

⁶²³ Es importante destacar que la expresión utilizada no abarca todos los aspectos posibles, pues los actos practicados en estado de necesidad, por ejemplo, pueden generar la obligación de indemnizar y no se constituyen en actos ilícitos, conforme a lo que se desprende del examen del artículo 188 del Código Civil Brasileño de 2002 artículo que más adelante citamos.

Resulta, por tanto, necesaria, la delimitación conceptual del acto ilícito. La demostración de su estructura lógica es esencial para la percepción del instituto. No obstante esta exigencia, ante el acto ilícito como fuente capaz de generar la obligación de indemnizar, algunas legislaciones guardan silencio y más concretamente con respecto a la expresión de *ilícito*. En este sentido, se citan las legislaciones españolas y francesas. En efecto, tales legislaciones consagran el principio *neminem laedere* – la prohibición de causar daño a otros-. La legislación brasileña establece sólo la injusticia como paradigma para definir la posibilidad de caracterización de responsabilidad civil. Injusto o ilícito, la responsabilidad civil debe emerger en el caso de que existan condiciones que caracterizan el daño como una violación de intereses jurídicamente protegidos y sin una justificación en los textos legales⁶²⁴.

La comprensión del acto ilícito pasa, obligatoriamente, por la tesis de la antijuridicidad que, a su vez, se caracteriza por la disconformidad entre el acto y la norma legal, que no siempre conlleva una agresión a los derechos subjetivos de terceros, bastando al orden jurídico con que declare su ineficacia. La antijuridicidad interesa solamente para la construcción de la responsabilidad civil cuando la disconformidad entre el acto y la norma determine una lesión a algún derecho subjetivo. La agresión a cualquier derecho subjetivo, para que se produzca un acto ilícito, debe obligatoriamente causar daño a un tercero⁶²⁵. También es posible identificar la antijuridicidad despojada de los aspectos subjetivos. La conducta no se reviste de aspectos subjetivos, a pesar de que el sistema establezca la posibilidad de la responsabilidad. En ese caso estamos ante la hipótesis de una antijuridicidad objetiva, siendo posible afirmar la consiguiente responsabilidad civil objetiva. No se trata de un ilícito objetivo; el acto ilícito sólo puede demostrarse en la hipótesis de una conducta culposa o dolosa. En el caso de que haya posibilidad de configurar la antijuridicidad objetiva, se trataría de una mera obligación de indemnizar.

⁶²⁴ ATIENZA NAVARRO, María Luisa. *op. cit.*, p. 254.

⁶²⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 253.

En la perspectiva de la ilicitud, la indemnización exige la concreción conceptual del ilícito, pero en algunas hipótesis, se admite la posibilidad de responsabilidad incluso cuando el acto esté revestido de licitud⁶²⁶. En las relaciones privadas, normalmente se identifica la responsabilidad, cuando el autor del daño actúa de forma contraria a una obligación preexistente, pero también cuando el acto esté revestido de licitud.

4.1.3.2 El daño resultante de actos lícitos

Además del contenido anteriormente analizado, existen situaciones particulares, descritas por Mário Júlio de Almeida Costa, cuando examina la admisión de la posibilidad, incluso en las relaciones privadas, de que actos lícitos produzcan la obligación de indemnizar: *“Aún se admite, excepcionalmente, que la obligación de indemnización pueda resultar de una conducta lícita del agente. Es lo que sucede cuando, en el caso de que una persona lesione en beneficio de un derecho o interés jurídicamente protegido y mediante la práctica de un acto lícito, un derecho o interés, la ley confiera a este último una pretensión de indemnización en contra del beneficiario. Se trata, sin duda, de una solución justa: se permite la satisfacción de un interés calificado, colectivo o individual, pero, en virtud de consideraciones de razonabilidad, se impone la obligación de indemnizar los daños causados a terceros”*⁶²⁷.

Es posible analizar algunas hipótesis en las cuales, aunque exista la práctica de actos que causen perjuicios a terceros, no existe ninguna posibilidad de configuración de la ilicitud, haciendo imposible imputar una responsabilidad al agente. Pensamos en la legítima defensa, en el estado de necesidad o en el ejercicio regular del derecho. En estas tres hipótesis, se encuentran presentes el acto omisivo o comisivo, el nexo de causalidad y el daño; únicamente no existen condiciones de configurar responsabilidades,

⁶²⁶ En este caso, se admite la responsabilidad extracontractual del Estado, incluso cuando se trate de actos anormales y especiales, como consecuencia de la aplicación del principio de la igualdad de los cometidos públicos. A este respecto, existe una excelente monografía de GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *En: O Problema da Responsabilidade do Estado por actos ilícitos.*

⁶²⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 551.

precisamente por el hecho de que el sistema es creado por mecanismos de exclusión de la responsabilidad. Es propio del sistema crear medios para permitir que algunas conductas, normalmente consideradas ilícitas, puedan ser excluidas de cualquier posibilidad de responsabilidad. Se aleja el contenido de la antijuridicidad, se retira la posibilidad de reparación.

El concepto de responsabilidad civil ilustra puntos de conexión con la responsabilidad extracontractual del Estado, cuya función es la de reparar los daños injustamente producidos, traduciendo la idea convergente de la necesidad de recomposición del patrimonio lesionado. Por ello, emergen los contenidos de las obligaciones “*erga omnes*” y la noción de los derechos transfronterizos. Sin embargo, el Estado ya no puede ser visto como un simple resultado de voluntades individuales, sobre todo porque el ser humano tiene una propensión natural hacia la vida en sociedad. Baracho Júnior vincula de esta forma el surgimiento de la responsabilidad objetiva con el paradigma del Estado Social, considerando el Estado como una esfera política capaz de promover la solidaridad entre los seres humanos⁶²⁸.

Fue necesario el desarrollo de la noción de persona jurídica, o, en otras palabras, dotar al Estado de *personalidad*, para que el instituto de la responsabilidad civil pudiera llegar a abarcar las lesiones sufridas por particulares y producidas como consecuencia de la actividad estatal. No obstante, es importante observar que en sus diversas formulaciones, bien sea en la responsabilidad por culpa del agente, bien sea en la responsabilidad por falta de servicio o en la responsabilidad objetiva representada en la teoría del riesgo, la responsabilidad civil del Estado registra los mismos rasgos que ya caracterizaban la responsabilidad civil entre particulares: se responsabiliza al Estado cuando sus actividades conllevan una intervención perjudicial indebida en la esfera de la autonomía privada de los individuos; se verifica tal imputación de responsabilidad en el plano de las relaciones “interindividuales”; es decir, entre una *persona jurídica*, el Estado, y una *persona física* o *natural*, el individuo lesionado, o, incluso, entre dos *personas jurídicas*; el Estado es otra persona jurídica de derecho público o privado.

⁶²⁸ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, Jose Alfredo de. *op. cit.*, p. 301.

En esta variabilidad, hay que destacar que el objetivo primordial del instituto de la responsabilidad civil tiende a definir “*entre los innumerables eventos perjudiciales que se verifican cotidianamente, cuales de ellos deban ser transferidos del lesionado al autor del daño, en conformidad con las ideas de justicia y equidad dominantes en la sociedad*”⁶²⁹.

Responsable es todo aquél que soporta un daño. En ese sentido, se entiende que el causador del daño a sí mismo también podría ser considerado responsable; es decir, sería aquél que soportaría el daño. Los hermanos Mazeud, desaviniendo de esta posición, creían fundamental la confrontación de dos personas; es decir, la existencia de un conflicto entre ellas, siendo el responsable aquél que debe reparar un perjuicio. Para Savatier, “*la responsabilidad civil es una obligación que puede incumbir a una persona de reparar un daño causado a otros por un hecho suyo, o por el hecho de las personas o de las cosas dependientes de ellas*”⁶³⁰.

En efecto, el daño producido ya no termina en la sociedad: el resarcimiento no lo anula. Se trata simplemente de transferirlo de quien lo sufrió directamente hacia quien lo vendrá a resarcir⁶³¹. La responsabilidad proviene de un acto perjudicial de alguien, que producido ilícitamente, violando una norma jurídica preexistente (legal o contractual), determina la obligación de reparar. Obligación es un deber originario, nace de ella misma, sin depender del evento de ninguno otro acto. La responsabilidad es una obligación jurídica sucesiva, derivando así, de la violación de un derecho, generado de una obligación. Por consiguiente, la responsabilidad proviene de una obligación que deriva de un derecho sucesivo en función de que se haya producido un hecho jurídico *lato sensu*⁶³², respaldándose tal situación en el principio máximo de la “prohibición de ofender”, de no lesionar a nadie – *neminem laedere*.

⁶²⁹ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Instituti Giuffrè, 1995. v. 2. p. 316.

⁶³⁰ *Apud* AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. *op. cit.*, pp. 13-14.

⁶³¹ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**, Milano, Giuffrè, 1961, p. 16.

⁶³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa e Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20

Se entiende que se adopte la referida teoría puesto que la regularidad en el ejercicio de la actividad no es una causa efectiva de exclusión de la responsabilidad civil del causador del daño. Derivada tal lesión del ejercicio de una determinada actividad, la responsabilidad de su causador es cierta, convirtiéndose en una clara prueba de adecuación a los patrones ambientales regulados por la ley o por reglamentos o, incluso, de la existencia de autorización concedida por el poder público⁶³³.

Cierto es que, *“aunque haya autorización de la autoridad competente, aunque la emisión esté dentro de los patrones establecidos por las normas de seguridad, aunque la industria haya tomado todos los cuidados para evitar el daño, si el mismo se produjo en virtud de la actividad del contaminador existe el nexo causal que hace nacer la obligación de indemnizar”*⁶³⁴. La licitud de la conducta no es, pues, excluyente de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho ambiental. Por consiguiente, la defensa del contaminador estaría *“limitada a la negación de la actividad y a la inexistencia del daño”*⁶³⁵.

4.1.3.3 Las especies de daños ambientales

Al tratar la expresión ‘daño ambiental’, sea resultante de acto ilícito o lícito, debemos señalar la ambigüedad de su contenido, puesto que designa tanto las alteraciones nocivas como los efectos que tal alteración provoca en la salud de las personas y en sus intereses. Bustamante Alsina escribe que el concepto de daño ambiental designa el daño que recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a la colectividad, como aquél que se refiere al daño a través del medio ambiente o del daño relativo a intereses legítimos de una determinada persona, configurando un daño particular que caracteriza un daño también particular y legitima al lesionado a una reparación por el perjuicio

⁶³³ En este sentido, v. TJSP, AC 248.901-1, rel. Des. Albano Nogueira, julg. 26-8-1996.

⁶³⁴ NERY JÚNIOR, Nélon. **Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação pública**. Justitia, São Paulo, 126:171, 1984.

⁶³⁵ NERY JÚNIOR, Nélon y NERY, Rosa Maria Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. En: BENJAMIN, Herman. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 280.

patrimonial o extrapatrimonial⁶³⁶. Conforme a lo examinado en el capítulo I, el concepto de daño ambiental está directamente ligado a la definición amplia de medio ambiente como la interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propicien el desarrollo equilibrado de la vida humana.

Bessa Antunes comenta las dificultades a las que se enfrenta la doctrina en relación a la búsqueda del concepto de daño ambiental afirmando que *“si el propio concepto de medio ambiente es abierto, sujeto a ser completado casuísticamente, de acuerdo con la realidad concreta que se presente al intérprete, el mismo obstáculo se produce también con respecto a la formulación del concepto de daño ambiental”*⁶³⁷. El autor divide el daño ambiental en las especies de daño ecológico como resultado bien sea de la alteración diferente a lo presumido, o como resultado de la intervención humana; daño a la salud, daño a las actividades productivas, daño a la seguridad, daño al bienestar, entre otros, que alcanzan bienes que, integrando el concepto de medio ambiente, no se reduzcan a la flora, fauna o minerales. Para Bessa Antunes, el daño ambiental está ligado al de la contaminación, pues ambos pueden ser comprendidos sólo con relación a una determinada realidad previamente establecida, siendo la contaminación entendida por una *“situación de hecho, causada por la acción humana, que altera negativamente una determinada realidad”*⁶³⁸.

Para MIRRA, calificar el daño ambiental implica considerar una máxima amplitud de medio ambiente, que corresponde a tres clases de elementos ambientales: los naturales, como el agua, el suelo, el aire, la flora, la fauna, los ecosistemas, etc.; los culturales, incluyendo los bienes y los valores que integran el patrimonio histórico, artístico, estético, arqueológico, etc.; y los artificiales, entendidos como aquellos que componen el espacio urbano y rural construido o modificado⁶³⁹.

⁶³⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge **Derecho ambiental**: fundamentación y normativa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 45.

⁶³⁷ BESSA ANTUNES, Paulo de. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 182.

⁶³⁸ BESSA ANTUNES, Paulo de. *op. cit.*, p. 174.

⁶³⁹ VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 89.

Marga Tessler ha considerado el daño ambiental de la forma más amplia posible, presentándolo como *“toda la alteración que alcance las formas de vida no humanas, vida animal o vegetal y el medio ambiente en sí, desde el punto de vista físico, estético, sanitario y cultural”*⁶⁴⁰. Así, la autora reafirma que la lesión ambiental no hace únicamente referencia a la vida humana, sino que también podría afectar a otras formas de vida.

Morato Leite sintetizó el daño ambiental como *“toda lesión intolerable, causada por una acción humana, culposa o no, al medio ambiente”*, de forma que esta acción invariablemente alcanza el interés de la colectividad, pudiendo o no, análogamente, afectar intereses individuales⁶⁴¹.

Partiendo de esa imprecisión, es preciso destacar que todas estas corrientes no son excluyentes, sino que por el contrario, se complementan. Annelise Steigleder destaca que el concepto de daño ambiental será más o menos amplio, dependiendo de los intereses preferentemente tutelados en una determinada sociedad. En este sentido, pone de manifiesto el pensamiento de Iturraspe *“si la opción fuerte es por ‘el desarrollo’, tal como se entiende en los países del tercer mundo o en vías de desarrollo, donde se practica en todas sus posibilidades la ‘economía de mercado’, el daño ambiental sancionado que da pie al resarcimiento se reduce o minimiza”*⁶⁴². Por tanto, si se examina la perspectiva antropocéntrica e individualista del derecho clásico, solamente será reparable el daño cuando afecta al patrimonio de personas perfectamente identificables.

⁶⁴⁰ TESSLER BARTH, Marga. O valor do dano ambiental. En: BASTOS DE FREITAS, Vladimir. **O direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 2000. v. 2. p. 167.

⁶⁴¹ MORATO LEITE, José Rubens; MILANI LIMA, Maíra Luísa; CAVALCANTE FERREIRA, Maria Leonor Paes. Ação civil publica termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexos para uma sistematização. En: MILARÉ, Edis (Coord.) **A ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁶⁴² MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 117. Continúa afirmando la autora: *“Se cuida de una perspectiva privatística que no toma en consideración la posibilidad de conferir autonomía al bien ambiental como valor inmaterial, inapropiable. Es el caso de Alemania y de España. En ordenamientos que reconocen el medio ambiente como un bien jurídico susceptible de tutela ambiental, como Francia, Portugal, Chile y Argentina, el concepto de daño ambiental será amplio, dirigido a abarcar cualquier tipo de lesión, patrimonial o extrapatrimonial, al macrobien ambiental”*.

Sin embargo, inciden los daños patrimoniales e inmateriales sobre el daño ambiental, dando origen a la reparación más o menos amplia del ambiente, y que *“consiste, esencialmente, en una perturbación de bienes jurídicamente protegidos; sus relevancias jurídicas y justificación axiológica radican, en último análisis, en la protección que el Derecho concede a un conjunto de bienes en razón de los fines que permiten alcanzar”*⁶⁴³.

Annelise Steigleder, al examinar la insuficiencia de la concepción naturalística aplicada al daño ambiental, sostiene que el mismo debe ser entendido como daño causado a la naturaleza que no necesariamente se traduce en perjuicio a las personas y a los bienes. Refiriéndose a las obras de algunos destacados autores de la doctrina, apunta: *“Así, Prieur refiere que, en la doctrina francesa, el concepto de daño ecológico fue utilizado por primera vez por Despax, preocupado en destacar las particularidades de los perjuicios indirectos resultantes de los atentados contra el ambiente, así como la interdependencia de los hechos lesivos. Posteriormente, se trató el problema de definir si la víctima del daño ecológico sería el ser humano o el medio ambiente, imponiéndose la necesidad de establecer el estatus jurídico de los elementos que constituyen el ambiente, a fin de determinar si tales elementos eran o no susceptibles de protección jurídica. Para Drago, por ejemplo, el daño ambiental sería exclusivamente el daño impuesto a las personas y sus bienes por medio del ambiente. Sin embargo, la doctrina evolucionó para concebir que el daño ambiental no alcanzaba sólo intereses directos de personas determinadas, sino también el interés en la salvaguarda del patrimonio ecológico, debiéndose que reconocer la insuficiencia del derecho individualista en orden a la resolución de los problemas concernientes a la responsabilidad civil por el daño ambiental”*⁶⁴⁴. Por lo expuesto, el daño ambiental es tratado como un daño autónomo a los daños impuestos a los bienes particulares en los que se supera la óptica antropéntrica, en la medida en que su extensión es independiente de las repercusiones.

⁶⁴³ SOUSA CUNHAL SENDIM, José de. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparacão do dano através da restauracão natural**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 72.

⁶⁴⁴ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, pp. 118-119

Además, la doctrina es unánime al afirmar que el cumplimiento de patrones establecidos para determinada actividad, así como la licitud de la actividad no excluye la responsabilidad civil si se prueba que el medio ambiente no ha conseguido absorber y reciclar las agresiones sufridas. Eso no coincide con la adopción de una necesaria tolerabilidad, dado que el límite para la caracterización del daño es establecido, justamente, en base a la capacidad real y concreta del medio ambiente en cuestión. Desarrollando el enfoque de la tolerabilidad, MIRRA expone que *“no todo atentado o agresión al medio ambiente y sus elementos causa necesariamente un perjuicio a la calidad ambiental. El propio medio ambiente es capaz de soportar presiones adversas, puede defenderse hasta cierto punto, un límite, además de lo que sucede a la degradación”*⁶⁴⁵. En ese sentido, recordamos que el principio del desarrollo económico sostenible es de difícil conciliación con los intereses ambientales.

Por tanto, el límite de tolerabilidad aparece como una condición de la existencia de daño, debiendo ser delimitado en cada caso concreto⁶⁴⁶ y teniendo por base la *“receptividad particular de la víctima-medio y de la colectividad que es titular de ese bien de uso común y destinataria de la calidad ambiental”*⁶⁴⁷.

Antonio Cabanillas Sánchez, al estudiar la idoneidad del instituto de la responsabilidad civil para resarcir los daños ambientales, entendido como bien de titularidad colectiva, afirma que: *“sin embargo, en varios estudios hemos tenido ocasión de poner de relieve que también merecen el calificativo de ambientales los daños que sufren los particulares a consecuencia de inmisiones industriales que contaminan el aire, el agua o el suelo, con el consiguiente perjuicio para las personas y las cosas. No cabe duda de que la lesión patrimonial que sufre el propietario de una finca, o la enfermedad que*

⁶⁴⁵ VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. *op. cit.*, p. 100.

⁶⁴⁶ *Idem. Ibidem*, pp. 110-111.

⁶⁴⁷ La legislación brasileña, según lo previsto en la L. 6.938/81, acoge la tolerabilidad en las licencias ambientales y en los estudios de impacto ambiental (EIA-RIMA), que señalan la mitigación de los impactos generados por actividades contaminantes o que presenten un significativo impacto ambiental.

contrae una persona, o incluso su muerte, son repercusiones de la contaminación del medio ambiente a través de inmisiones industriales”⁶⁴⁸.

Así, respetada la tolerabilidad, la doctrina objetiva que los daños ambientales comportan dos especies: los **daños ambientales personales**, también denominados individuales, que son aquéllos sufridos por los individuos en su patrimonio o salud, individualmente considerados, impuestos a las personas identificadas, y los **daños ambientales puros** o, también denominados, ambientales *stricto sentido* o, también, propiamente dichos, que lesionan a una colectividad indeterminada de sujetos, impuestos al medio ambiente en sus componentes inapropiables y apropiables, que afectan al equilibrio ecológico como patrimonio colectivo⁶⁴⁹.

Annelise Steigleder continúa refiriéndose al **daño ambiental lato sensu**, incidente en las dos especies de daños anteriormente indicadas. Partiendo del concepto amplio de medio ambiente, se tiene la noción jurídica de daño ambiental como concerniente *“al patrimonio histórico-cultural, y es un daño autónomo con relación a los daños producidos a los terceros en virtud de la misma degradación ambiental”⁶⁵⁰*. Se trata, pues, de la protección de los intereses difusos donde se comprenden todos los componentes del medio ambiente, incluso el patrimonio cultural. En este sentido, Morato Leite diferencia el daño ecológico puro del *lato sensu*. Con relación al primero, el autor explica que *“el medio ambiente puede tener una concepción restrictiva; es decir, relacionada con los componentes naturales del ecosistema y no con el patrimonio cultural o artificial. En esta amplitud, el daño ambiental significaría*

⁶⁴⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *op. cit.*, p. 46.

⁶⁴⁹ SOUSA CUNHAL SENDIM, José de. *op. cit.*, p. 130, afirma que daño ecológico puro es *“una perturbación del patrimonio natural – en cuanto conjunto de los recursos bióticos y abióticos y de su interacción – que afecte a la capacidad funcional ecológica y a la capacidad de aprovechamiento humano de tales bienes tutelados por el sistema jurídico-ambiental”*-.

⁶⁵⁰ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, p. 122. La autora también apunta que *“Los daños ambientales lato sensu resultan siempre sobrepuestos a los daños ecológicos puros y también a los daños individuales, pues, en las dos hipótesis, estará siendo lesionado el interés difuso adyacente, relativo al mantenimiento de la calidad ambiental. Así, un vaciamiento de aceite en el mar, que produzca la contaminación hídrica y la muerte de peces causará: a) un daño individual a los pescadores que dependen económicamente de la actividad de la pesca – en razón de la existencia de diversas personas ligadas a esa misma situación de hecho, se configura un perjuicio a los intereses individuales homogéneos, donde la nota sigue siendo el individuo -; b) un daño ecológico puro, aunque el ecosistema marítimo se mantenga en sus características esenciales, y c) un daño ambiental lato sensu, ya que el valor ambiental estaría protegido constitucionalmente aunque la calidad del recurso hídrico estaría gravemente afectada”*.

daño ecológico puro y su protección se realizaría con relación a algunos componentes esenciales del ecosistema. Se trata, según la doctrina, de daños que alcanzan, de forma intensa, bienes propios de la naturaleza, en sentido restricto. Con una mayor amplitud, tenemos el daño ambiental lato sensu; es decir, el que concierne a los intereses difusos de la colectividad. Abarcaría todos los componentes, incluso el patrimonial cultural. Así, se protegería el medio ambiente y todos sus componentes”⁶⁵¹.

Al tratar el tema, María del Carmen Sánchez-Friera González enfoca las dimensiones anteriormente examinadas al afirmar que: *“El bien jurídico Medio Ambiente se conforma así, como un bien colectivo, desde el punto de vista de la titularidad de su disfrute, por lo que su defensa será, de entrada, primordialmente de naturaleza pública. Ello explica la afirmación de que el llamado Derecho Ambiental está formado, sustancialmente, por normas de Derecho público. Sin embargo, es precisamente la primacía de intereses colectivos en el Derecho ambiental la que determina en este ámbito la insuficiencia del Derecho privado. Especialmente se considera que, por la amplitud de sus consecuencias, la contaminación desborda los conflictos entre dos partes concretas por amenazar un patrimonio colectivo, lo que motiva la necesidad de un enfoque global del mismo. No cabe, sin embargo, negar el papel que, en este ámbito, puede desempeñar el Derecho privado, ya que la agresión que produce una perturbación del equilibrio de los elementos naturales, originando un perjuicio, o creando peligro de que éste se produzca, envuelve al mismo tiempo y uniformemente a todos aquellos que viven, habitan o trabajan en su radio de acción y a cada persona, considerada en sí misma y en su vida de relación, y por supuesto, las cosas”⁶⁵².*

⁶⁵¹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, pp. 99-100.

⁶⁵² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen. *op. cit.*, pp. 19-20. En la p. 22 de la referida obra, escribe aún la autora que *“Ahora bien, dicho esto, y sin ignorar por tanto la trascendencia del Derecho público en el ámbito medioambiental, no cabe negar el papel que en el mismo puede desempeñar el Derecho privado, si bien los civilistas tenemos que ser conscientes de que las instituciones de Derecho privado juegan un papel más bien secundario en la lucha contra la degradación del medio ambiente, por lo que resultaría engañoso un enfoque exclusivamente iusprivatista del problema, pero también es cierto que algunas cuestiones medioambientales pueden ser resueltas acudiendo a instituciones tradicionalmente pertenecientes al ámbito del Derecho privado, instituciones que están evolucionando, o deben evolucionar, cual es el caso de la doctrina del abuso del derecho, la responsabilidad civil, y las relaciones de vecindad, que empiezan a ser analizadas con una óptica nueva de acuerdo con el llamado Derecho vecinal industrial”*. En la p. 26, continúa la autora: *“Por lo demás, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, los Tribunales civiles han defendido su*

Se observa que un mismo evento puede ocasionar los tres tipos de daños. Ese razonamiento conduce a la conclusión de que el daño ambiental posee autonomía y es distinto de otros daños; es decir, un mismo hecho puede ocasionar ambas especies de daños⁶⁵³. En ese sentido, se hace referencia a los contenidos de los capítulos I y II anteriores, y les emplazamos al capítulo IV de la presente investigación, donde incidiremos en este aspecto.

A partir de esta tesis, a los efectos de clasificación, Annelise Steigleder hace una distinción entre el **daño civil** y el **daño ambiental**: *“daño civil, cuyo objeto material es un patrimonio individual, y el daño ambiental (necesariamente colectivo, por tanto público), cuyo objeto material es un patrimonio de titularidad difusa, destacando que el daño ambiental y el daño impuesto al bien privado no se confunden, pues el primero alcanza el bien, su característica de insustituible, de esencial, de representativo, evocativo, el segundo alcanza el patrimonio de una persona, el conjunto de sus bienes y derechos individuales, aun cuando la ofensa sea moral*⁶⁵⁴. Así como las tres especies de daños pueden incidir concomitantemente, el daño civil, vinculado al daño ambiental personal, puede tener repercusión en el daño ambiental, ligado a los daños ambientales puros y a los daños ambientales *lato sensu*⁶⁵⁵.

predominancia sobre los de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer los problemas que se suscitan en una materia en la que la regulación de carácter público y administrativo es tan numerosa, señalando que el ordenamiento civil ‘tiene primacía en el caso de conflictos entre personas físicas y jurídicas de naturaleza privada y la fuerza atractiva de la jurisdicción civil entra en juego incluso en las cuestiones derivadas de actos en que la Administración no actúa como poder en el ejercicio del ius imperi’, manteniendo que ‘lo que añade a la propiedad privada y su protección es de incuestionable carácter civil a diferencia de lo que afecta a los intereses generales públicos’ ”.

⁶⁵³ SAMPAIO, José Francisco. **Responsabilidade civil e reparaçãõ de danos ao meio ambiente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 103.

⁶⁵⁴ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, p. 123. En el referido pasaje, la autora menciona la obra de MARÉS SOUZA FILHO, Carlos Federico. O dano ambiental e sua reparaçãõ. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1. pp.49-60, 1999 y obra de MILARÉ, Edis. *op. cit.*, p. 335.

⁶⁵⁵ En esta línea, MORATO LEITE, José Rubens. *En: op. cit.*, pp. 101-102, escribe que *“el daño ambiental puede tener una bipartición en lo que se refiere a los intereses objetivados: 1) por un lado, el interés de la colectividad en preservar el macrobien ambiental siendo, pues, llamado daño ambiental de interés de la colectividad o de interés público; 2. por otro lado, el interés particular individual propio, ambos relativos a las propiedades de las personas y a sus intereses (microbien), concerniente a una lesión al medio ambiente que se refleja en el interés particular de la persona y, en el caso, denominado daño ambiental de interés individual; 2.1 también, el interés del particular en defender el macrobien colectivo, teniendo presente un derecho subjetivo fundamental, tutelado a través de la acción popular del derecho brasileño, daño ambiental de interés subjetivo fundamental. Con referencia al daño ambiental, en la concepción de macrobien, éste se asienta en dos presupuestos, subdividiéndose, de acuerdo*

Sin embargo, es preciso aclarar que la mención a la característica pública del daño ambiental no comporta la necesaria titularidad pública sobre los bienes ambientales o legitimidad exclusiva del Estado para la puesta en marcha de acciones judiciales, sino una **“lesión de interés público”**⁶⁵⁶ en razón de la naturaleza difusa, puesto que los bienes de uso común del pueblo quedan afectados en su calidad y cantidad.

Carlos Frederico Marés Souza Filho escribe que *“El bien ambiental o socioambiental, así, puede estar sobrepuesto al bien público, al bien privado, al bien fuera del comercio y al llamado res nullius. Quiere decir, que su existencia es independiente de la naturaleza jurídica de la cosa. Para esta categoría de bien no importa la calidad del propietario; un árbol público puede considerarse inmune de corte tanto como uno privado y, siendo así, ni el propietario público ni el privado podrán cortarlo, así como las cosas que no admiten apropiación pueden convertirse en bienes socioambientales, como el aire, o los peces, o una piedra y esto no significa necesariamente que vengan a poseer dominialidad que, si no es de nadie, debe ser público”*⁶⁵⁷.

Conviene que examinemos más detenidamente el tema de la extensión del daño ambiental. Existe un **daño patrimonial ambiental**, relativo a la restitución, recuperación, o la propia indemnización del bien ambiental que ha resultado lesionado. En ese sentido, Morato Leite subraya que: *“esta concepción de patrimonio difiere de la versión de macrobien, que es de interés de toda la colectividad. Sin embargo, se aplica la versión clásica de propiedad cuando se trate de microbien ambiental, pues se refiere a un interés individual y a un bien perteneciente a éste. Hay que observar que, en esta última hipótesis, el daño ambiental patrimonial está siendo protegido como daño individual ambiental reflejo”*⁶⁵⁸.

con Canotilho, en 1) el daño ecológico es prima facie, producido al bien público, ambiente del que es titular la colectividad; 2) el daño ecológico es, también, el daño sufrido por el particular en cuanto titular del derecho fundamental al medio ambiente y a la calidad de vida”.

⁶⁵⁶ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, p. 123.

⁶⁵⁷ MARÉS SOUZA FILHO, Carlos Frederico. O Dano Ambiental e sua reparacão. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio e Janeiro, v. 1, p. 40-60, 1999. p. 51.

⁶⁵⁸ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 101.

Otro es el **daño extrapatrimonial ambiental (daño moral ambiental)**, que resulta de toda la implicación no patrimonial ocasionada a la sociedad o al individuo en razón de una lesión ambiental. Mário Júlio de Almeida Costa explica que la diferencia entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, es que los primeros inciden sobre los intereses de naturaleza material o económica, reflejándose en el patrimonio del lesionado, al contrario de los últimos, que se reportan a valores de orden espiritual, ideal o moral⁶⁵⁹. Aguiar Días aclara que cuando los daños no corresponden a las características de los daños patrimoniales, se configuran como un daño moral⁶⁶⁰. En esta óptica, Morato Leite trata la subdivisión del daño ambiental extrapatrimonial en **colectivo e individual**, entendiendo que aquél resulta de una tutela del macrobien ambiental y éste del interés del microbien ambiental como daño ambiental extrapatrimonial reflejo⁶⁶¹.

Conforme a lo hasta ahora demostrado, a pesar de la repercusión transindividual que el daño ambiental produce⁶⁶², el instituto de la responsabilidad civil requiere una reformulación de conceptos y perspectivas con relación a su paradigma tradicional, que se muestra inadecuado para las especies.

⁶⁵⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina. 1994. p. 497. El autor también está citado por MORTATO LEITE, *en: op. cit.*, p. 101.

⁶⁶⁰AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2. p. 72.

⁶⁶¹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 101.

⁶⁶² Entendemos que el daño ambiental personal (individual), objeto de la presente temática, también repercute en el ámbito transindividual. Así, a esa especie no obsta la incidencia de la Teoría del Riesgo, pues siendo la actividad causadora de daño la actividad que creó el riesgo, o el peligro o incluso el daño consumado, ésta deberá ser considerada como responsable independientemente de la comprobación de la culpa. Por tanto, incluso las legislaciones que adoptan el paradigma de la Teoría de la culpa están sujetas a una interpretación dirigida a una valoración del bienestar colectivo y para una maximización de las reparaciones. En este sentido, se puede consultar la obra de DE ANGEL YAGÚEZ, Ricardo. **La Responsabilidad Civil**. 2 ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1989. p.34. La adecuación de estas incidencias del paradigma clásico referente a los daños ambientales personales, en que debe haber la comprobación absoluta del daño real y del nexo de causalidad, se hacen más compatibles con respecto a casos de daños o riesgos de carácter eminentemente transindividual en función de la mayor complejidad que presentan estas cuestiones. La distinción entre el daño material individual y el daño ambiental puro consiste en el hecho de que teoría del riesgo estaría sujeta al primero a través de un proceso interpretativo, donde se comprueba y encuadra el concepto dogmático de riesgo para la responsabilidad sin culpa, mientras que en los daños ambientales puros la incidencia de la teoría del riesgo ya es una cuestión pacífica, incluso en las legislaciones (Ley 6.938/81, artículo 14, par/ 1.), habiendo tan sólo la necesidad de comprobación del daño sufrido y el nexo causal entre el primero y la conducta del agente. Ver, también, las pp. 119-121 de la obra citada de MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise.

4.2 Las funciones clásicas de castigar y reparar y la función innovadora de prevenir el daño ambiental en la perspectiva del riesgo

En conformidad con lo que hemos expuesto en el epígrafe 3.1 anteriormente examinado, la función originaria del instituto de la responsabilidad civil es la reparativa, cuando se refiere a la incidencia de los daños materiales, o es compensatoria cuando se refiere a los daños extrapatrimoniales. Sin embargo, también pueden apuntarse otras funciones como inherentes al instituto: son las funciones denominadas como punitivas y preventivas. Así, es posible resumir esa triple función en la reparación (o compensación), punición y prevención (también denominada disuasoria) de los daños.

Annelise Steigleder apunta que en el fundamento para la responsabilidad civil ambiental inciden los elementos de la internalización de las externalidades ambientales negativas (principio del contaminador-pagador), prevención de los daños, reparación integral de los daños, compensación de la sociedad y de las víctimas, supresión del hecho lesivo (fuente del daño ambiental que debe ser evitado), entre otras⁶⁶³. En relación a este punto, Domingos Sávio de Barros Arruda, al tratar acerca de la función cautelar de la responsabilidad ambiental, apunta que en razón del riesgo las funciones ahora tratadas antepone la prevención: la función reparativa reside también en la obligación que se impone al agente responsable por la conducta generadora del riesgo para que adopte todas las medidas preventivas necesarias para la protección del medio ambiente; la punitiva tiene como objetivo el de reprimir todas aquellas conductas que amenazan la integridad del ambiente, imponiendo a los agentes responsables la obligación de alejar los riesgos o incluso de hacer cesar la actividad contaminante; y la disuasoria actúa en conjunto con la reparativa, pues ambas se destinan a imponer al agente la obligación de que adopte medidas de prevención al riesgo generado,

⁶⁶³ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, pp. 177-182.

con sus respectivos e inevitables costes, que serán internalizados por la actividad productiva⁶⁶⁴.

En este punto destacamos lo contemplado en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. En la nota 11, considera que *“La presente directiva tiene por objeto prevenir y reparar el daño medioambiental y no afecta a los derechos de compensación por daños tradicionales otorgados con arreglo a cualquiera de los acuerdos internacionales correspondientes que regulan la responsabilidad civil”*. En la nota 13, también destaca que *“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 identificables. 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”*⁶⁶⁵. De hecho, si

⁶⁶⁴ BARROS ARRUDA, Domingos Sávio de. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 42, ano 2006, pp. 64-65.

⁶⁶⁵ Directiva 2004/35/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.³ En: <http://www.europa.eu.int/eur-lex> - acceso en 23/06/05. En: anexo II, trata del contenido de la reparación del daño medioambiental, con la siguiente redacción: *“El presente Anexo establece un marco común que habrá de seguirse a fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño medioambiental. 1) Reparación de daños: las aguas o a las especies y hábitat naturales protegidos. Por lo que atañe las aguas o a las especies y hábitat naturales protegidos, la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias, entendiéndose por: a) ‘reparación primaria’, toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico; b) ‘reparación complementaria’, toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados; c) ‘reparación compensatoria’, toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto; d) ‘pérdidas provisionales’, las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no pueden desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias. No consiste en una compensación financiera al público. Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales. La reparación de daños medioambientales consistentes*

hubiera solo la incidencia punitiva y de reparación del instituto a los daños ambientales, el instituto sería inocuo con relación a su objetivo y en la perspectiva de la preservación ambiental.

La primera función, reparativa, remonta a los primordios del instituto, cuestión que ya ha sido objeto de estudio en esta investigación. Pasamos pues a ocuparnos sucintamente de los otros aspectos.

La función punitiva, que estuvo siempre presente en la historia del instituto, había sido casi olvidada en los tiempos actuales, con respecto a la definitiva demarcación de los espacios destinados a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil, siendo aquella aplicada a la función punitiva. Sin embargo, en la medida en que comenzó a aceptarse la posibilidad de compensar los daños extrapatrimoniales, se percibió que continuaba vigente la función punitiva de la responsabilidad civil⁶⁶⁶.

Con la destacada difusión contemporánea de la tutela jurídica de los derechos de la personalidad (incluso a través de mecanismos inherentes al instituto de la responsabilidad civil), se recupera la idea de las penas privadas. Facchini Neto, en ese sentido, apunta que de ahí trasciende *“un cierto revival de la función punitiva, habiendo sido precursores los sistemas jurídicos integrantes de la familia de la common law, a través de los conocidos punitive (o exemplary) damages. Se trata, en resumen, de ‘punir’ a alguien por toda conducta practicada, que ofenda gravemente el sentimiento ético-jurídico predominante en una determinada comunidad. Se tiene en cuenta una conducta reprobable pasada, de intensa antijuridicidad”*⁶⁶⁷.

La función disuasoria se distingue de la función punitiva por el hecho que no se refiere a una conducta pasada; sin embargo, por el contrario, intenta

en daños a las aguas o a las especies y hábitat naturales protegidos supone asimismo eliminar todo riesgo significativo de que produzcan efectos adversos para la salud humana”.

⁶⁶⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. *op. cit.*, p. 163 recuerda que *“Para los familiares de la víctima de un homicidio, por ejemplo, la obtención de una compensación económica para el causador de la muerte representa una forma estilizada y civilizada de venganza, pues en el imaginario popular y se dirige también a punir al ofensor por el mal causado cuando él viene a ser condenado a pagar una indemnización”.*

⁶⁶⁷ *Idem. Ibidem.* p. 163.

disuadir conductas futuras. Es decir, previniendo a los ciudadanos acerca de qué conductas deben evitarse en razón de que resultan reprobables en una perspectiva ético-jurídica. Y, por ello, se utiliza el instituto de la responsabilidad civil. Se pone de manifiesto que también las funciones reparativas y punitivas desempeñan una función disuasoria, individual y general, pero *“ese resultado acaba siendo un ‘efecto colateral’, benéfico, pero no necesariamente buscado. En la responsabilidad civil con función disuasoria el objetivo de la prevención general, de disuasión o de orientación sobre conductas a adoptar, pasa a ser el objetivo principal. Sin embargo, el medio para alcanzarlo consiste en la condena del responsable a la reparación/compensación de los daños individuales”*⁶⁶⁸. Así, la condena al pago de un *quantum* indemnizatorio debe, además de reparar el daño, contribuir también a desanimar la repetición de los actos de este porte⁶⁶⁹.

En esta óptica, María Calvo Charro, cuando estudia las sanciones aplicadas en el Derecho Español en el ámbito del medio ambiente, apunta a la prevención general y a la prevención especial. Afirma la autora que *“la función que cumplen, pues, las medidas represivas o sanciones, tanto en la materia medioambiental como en cualquier otra, consiste, por un lado, en amenazar para disuadir a los que intencionada o negligentemente están próximos a la infracción – función conocida como ‘prevención general’-y, por otra parte, y ya en los supuestos de infracción, aparece la responsabilidad correspondiente a la naturaleza de la norma infringida (civil, penal, administrativa) que reprima al sujeto infractor, con base, por un lado, en la garantía de la eficacia de la mencionada ‘prevención general’, y, por otro lado, en la ‘prevención especial’, consistente en que ese sujeto no vuelva a infringir de nuevo la norma”*⁶⁷⁰.

En conformidad con lo ya expuesto en el presente estudio, el instituto de la responsabilidad civil no podría permanecer estático con respecto a la aplicabilidad de la cuestión ambiental, considerando el *estatus* constitucional

⁶⁶⁸ *Idem. Ibidem.* p. 164.

⁶⁶⁹ En este sentido, en la doctrina, se cita también la obra de NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 40/41. Na jurisprudência, a ementa do Recurso Especial 295175/RJ, STJ, 4. T., DJ de 02/04/01.

⁶⁷⁰ CALVO CHARRO, María. **Sanciones Medioambientales**. Madrid: Universidad Carlos III, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999. p. 12.

adquirido por el derecho al medio ambiente (capítulo I), además de la creciente necesidad de socialización de los riesgos producidos en detrimento a este ambiente ecológicamente equilibrado. Gabriela Messina escribe que *“Todo cambio técnico o científico modifica la vida social: los fenómenos científicos y culturales están interrelacionados; no se puede hablar de un cambio económico sin transformación en la vida familiar, la energía o los sistemas ecológicos. Y el derecho de daños va contemplando las nuevas realidades, perfilando tendencias que permiten vislumbrar proyecciones posibles en el futuro”*⁶⁷¹.

Sin embargo, en el mismo sentido en como la responsabilidad civil fue concebida, poco podría aportar con relación a la protección y conservación del medio ambiente, pues su concepción se preocupaba por un escenario de pocas víctimas, regulando las relaciones individuales, con carácter eminentemente patrimonial. El instituto de la responsabilidad civil fue concebido como un conjunto de normas de carácter punitivo que obligaba al resarcimiento del daño causado. Inspirado en el principio del *alterum non laedere* [no causar daño a otros], el Código de Hammurabi, la ley de las XII Tablas, la *Lex Aquilia*, entre otros cuerpos legales, establecieron la obligación de reparar los daños causados por otros como forma de sanción. Conforme a lo ya estudiado, la doctrina suele apuntar que a partir de la revolución industrial del siglo XIX, el instituto de la responsabilidad civil pasó a ser entendido como la institución jurídica que tiene como finalidad, por un lado, la de indemnizar todo el daño o perjuicio que se cause a otros mediante un acto voluntario e imputable y, por otro lado, impedir el abuso de aquéllos que intentan lucrarse a expensas del responsable del daño.

Hay que destacar también que la revolución industrial, el progreso científico y la explosión demográfica acaecida a partir del siglo XIX fueron los principales factores que contribuyeron a la reformulación de la teoría de la responsabilidad civil. De hecho, la utilización de equipos de gran porte en el proceso de producción implicó el aumento de accidentes de trabajo, el

⁶⁷¹ MESSINA, Gabriela Nora Messina de. **La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 247.

progreso tecnológico que ofreció a todos la posibilidad del uso de los automóviles y otros medios sofisticados de transporte que trajeron consigo también un aumento considerable de accidentes de tráfico. Ante una realidad que impone significativas dificultades para la comprobación de la culpa del causador del daño, la doctrina de la responsabilidad subjetiva no ofrecía un instrumental necesario para la protección del lesionado⁶⁷².

En esa línea, María del Carmen Sanches-Friera González apunta la conveniencia de una reparación a través de la protección aquiliana. Sostiene la autora que *“una de las principales objeciones que se hacen a la tutela civil del medio ambiente es su escasa virtualidad preventiva, así se ve con escepticismo la eficacia de los medios de protección que el Derecho civil pueda ofrecer para la prevención del daño a las personas o a las cosas, entendiendo que protege solamente frente al daño causado ya, reparable a través de la tutela aquiliana. Sin embargo la doctrina civilista es unánime al considerar, que debe ser a nivel preventivo donde el Derecho privado despliegue su eficacia. En efecto, el aspecto más importante, a nuestro entender, del tema de las inmisiones no es el de reparar el daño, sino evitar que se produzca, y esto únicamente se consigue si el afectado por la inmisión puede exigir, frente a quien lo causa, que ejercite su derecho dentro de unos límites*⁶⁷³. Así, la teoría de la responsabilidad civil tuvo que ser reformulada y, bajo la óptica económica del Derecho, adquirió una perspectiva distinta, que es la de orientar el desarrollo de aquellas actividades cuyos costes sociales son significativos.

⁶⁷² Para ilustrar mejor situaciones cotidianas, se recuerda que en la industria, el obrero no conseguía probar la culpa de su patrón por el daño sufrido en el ambiente de trabajo; el pasajero accidentado, muchas veces lejos de casa, se quedaba desamparado por no conseguir probar la culpa del transportador; el trabajador bracero sufría una lesión corporal y ya no podía trabajar más al tener serias dificultades en probar la culpa de quien le contrató, entre otras varias situaciones.

⁶⁷³ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLES, María del Carmen. *op. cit.*, p. 23. Más adelante, en la misma página, refuerza la autora ideas a las que había aludido anteriormente: *“Sin embargo el carácter comunitario de los conflictos ambientales pugna con la comprensión individualista del sistema tradicional civil, pensado para resolver conflictos entre particulares. En este tema de lo individual y de lo colectivo reside una de las mayores dificultades que en el ámbito privado encuentra la protección jurisprudencial preventiva del daño por alteraciones ambientales, por cuanto, dentro del marco ideológico liberal del Código Civil, dirigido a la protección de derechos subjetivos, la protección del medio ambiente parece encontrar el obstáculo de que no encajan claramente los conceptos de titularidad y legitimación, ni incluso las situaciones tutelables son previamente delimitables sin una clara referencia a un concreto derecho subjetivo lesionado”*.

Como bien señala Aguiar Días, *“un derecho solo es efectivo cuando su práctica está asegurada; no tener derecho y tenerlo sin poderlo ejercer son una cosa solo”*⁶⁷⁴. Las exigencias de lo cotidiano social implican la necesidad de superación de las dificultades impuestas por la teoría de la culpa⁶⁷⁵. Así, la opción política de proteger a la víctima, que en la mayoría de las ocasiones se queda sin indemnización por no conseguir demostrar la culpa del causador del daño, hizo evolucionar la doctrina en el sentido de encontrar nuevos caminos para el reconocimiento de la responsabilidad.

Considerando los actuales y reconocidos intereses difusos o supradividuales que protegen a una pluralidad de sujetos indeterminados en su individualidad, el instituto de la responsabilidad debe preocuparse por *“llevar implícitos el derecho subjetivo de cada miembro de la sociedad a su buena calidad de vida presente y de las generaciones futuras mediante un desarrollo sostenible”*⁶⁷⁶. Así, el instituto de la responsabilidad civil precisa de la redefinición de sus funciones, de la interpretación de sus presupuestos y de sus objetivos que deben preocuparse por la urgencia de prevenir y reparar los daños ambientales y sus peculiaridades intrínsecas, motivando el contenido del presente capítulo.

Con respecto al paradigma clásico vigente del sistema jurídico y de la responsabilidad civil que la integra, debe haber una apertura cognoscitiva con una consecuente comunicación sistémica en el sentido de maximizar la responsabilidad de los agentes causadores de riesgos, peligros y daños ambientales. El instituto debe evolucionar en el sentido de acoger los valores ambientales reclamados por la sociedad, principalmente en los puntos en los que el paradigma vigente no atiende a la funcionalidad requerida por el Derecho Ambiental. En ese sentido, les resumimos a lo ya expuesto en el capítulo II.

⁶⁷⁴ DIAS AGUIAR, José de. *op. cit.*, p. 24.

⁶⁷⁵ KFOURI NETO, Miguel. *En: Responsabilidade Civil: breves orientações* [on line] - 1998, (Disponible en: www.Jurisforma.com.br, notas htm, acceso: el 02/10/2004), explica la responsabilidad subjetiva: *“como siendo aquella dependiente del comportamiento del sujeto, teniendo por fundamento la acción u omisión culposa del agente, es decir, no basta, para que surja la obligación de indemnizar, el daño y el nexa causal, sino es necesaria la comprobación de que el ofensor haya actuado con dolo o culpa”*.

⁶⁷⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Derecho ambiental**: fundamentación y normativa. Argentina: Abeledo-Perrot, 1995. p. 21

Así, las estructuras teóricas de la responsabilidad civil deben ser sensibilizadas hacia un fomento de innovaciones y variaciones en los elementos que constituyen las estructuras del sistema jurídico vigente. Por tanto, a través de la denominada apertura cognoscitiva (capítulo II), con destacada actuación de la principiología ambiental (capítulo I), aumenta su irritabilidad y sensibilidad del paradigma clásico del instituto; es decir, de la responsabilidad civil subjetiva fundada en la culpa, en la necesidad de comprobación material del daño y del nexo causal de ese con el agente causador, etc., como resultado de un sistema cerrado.

Con relación a la responsabilidad civil ambiental, la apertura del sistema del instituto debe ser orientada por los valores ambientales, haciendo posible el aprendizaje del sistema, incluso con respecto a su clausura operativa. En este sentido, Carvalho afirma que *“Tal perspectiva instrumentaliza la (auto) observación de adquisiciones y procesos evolutivos consecuentes de esta apertura y sensibilización cognoscitiva del Sistema del Derecho y de la responsabilidad civil a las irritaciones cognoscitivas provocadas por las alteraciones producidas en el medio extra-sistémico y de los riesgos producidos por las decisiones en la Sociedad”*⁶⁷⁷. El autor ilustra también algunos puntos del paradigma tradicional que obstaculizan una adecuada tutela jurídica del medio ambiente cuando apunta a los conocimientos de Ramón Martín Mateo que, en el prólogo de la obra de Catalá, presenta los siguientes planteamientos: *“¿Qué se va reparar? ¿Quién lo va a reparar? ¿Quién puede exigir la reparación? ¿Cómo se va a efectuar y cuánto va a costar?”*⁶⁷⁸.

No obstante la necesidad de la redefinición, la realineación del instituto sufre una resistencia por parte de la doctrina y del legislativo que deriva de cuatro aspectos: funcional, con respecto a la visión tradicional que tiene en el instituto un instrumento *“post factum”*, destinado solamente a la reparación, sin preocuparse por la prevención; técnico, pues el instituto, en la

⁶⁷⁷ WINTER DE CARVALHO, Délton. **Assimilação dos Riscos Ecológicos pelo Direito ante uma Perspectiva Sistêmica**. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, orientado por Leonel Severo Rocha. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p. 154.

⁶⁷⁸ MARTÍN MATEO, Ramón. “Prólogo”. En: GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 1998. p.19.

concepción tradicional (culpa de un autor determinado, daño sufrido por una víctima identificada y nexo de causalidad), no está al nivel de la complejidad que exige el daño ambiental; ético, pues en la hipótesis de incidir la indemnización, siendo imposible la reconstitución del bien lesionado, la responsabilidad civil obliga al pago de una pequeña indemnización, comercializándola como tal; y académica, donde por un lado se considera como una tendencia monopolista y egoísta del Derecho Público, estudiando la protección del medio ambiente como de su exclusivo dominio y, por otro lado, una timidez injustificable por parte de los privatistas que abdican de intervenir en esta relevante cuestión que afecta a la humanidad⁶⁷⁹. Sin embargo, cabe destacar que la utilización de una responsabilidad civil revitalizada en la explotación ambiental no resolverá la degradación del Planeta, ni tampoco superará el gran desafío de la irreversibilidad e irreparabilidad que ciertos daños ambientales provocan.

Se hace imprescindible el rescate del instituto de la responsabilidad civil, dado que está dotado de mecanismos eficientes, para la concreción de la protección del medio ambiente. La afirmación encuentra apoyo en el hecho de que la intervención solitaria del Estado no protege adecuadamente el medio ambiente, incluso cuando se adopten las mejores medidas preventivas, pues es normal que accidentes ambientales se produzcan en las más diversas actividades. En el mismo sentido, es perfectamente aceptable que surjan nuevos derechos subjetivos y, al mismo tiempo, constitucionalizados, al exigir el fin de las conductas depredativas al medio ambiente, sea en el control público o privado. Así, se ha valorizado aún más el instituto de la responsabilidad civil en el universo de la protección ambiental, desde el momento en que se produzca a través de un régimen especial, incluso respetando las herencias del instituto.

La protección ambiental, estudiada bajo la óptica de la responsabilidad civil, presenta significativos problemas si lo analizamos en la perspectiva del sistema clásico del instituto⁶⁸⁰: la difícil identificación de los sujetos de la

⁶⁷⁹ HERMAN BENJAMIN, Antônio. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, 1998. ano 3, p. 8.

⁶⁸⁰ La responsabilidad civil presenta características jurídicas desde el inicio del siglo XIX. El instituto de Derecho privado, denominado por la doctrina como responsabilidad civil subjetiva,

relación jurídica obligacional (derechos difusos de tercera generación); la exigencia de la identificación de la culpa del degradador (sistemas jurídicos de algunos países que ya no la exigen); la complejidad del nexo causal; el carácter fluido y esquivo del daño ambiental considerado en sí mismo. En el origen de estos problemas, aún hay dos obstáculos relacionados con la prueba y con el *onus* probatorio de la culpa, del nexo causal, del daño y de los sujetos involucrados. Herman Benjamin apunta que no es fácil definir, con precisión, las fronteras del universo de las víctimas, ya sea por la operación de la causalidad (el daño solo se evidencia años o décadas después del hecho que le dio origen), ya sea por la propia “arquitectura” de la relación jurídica ambiental, pues involucra sujetos aún no nacidos (generaciones futuras). Además, el autor concluye afirmando que resulta tormentosa la definición de los agentes causadores del daño, pues son frecuentes las situaciones que resultan de riesgos añadidos, creados por varias empresas independientes entre sí y, a veces, el riesgo de una simple fuente es insignificante para, por sí solo, producir el daño⁶⁸¹.

En ese sentido hay que entender lo que anteriormente hemos expuesto acerca de la necesidad de adoptar un régimen especial de responsabilidad civil para poderlo aplicar en la esfera ambiental, ejerciendo funciones diferenciadas que atienden a la compensación de las víctimas, tanto en el ámbito colectivo como individual; a la prevención de accidentes ambientales, aplicando el Principio de la Prevención, anteriormente examinado; a la minimización de los costes administrativos del sistema; y a la retribución. Stglitz expone que: *“En rigor a la verdad, la prevención como objetivo prevaleciente es una conquista contemporánea del derecho de daños en general, pero adquiere especial relevancia en orden a la protección de intereses colectivos, pues las técnicas que no inciden directamente sobre la fuente del daño, carecen de idoneidad para satisfacer al grupo social*

en su paradigma clásico, presenta la necesidad de comprobación de sus elementos constituyentes, es decir, la comprobación del daño, considerándose que sin la ocurrencia de un daño real se imposibilita la reparación, la conducta lesiva en la modalidad de acción u omisión, el nexo de causalidad entre la conducta y el daño y, finalmente, la culpa.

⁶⁸¹HERMAN BENJAMIN, António. *op. cit.*, pp. 12-13.

*interesado. Y máxime en materia ecológica, pues los objetivos del derecho ambiental son fundamentalmente preventivos*⁶⁸².

Así, se sostiene que el instituto debe ser rediseñado. Herman Benjamin destaca que *“en la protección del medio ambiente, el instituto ve sus finalidades básicas mantenidas, pero ciertamente rediseñadas, pasando la prevención (y, por las mismas razones hasta el carácter expiatorio) a una posición de relieve, igual a la reparación. Se percibe, entonces, que además de mirar por detrás (juicio post factum), la responsabilidad civil tiene ahora el cuidado de no perder de vista lo que viene por delante. Por consiguiente, pues, además de la simple reparación del daño pasado (limpieza de sitios contaminados por sustancias tóxicas, por ejemplo) para atacar, de una solo vez, también el daño potencial. Es decir, trabaja ya no solamente en el dominio estrecho del daño como hecho pretérito, sino que incluye la preocupación por los costes sociales que puedan producirse en el futuro*⁶⁸³.

Bajo a óptica pretérita y futura, María Calvo Charro, cuando trata de la primacía de la prevención acerca de la represión, escribe que *“tiene en la materia medioambiental una muy especial trascendencia, dado que muchos de los daños ocasionados a nuestro entrono natural devienen irreversibles y, en consecuencia, irreparables ex post, dando lugar a la pérdida de un patrimonio que es común de la humanidad. Efectivamente, la corrección a posteriori de los daños causados al medio ambiente es con frecuencia difícil y costosa; en ocasiones puede requerir el desmantelamiento o la supresión de la obra, la instalación o la actividad causante del daño, a veces irreparable, con perjuicios económicos y sociales importantes*⁶⁸⁴.

Además, ya se ha tratado en el presente trabajo el derecho ambiental bajo una óptica de ruptura del antropocentrismo, expresión que debe ser tratada con una cierta reserva. De cualquier forma, si el estudio del medio ambiente, está siendo desarrollado por una concepción que ve el mundo como

⁶⁸² STIGLITZ, Gabriel A.. El Daño al Medio Ambiente en la Constitución Nacional. *En: Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 320.

⁶⁸³ HERMAN BENJAMIN, Antônio. *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸⁴ CALVO CHARRO, María. *op. cit.*, p. 13.

un todo integrado, centralizado o no en el ser humano (ruptura o no del antropocentrismo), el nuevo diseño que es impuesto a la responsabilidad civil debe adecuarse a esa concepción filosófica que inspira el estudio de la protección ambiental y, así, de nada servirá la mera transposición de la responsabilidad civil tradicional para el área ambiental, pues el instituto se muestra insuficiente para resolver las dificultades relativas a la prueba de la culpa, del nexo causal, del daño y de la identificación de agentes contaminantes y de víctimas.

En ese sentido, Herman Benjamin explica que *“el Derecho Ambiental intenta, al reformar la responsabilidad civil, establecer presupuestos de su eficacia, utilizando, para ello, varios mecanismos: ampliación del rol de los sujetos responsables, adoptándose la solidaridad entre ellos y abriéndose la posibilidad de no tomar en consideración a la persona jurídica; flexibilización del universo de eventuales víctimas, reconociéndose el interés de sujetos estraperlistas; permisivo para el alejamiento integral de la exigencia de la culpa; facilitación de la prueba de la causalidad (incluso con inversión del ‘onus probandi’); redefinición del concepto del daño e institución de formas innovadoras para su liquidación; agotamiento de las hipótesis de exclusión; modelado peculiar para los remedios reparativos, poniendo especial énfasis en la reconstitución del bien lesionado; un régimen propio para la prescripción y decadencia; seguro obligatorio o mecanismo análogo en algunas actividades peligrosas; facilitación del acceso a la justicia para los perjudicados por los daños ambientales; institución de fondos compensatorios para las futuras víctimas; y multa civil”*⁶⁸⁵.

A pesar de las dificultades de implantación, el sistema reparativo conduce a una alteración de prioridades del instituto, cuando se adecua al sistema jurídico de protección ambiental, pasando de la **reparación a la prevención y de la indemnización a la restauración**. Además, hay que reconocer que el instituto de la responsabilidad civil se mantiene en la retaguardia, en función mediata, como reserva legal para ser utilizado en el momento del fallo o de la insuficiencia de la intervención estrictamente pública que, a su vez, continúa teniendo las funciones inmediatas de establecer

⁶⁸⁵ HERMAN BENJAMIN, Antônio. *op. cit.*, p. 21.

obligaciones negativas y positivas, imponiendo la evaluación de los impactos ambientales, determinando las prohibiciones genéricas, estructurando los patrones e instituyendo planes de emergencia. En esta visión, la responsabilidad civil será siempre la de complementar el esquema publicístico, debiendo ser estudiado y aplicado dentro de una forma coordinada con los sistemas de responsabilidad administrativa y criminal.

Dentro de las nuevas funciones de la responsabilidad civil, hay una fuerte influencia de los principios que forman el Derecho Ambiental. Así, bajo las enseñanzas de los principios del contaminador-pagador y de la prevención, no basta ya con reparar, sino que se trata de que el mal que causó el perjuicio cese, además de que la responsabilidad civil ambiental ejerce un efecto difuso de prevención, puesto que los sujetos del ordenamiento tenderán, desde luego, a evitar todas las situaciones en las que se multiplican las eventuales hipótesis de riesgo.

Como derecho social que es, indisponible e inalienable, tenemos la preservación de una adecuada calidad del medio ambiente y la finalidad precaria del derecho ambiental. Así, el aspecto preventivo domina sobre el represivo. Puesto que, mientras exista la posibilidad de evitar el daño ambiental, ese objetivo habrá de ser perseguido como si fuese único, estando ligado al implementador del derecho ambiental – pena de responsabilidad criminal y civil solidaria – que consienta con la producción del daño, aunque busque su ulterior reparación⁶⁸⁶.

Procediendo, pues de esta acción, el principio de la prevención que rige el derecho ambiental y reviste de gran importancia los mecanismos administrativos de defensa del medio ambiente, tales como las licencias y el estudio previo del impacto ambiental. A pesar de la preponderancia del aspecto preventivo, tal como es no siempre posible. Tanto que, innumerables son las situaciones en las que la sociedad se encuentra con daños ambientales ya materializados, algunos de ellos incluso irreversibles.

⁶⁸⁶ CIOCCHETTI DE SOUZA, Motauri. **Interesses Difusos em espécie**: temas de direito do consumidor ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 38-39.

Al tratar el derecho ambiental, hay dos formas de composición del daño: la recuperación del medio ambiente lesionado (aspecto reparativo) o la percepción de indemnización. Sin embargo, incluso pudiendo ser usadas en conjunto, existe entre ellas una jerarquía, derivada ésta de la importancia del patrimonio que engloba toda la humanidad. Así, de la misma forma que la prevención prefiere la composición, el aspecto reparativo debe siempre tener superioridad con relación al resarcitorio, puesto que la indemnización no tiene como objetivo el de recobrar el daño social causado. Claro que *“no basta indemnizar, sino hacer cesar la causa del mal, pues una cantidad de dinero no sustituye el sueño recuperador, la salud de los bronquios o la buena formación del feto”*⁶⁸⁷.

Conviene recordar también que en la explotación ambiental, independientemente de la función de la responsabilidad civil, incide la teoría del riesgo, que consiste en la responsabilidad de la persona física o jurídica por la eclosión de un daño tan sólo por el riesgo potencialmente creado con ocasión de la realización de su actividad. De esa forma, poco importaría si la empresa estuviera ejerciendo sus actividades en el marco de la más estricta legalidad, siguiendo todos los patrones reglamentarios vigentes: si de su actividad derivara un daño (como casos de sordera en la población circundante), su responsabilidad civil sería patente, no limitando en su defensa la obediencia a los patrones ambientales legalmente estipulados.

En las funciones de la responsabilidad civil ambiental, incide el estudio del caso fortuito y de la fuerza mayor que son circunstancias excluyentes de la responsabilidad civil del derecho común.

Siendo así, *“la fuerza mayor se refiere al hecho de la naturaleza, superior a las fuerzas humanas (por ejemplo, la ruptura de las barreras naturales como consecuencia de la precipitación pluviométrica anormal),*

⁶⁸⁷ LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 232.

*mientras el caso fortuito se refiere a la obra de la casualidad (por ejemplo, la ruptura de una pieza de una turbina o la explosión de un reactor)*⁶⁸⁸. Es preciso analizar en este caso las consecuencias que el episodio de fuerza mayor o el caso fortuito pueden generar en el ámbito de la responsabilidad civil ambiental. A pesar de sus efectos que excluyen la responsabilidad civil común, cuando se examina la responsabilidad objetiva, las implicaciones que derivan de estos casos son bastantes distintas.

Cabe resaltar, de inicio, que el caso fortuito y la fuerza mayor actúan, por regla general, sobre el elemento volitivo del agente; es decir, son circunstancias que excluyen la culpabilidad. Pues bien, la culpa no es un elemento de responsabilidad civil en el ámbito del derecho ambiental; es decir, *“la obligación de reparar independientemente del análisis de la subjetividad del agente”*⁶⁸⁹, el motivo por que como se evidencia, en esa hipótesis no pueden la fuerza mayor o el caso fortuito ser argumentados en pro del causador del daño⁶⁹⁰.

Sin embargo, podrán producirse situaciones en las que la fuerza mayor o el caso fortuito excluyan la propia acción; es decir, hay un resultado lesivo, pero no es imposible identificar una acción humana positiva como su causador⁶⁹¹. Por consiguiente, *“verificado el accidente ecológico, ya sea por fallo humano o causa técnica, ya sea por obra de la casualidad o por fuerza de la naturaleza, debe el emprendedor responder por los daños causados,*

⁶⁸⁸ MILARÉ, Édís. **Ação civil pública**: Lei nr. 7347/85: reminiscência e reflexão apos dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.212.

⁶⁸⁹ *Idem. Ibidem.* p. 212.

⁶⁹⁰ La Promotora de Justicia del Medio Ambiente de Santos tuvo que enfrentarse a una interesante situación sobre este tema. Durante la apertura de la Autopista Rio-Santos, en el actual Municipio de Bertioga, un bloque rocoso se desprendió de una pedrera explotada por la contratista Firpavi que trabajaba en la obra -, llegando a alcanzar el oleoducto de la Petrobrás, el cual se rompió y contaminó una vasta región de manguezais.

Uno de los temas esgrimidos por la defensa de la empresa era el de fuerza mayor, consistente en el acentuado índice pluviométrico del lugar en la época del evento.

La alegación terminó por ser rechazada en la decisión judicial, precisamente por los motivos expuestos en el texto.

⁶⁹¹ MILARÉ, Édís. *op. cit.*, p.212. Em el mismo sentido, v. SOUZA PASQUALOTTO, Adalberto de. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. *En*: HERMAN BENJAMIN, Antônio (org.) **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 457.

puediendo, cuando sea posible, volverse contra el verdadero causador, por el derecho de regreso, cuando se trate de hecho de tercero” ⁶⁹².

Introduciendo el examen de la teoría del riesgo en el estudio de la fuerza mayor y del caso fortuito, los objetivos del Derecho Ambiental son reforzados por los fundamentos preventivos, cuya atención está dirigida hasta el momento anterior al de la consumación del daño, o incluso del propio riesgo. Además, el reconocimiento y la aplicabilidad de ese principio en la esfera de la responsabilidad civil ambiental resulta de la incidencia de la dimensión temporal que incide sobre el dominio de la protección ambiental (capítulo I), pues no es posible olvidar que existe la preocupación por el presente y por las futuras generaciones y, así, daños de la actualidad podrán revelar resultados catastróficos solamente del futuro. Por tanto, considerando que el estudio del Derecho Ambiental es caracterizado como resultado de los derechos generacionales, donde cada generación es titular para las futuras generaciones, el estudio de la protección de las víctimas potenciales o futuras constituye una necesidad real y **no una mera especulación teórica-académica**.

Maria Alexandra Aragão de Souza⁶⁹³, entiende que las generaciones presentes detentan los recursos naturales (*res communes*) a título fiduciario, de forma que deben ser dejados a las futuras generaciones tal como fueron encontrados, preservándose tanto la variedad como la abundancia, como, también, la propia calidad o el estado de conservación de los bienes. Considerando el estado de degradación al que el ambiente ha llegado, la responsabilidad intergeneracional debía ir, además, en el sentido de no dejar a las futuras generaciones el ambiente tal como fue recibido, sino intentar recuperar su calidad, aproximándolo a un nivel esperado.

⁶⁹²En este mismo sentido, al tratar acerca de la concepción de las leyes brasileñas en el ámbito ambiental, concretamente en lo que se refiere a la ley 6938/91, Toshio Mukai expone que “el legislador, deliberadamente o no, erigió, en la materia, la teoría de la responsabilidad integral; es decir, el contaminador es responsable sin culpa con respecto a la víctima y sin el respaldo de la fuerza mayor. Ello porque el texto legal dice textualmente ‘independientemente de la existencia de culpa’, lo que significa, ‘sin indagación de la culpa de quienquiera que sea’. Si el texto dijera ‘responsabilidad sin culpa’, podía entenderse como acogida la teoría del riesgo administrativo; es decir, aun habiendo culpa de la víctima, la responsabilidad estaría excluida”⁶⁹². En: MUKAI, Toshio. Aspectos jurídicos da proteção ambiental no Brasil. **Justitia**, São Paulo, v.122,1984. pp. 126-132.

⁶⁹³SOUZA ARAGÃO, Maria Alexandra de. **O princípio do poluidor-pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1997. p. 31.

Michael Bothe⁶⁹⁴ escribe que la incertidumbre y la preocupación por los usos futuros del medio ambiente son los motivos que engendran y autorizan la visión preventiva de la responsabilidad civil ambiental. La incertidumbre se debe al hecho de que las medidas contra los daños ambientales se toman sólo cuando estos ya se han producido o están a punto de producirse y la situación ya podría encontrarse en un cuadro de irreversibilidad; o bien, en el caso de que no se encuentre en una situación de irreversibilidad, las medidas de remedio ulteriores probablemente podrían resultar mucho más caras de lo que hubieran podido ser las medidas preventivas. Con relación a la preocupación por los usos futuros del medio ambiente, el autor entiende que si la capacidad regenerativa es usada siempre en el límite de la violación del principio de la prevención, no serán posibles nuevos usos para los bienes ambientales. Estas dos consideraciones están relacionadas con la equidad entre generaciones, pues si no se adoptan medidas preventivas porque los impactos negativos de cierta actividad son inciertos, el coste será pagado por las futuras generaciones.

4.3 La internalización de los costes ambientales derivados de la función preventiva de la responsabilidad civil ambiental

Cuando tratamos acerca de la responsabilidad civil ambiental, hay que destacar lo que ya hemos expuesto en relación al principio del contaminador-pagador que, así como el principio de la prevención, también legítima la redefinición del instituto. Conforme a lo estudiado en el capítulo I, el principio del contaminador-pagador establece que el causador de la contaminación y de la degradación de los recursos naturales debe ser el responsable principal por las consecuencias de su acción.

Para Herman Benjamin, el principio del contaminador-pagador *“determina que los costes de la contaminación no deben ser externalizados,*

⁶⁹⁴ BOTHE, Michael. Forest Preservation and the Precautionary principle: questions of international and comparative law. *En*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 3., 1999, São Paulo. *Anais...* IMESP, 1999, p. 295.

haciendo que los precios de mercado reproduzcan la totalidad de los costes de los daños ambientales causados por la contaminación – o mejor, los costes de la prevención de esos perjuicios. A su vez, el principio del usuario-pagador, partiendo del principio contaminador-pagador, establece que los precios deben reflejar todos los costes sociales del uso y agotamiento del recurso. En el sistema tradicional, la regla es la que agota un recurso común y no compensa la colectividad que es titular de este mismo recurso. Sin embargo, en términos técnicos tenemos una hipótesis de subsidio que puede ser evitada sólo si el usuario paga por el consumo del bien, que es de todos, incorporando, como es el caso del principio del contaminador-pagador, tal coste en el precio final de sus productos y servicios”⁶⁹⁵.

El objetivo de este principio es hacer que los costes de las medidas de protección del medio ambiente -las externalidades ambientales (conjuntos de efectos indeseables inherentes a la producción),- repercutan en los costes finales de productos y servicios, cuya producción está en el origen de la actividad contaminante, haciendo que los agentes que han originado las externalidades asuman los costes impuestos a otros agentes productores y/o consumidores e implicando la denominada internalización de los costes ambientales al agente contaminador. Las externalidades deben entenderse como los costes sociales del proceso de desarrollo y que, a través del principio del contaminador-pagador, pasan a ser computadas en el precio final de los productos y servicios, diciéndose, entonces, que estos costes son internalizados. Ahí, complementa Maria Alexandra de Souza Aragão que *“internalizar las externalidades ambientales negativas significa hacer que los perjuicios, que para la colectividad proceden de la actividad desarrollada por los contaminadores, sean soportados por éstos como verdaderos costes de producción, de tal modo que las decisiones de los agentes económicos acerca del nivel de producción lo sitúen en un punto más próximo del punto socialmente óptimo, que es inferior”⁶⁹⁶.*

⁶⁹⁵ HERMAN BENJAMIN, Antônio. O Princípio do Poluidor-Pagador e a reparacão do dano ambiental. En: _____. **Dano Ambiental**: prevençã, reparacão e repressã. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p.228.

⁶⁹⁶SOUZA ARAGÃO, Maria Alexandra de. *op. cit.*, p.42.

La autora también apunta que el principio del contaminador-pagador, como inherente al instituto de la responsabilidad civil, tiene un sentido preventivo, buscando la precaución que debe adoptarse cuando exista sólo la sospecha de que una actividad pueda provocar daños ambientales y que concierne, principalmente, a las actividades peligrosas, y sobre todo cuando existe la certeza de que el daño haya sido provocado por una determinada actividad y que abarca, especialmente, el control de la contaminación gradual o crónica que por un efecto de acumulación puede hacerse aguda, conduciendo a la ruptura del equilibrio ecológico⁶⁹⁷.

Sin embargo, también hay otro sentido, denominado reparador, que implica que los contaminadores deban soportar los costes de las medidas públicas de reposición de la calidad del ambiente perdida (descontaminación), como la reconstitución *in natura*, o, cuando ésta no sea posible, la reparación de los daños ambientales que no han sido evitados o prevenidos, hecho que implica el necesario **auxilio económico de las víctimas**, objeto del presente trabajo. Aquí, se inserta el pensamiento de Goldenberg, sintetizando el cuadro ahora expuesto y el contenido del punto anterior 3.1.2.2, (la teoría del riesgo en la sociedad solidaria): *“En la dimensión actual del instituto de la responsabilidad civil cobra particular relevancia el principio de ‘solidaridad’, que históricamente vendría a corresponderse con el de fraternidad que consagra la Revolución Francesa de 1789. Con esta óptica conceptual, la solidaridad es concebida no como un deber de comportamiento en sentido técnico, sino como principio de determinación de algunas situaciones jurídicas susceptibles de tutela resarcitoria, y ello conduce a la moderna noción de ‘riesgo social’⁶⁹⁸.*

Los contaminadores deben soportar, también, los costes administrativos asociados; es decir, deben soportar financieramente todos los gastos públicos y particulares relacionados genéricamente con la protección del ambiente tanto *a priori* como *a posteriori*. No obstante, el objetivo principal del principio del contaminador-pagador no es la reparación o incluso la represión del daño ambiental, ambas examinadas en la óptica retrospectiva,

⁶⁹⁷ *Idem Ibidem*. p. 45.

⁶⁹⁸ GOLDENBERG, Isidoro H. Los Riesgos del Desarrollo en Materia de Responsabilidad por Productos y el Daño Ambiental. *En: Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997. p. 345.

sino la prevención del daño ambiental, **haciendo que la actividad de preservación y conservación ambientales sea más económica que la propia degradación ambiental** y, así, proteger el presente y a las futuras generaciones.

De esta forma, la responsabilidad civil por daños al medio ambiente debe tener incidencia, siempre considerando los factores de la singularidad de los bienes ambientales alcanzados, de la imposibilidad de cuantificar el precio de la vida y, principalmente, que la responsabilidad ambiental debe tener un sentido pedagógico tanto para el contaminador como para la propia sociedad. Sólo en el caso de que resulte imposible la recomposición *in natura* del bien ambiental, puede admitirse la indemnización mediante una suma monetaria que, económica o idealmente, sustituye el bien.

La simple ecuación financiera como fórmula para que se haga la reparación del daño es absolutamente inadecuada, pues varios factores recomiendan que se obligue al contaminador, cuando sea posible, a restablecer el daño provocado. En primer lugar porque surge la dificultad, y tal vez la imposibilidad, de valorar un bien ambiental; en segundo lugar porque, aun cuando pudieran cuantificarse los costes de la extinción de una especie, resultaría insuperable la dificultad de sustituir la vida perdida, considerando su carácter de infungibilidad.

En relación a este punto, cabe hacer una referencia al instituto de la responsabilidad civil como coste comercial y coste social⁶⁹⁹. En la lógica de la economía, toda actividad humana causa, por simple que sea, un coste y un beneficio⁷⁰⁰ que, a su vez, puede afectar únicamente a quien realice la actividad que la genera o a terceros. Cuando un acto afecta a terceros, causándole costes o beneficiándole gratuitamente, se produce lo que en el lenguaje económico se denomina externalidad.

⁶⁹⁹ Hay una referencia a los sistemas jurídicos y económicos, al tratar de estudiar las normas y las instituciones jurídicas a través de una perspectiva diferente; es decir, la económica, con el propósito de establecer la eficiencia que puede ser puesta de manifiesto por el sistema jurídico. Aquí, recordamos lo citado en el capítulo II del presente estudio.

⁷⁰⁰ En el lenguaje jurídico se afirma que generan pérdidas, daños y ventajas patrimoniales.

Así, podemos definir el coste social y el coste comercial. Para Osterling Parodi, *“por coste social se entiende las molestias, gastos, pérdidas o daños que la producción de un bien o un servicio generan a la sociedad. La internalización del coste social determina que los individuos consideren las consecuencias de sus actos y que adopten, por tanto, medidas de prevención del daño. En este sentido, el coste social asumido por la empresa no comprende únicamente el pago indemnizatorio del daño, sino también una serie de gastos a los que podría denominarse costes **preventivos** (destinados a evitar el eventual daño), costes de reparación (destinados a resarcir el daño ya causado) y coste administrativo o judiciales (destinados a solucionar los problemas generados)”*⁷⁰¹. A su vez, el autor explica que el coste comercial es aquél que tiene un bien o un servicio puesto en el mercado, incluyendo los gastos que se suponen en su proceso de producción, tales como con la materia prima, la mano de obra, los tributos, la publicidad, entre muchos otros. Entonces, concluye el autor que *“Sin embargo, el coste social que una regla de responsabilidad obligue a asumir a una determinada empresa, será trasladado al coste comercial del bien o servicio que lo produce, ya sea mediante un sistema de seguros, un sistema de precios u otro similar. Así, el coste comercial incluirá, además, el coste social”*⁷⁰².

Por tanto, el problema resulta del alto nivel que el coste social puede generar en el coste comercial, en la medida en que sería susceptible retraer la demanda de ciertos bienes y servicios, ya que es el consumidor quien termina asumiendo el coste social al adquirir el bien o el servicio. Por tanto, hay una confrontación con las paradojas entre los sistemas jurídico y económico (capítulo II) y, paralelamente, con los riesgos que eventuales decisiones jurídicas implican a las sociedades presentes y futuras. En la tesis de Alterini y López Cabaña, *“la cuestión atinente a los montos indemnizatorios muestra intereses contrapuestos en conflicto: **los de la víctima, con su natural pretensión al resarcimiento y los de quien participa en el proceso productivo y de comercialización**, quien, como mecanismo para la*

⁷⁰¹ OSTERLING PARODI, Felipe. Responsabilidad Civil: Costo Comercial y Costo social. En: **Responsabilidad por Daños en Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997 p. 56.

⁷⁰² *Idem. Ibidem.* p. 57.

*distribución de la eventualidad de tener que satisfacerlos, tiene la posibilidad de acudir al seguro; de cualquier manera, sea por cálculo matemático de los costos probables de la indemnización, sea por el costo mismo de las primas del seguro, el tema incide en definitiva en el precio del producto*⁷⁰³. Ahora, con respecto a estas consideraciones, se hace manifiesto que el **instituto de la responsabilidad civil adquiere una virtualidad decisiva sobre un comportamiento económico determinado, revelándose el sistema jurídico cuando se examina bajo la óptica del sistema económico.**

Por consiguiente, tal y como sucede en el ámbito privado, la reparación del daño causa un beneficio a la víctima y un coste al causador del daño, un sistema (jurídico) de *“responsabilidad civil ineficiente podría generar graves consecuencias sociales y, a su vez, el coste social de un sistema de responsabilidad civil eficiente podría desalentar aquellas actividades económicas que, a pesar de generar daños, son necesarias a la sociedad”*⁷⁰⁴. En este sentido, se analizan los sistemas del instituto de la responsabilidad civil ambiental a través de los costes y los beneficios, tal como se hace en el sistema económico. Por tanto, al haber un daño individual, se aplica la responsabilidad objetiva, con la inversión del *onus* de la prueba, debiendo ser pagada una indemnización justa a la víctima, y no exorbitante como defienden algunos. Sin embargo, los hechos deben ser apurados en conformidad con las consecuencias generadas a la sociedad.

Entonces, bajo la óptica económica, la evolución del sistema objetivo de responsabilidad puede generar mayores costes sociales que un sistema subjetivo de responsabilidad. Sin embargo, hay un factor relevante: a la sociedad interesa un sistema de responsabilidad que sea justo y eficiente, que evite la producción de daño ambiental futuro y que, paralelamente, inicialmente genere menores costes a la sociedad y, después, al causador del daño. Así, define Osterling Parodi que *“Lo expuesto determina que los sistemas de responsabilidad –objetivo y subjetivo- deben evaluarse con la*

⁷⁰³ ALTERINI Y LÓPEZ, Cabana. Responsabilidad civil por daño al consumidor. En: **Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: La Ley, 1988. pp. 259-260.

⁷⁰⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. *op. cit.*, p. 58.

*mayor ponderación, buscando incesantemente un justo término medio aristotélico*⁷⁰⁵.

En el ámbito de la Comunidad europea, debe registrarse la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, acerca de la responsabilidad medioambiental y en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. La Directiva considera que actualmente existen muchos lugares contaminados que representan significativos riesgos sanitarios y la pérdida de la biodiversidad es cada vez más creciente. Considerando los principios de la prevención y del contaminador-pagador, pero sin dejar de contemplar el principio del desarrollo sostenible (capítulo I del presente estudio), la directiva tiene en su objeto un *modus* reparativo en conformidad con las circunstancias locales. El principio fundamental de la Directiva consiste en que el operador, cuya actividad cause daños al medio ambiente o una amenaza inminente, sea declarado responsable desde una óptica financiera con el fin de adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos que producen los daños. Así, el objetivo que la Directiva presenta es el de establecer un marco común para la prevención y la reparación de los daños ambientales a un coste razonable para la sociedad⁷⁰⁶.

Finalmente, hay que recordar, también, que los conflictos internos del sistema jurídico son constantes y, cuando se tratan las cuestiones inherentes al medio ambiente, los conflictos se potencian en razón de la especificidad de tratarse de una rama interdisciplinariamente constituida. Es decir, donde inciden conceptos del Derecho Constitucional, del Derecho Civil, del Derecho

⁷⁰⁵ *Idem. Ibidem.* p. 60.

⁷⁰⁶ Directiva 2004/35/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. En: <http://www.europa.eu.int/eur-lex> - acceso el 23/06/05. En la nota 18, la Directiva considera que *“de acuerdo con el principio de ‘quien contamina paga’, un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Cuando una autoridad competente actúe por sí misma o a través de un tercero en lugar de un operador, dicha autoridad debe garantizar que el coste en que haya incurrido se cobre al operador. Procede igualmente que sean los operadores quienes sufraguen en último término el coste ocasionado por la evaluación de los daños medioambientales y, en su caso, por la evaluación del riesgo inminente de que tales daños se produzcan”*.

Administrativo, del Derecho Penal, del Derecho Procesal, del Derecho Tributario, entre otros, aumentando la complejidad internamente estructurada.

Así, el instituto de la responsabilidad civil actúa como un elemento unificador de la teoría y práctica a través de una orientación sistémica (capítulo II), debiendo evolucionar a través de una visión dirigida no sólo al pasado (programación condicional), bajo la óptica de un paradigma jurídico tradicional, sino también pasando por ese paradigma, sobretodo por la visión constructivista de futuro, suministrando al Derecho la capacidad de manejar la complejidad y el riesgo de las cuestiones ambientales.

4.4 El sistema objetivo de responsabilidad ambiental incidente en la probabilidad de daño – función preventiva

Desarrollando una doctrina de índole social (preventiva – punto 3.3), la teoría objetiva fue concebida en el sentido de sostener la obligación al resarcimiento independientemente de la culpa (punto 3.1.1) y considerando que el hombre integra una colectividad y que el causador del daño debe considerarse en su relación con las individualidades que lo circundan⁷⁰⁷.

La incidencia del instituto de la responsabilidad civil extracontractual con el medio ambiente ha pasado a ser mucho más profunda con respecto a lo que sucede con problemas entre vecinos en razón de olores o ruidos, con la circulación de humo o de un riachuelo que contamina una plantación y otros considerados de menor relieve. Se recuerda, también, que se eleva la función preventiva de la responsabilidad civil ambiental y la consecuente internalización de los costes ambientales.

⁷⁰⁷ La teoría objetiva fue concebida al final del siglo XIX, por la doctrina alemana, pero se consolida mediante la sistematización de algunos autores franceses que defienden tal doctrina y con valiosas contribuciones de autores tales como Raymond Saleilles y Louis Josserand, cuyas actuaciones pasaron a ser consideradas como el marco inicial de la teoría de la responsabilidad objetiva.

En la perspectiva de la dogmática jurídica, el riesgo pasa a adquirir la función de agente influyente en la estructura que presenta el paradigma clásico de la responsabilidad civil que, como sabemos, está tradicionalmente inmerso en la teoría de la culpa. La asimilación de la teoría del riesgo pasa a ejercer la función de garantizar un medio ambiente equilibrado, con la maximización de las responsabilidades civiles a las acciones sociales, sustituyendo la connotación de cuño moral que tiene en la noción de culpa un elemento intrínseco, subjetivo. En ese sentido, al escribir sobre la responsabilidad civil objetiva, comparándola y diferenciándola del aspecto moral que encuentra abrigo en la noción de responsabilidad civil fundada en la culpa, Hart sustenta que *“el derecho puede, en nombre del bienestar de la sociedad, imponer una indemnización a aquél que haya causado daños a otros incluso cuando, aunque sólo moralmente y en cuanto cuestión de justicia, podría juzgarse como no debida. Se dice frecuentemente que este es el caso; es decir, cuando la responsabilidad es objetiva o, exenta de intención de causar daño o no se ha empleado diligencia”*⁷⁰⁸.

La responsabilidad civil objetiva fomenta la estabilización de criterios para un proceso evolutivo de variación y selección de indeterminaciones en estructuras sistémicas altamente complejas como las relaciones conflictivas entre el derecho privado *versus* el derecho público, derecho subjetivo *versus* intereses transindividuales. Así, actúa como un instrumento de solución de los conflictos que se ha producido en el ámbito del sistema jurídico.

Cabe observar que la especie objetiva no ha sustituido la subjetiva y que la responsabilidad civil puede ser fundamentada tanto en la culpa como en la situación de riesgo, en conformidad con la situación fáctica. Aguiar Días enseña que *“Culpa y riesgo son títulos, modos, casos de responsabilidad civil. No importa que la culpa conserve la primacía, como fuente de responsabilidad civil, por ser su caso más frecuente. El riesgo no puede ser repelido, porque la culpa muchas veces es, bajo pena de sancionarse una injusticia, insuficiente*

⁷⁰⁸ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp.180-181.

como generadora de la responsabilidad civil”⁷⁰⁹. La exención de la investigación de la culpa en la especie objetiva no significa desprestigiar las demás exigencias inherentes al instituto de la responsabilidad civil, pues continúa existiendo la necesidad de que produzca un daño injusto (ilícito o lícito), vinculado a un nexo de causalidad en razón de la conducta del responsable.

Aguiar Días resalta que la *“situación deseable es la del equilibrio donde impera la conciliación entre los derechos del hombre y sus deberes para con sus semejantes. El conflicto de intereses no es permanente, como quiere hacer creer la doctrina extremista, pero ocasional. Y cuando sucede, entonces, sin ninguna duda, lo que ha de prevalecer es el interés de la colectividad. No se puede aceptar, continúa el jurista, que el derecho de uno puede perjudicar a otro, puede sobrepasar los límites de la normalidad y hacer de su titular un pequeño monarca absoluto”*⁷¹⁰.

No se aprecia subjetivamente la conducta del contaminador, sino el acontecimiento del resultado perjudicial al hombre y a su ambiente. La actividad contaminante acaba siendo una apropiación por el contaminador de los derechos de otros, pues en efecto la emisión contaminante representa una confiscación del derecho de alguien de respirar aire puro, beber agua saludable y vivir con tranquilidad. Por ello, resulta necesario que se analicen oportunamente las modalidades de reparación del daño ecológico, pues muchas veces no basta con indemnizar, sino es necesario hacer cesar la causa del mal, pues una cantidad de dinero no sustituye el sueño recuperador, la salud de los bronquios, o la buena formación del feto, como ya hemos indicado anteriormente.

Sin duda, la fórmula del riesgo es más apropiada que la de la responsabilidad civil cuando se trata de daños ambientales, pues el instituto de la responsabilidad subjetiva no atiende a las necesidades de una sociedad contemporánea en la cual la defensa del medio ambiente se considera como

⁷⁰⁹ AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, p. 42.

⁷¹⁰ *Idem. Ibidem.* pp. 78-79.

una totalidad; es decir, una defensa global extra-sistémica (capítulo II), debe estar presente en todas las manifestaciones del desarrollo social, ante la necesidad de la dificultad e inadecuación, en estos casos, de la comprobación del elemento moral de la culpa. Por eso, en el intento de reducir la complejidad para hacer posible la operacionalidad del sistema, la dogmática jurídica ha efectuado una simplificación de la noción de riesgo, que consiste en una distinción con relación a la culpa con el objetivo de provocar la irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con la intención de indemnizar a las víctimas de los daños y con la de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce.

Alvino Lima apunta que la solución ha implicado *“distanciarse del elemento moral, de la investigación psicológica, de lo íntimo del agente, o de la posibilidad de previsión o de diligencia, para poner la cuestión bajo un aspecto hasta entonces no debidamente estudiado; es decir, bajo el punto de vista exclusivo de la reparación del daño”*⁷¹¹. De esa forma, se ha elaborado una teoría en la que el daño y su reparación consiguiente ya no son vinculados a la culpabilidad, sino que han pasado a ser ligados al propio hecho causador de la lesión del bien jurídico tutelado.

Cavaliere subraya que *“riesgo es peligro, es probabilidad de daño y es importante decir que aquél que ejerce una actividad peligrosa, debe asumir todos los riesgos y reparar el daño consecuente a esta actividad. La doctrina del riesgo puede ser, entonces, así condensada: todo el perjuicio debe ser atribuido a su autor y reparado por quien lo causó, independientemente de haber o no actuado con culpa. Se resuelve el problema en la relación de causalidad, que dispensa de cualquier juicio de valor sobre la culpa del responsable, que es aquél que materialmente causó el daño”*⁷¹².

La peligrosidad debe ser contrastada objetivamente, por su propia naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, y no en virtud del comportamiento negligente o imprudente de quien actuó; es decir, la

⁷¹¹ LIMA, Alvino. *op. cit.*, p. 115.

⁷¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 141-142.

peligrosidad debe ser una calidad preexistente, intrínseca, y no eliminable. El hombre prudente solamente puede reducir tal peligrosidad, sin conseguir extinguirla. Al escribir sobre actividades peligrosas, Carlos Alberto Bittar sostenía que *“debe ser considerada peligrosa aquella actividad que contenga en sí una grave probabilidad, una notable potencialidad dañosa, con relación al criterio de la normalidad media y revelada por medio de estadística, elementos técnicos y de experiencia común”*^{713 714}.

En ese contexto de riesgo y peligro, se pasó a tener una preocupación por la propia víctima, en el sentido de proporcionarle una reparación justa por el daño que le fue causado, y no la aplicación de una pena a aquel que causó el perjuicio. **Destacamos que la teoría del riesgo se ha construido a partir de un cambio de paradigma en el que el foco de atención es trasladado del autor del hecho perjudicial hacia la propia víctima** ⁷¹⁵. En esta perspectiva, los daños económicos contemporáneos determinan la responsabilidad fundada sobre la ley económica de la causalidad entre el provecho y el riesgo. La teoría objetiva ha evolucionado hacia la concepción de que la responsabilidad debía surgir exclusivamente del hecho, siendo la culpa considerada como un resquicio de una primitiva confusión entre responsabilidad civil y responsabilidad penal.

La teoría de la responsabilidad objetiva, por sus efectos pragmáticos, conquistó más y más adeptos, implicando el enriquecimiento de su soporte dogmático. Actualmente, es explicada a través de modalidades, ambas

⁷¹³ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985, p. 89.

⁷¹⁴ Resultan también pertinentes las manifestaciones del Prof. PIETRO TRIMARCHI sobre el Código Civil Italiano: *“en el ejercicio de cualquier actividad peligrosa se puede pensar en la adopción de medidas complementarias de seguridad, además de aquellas con relación a las cuales se exige, por un criterio de razonabilidad, su adopción. Se puede pretender que los controles sean hechos de modo cada vez más minucioso y frecuente; los dispositivos de seguridad pueden ser multiplicados, y otros, más nuevos y complejos, pueden llegar a ser adoptados. Pero hay un límite razonable a todo ello: allá donde el riesgo residual es suficientemente escaso, teniendo en cuenta – una apreciación puntual – la utilidad social de tal actividad, en comparación con el coste excesivo de ulteriores medidas de seguridad que pueden adoptarse, dicha actividad perdería su importancia hasta el punto de llegar a paralizarse. Además de ese límite, ciertamente existen medidas también posibles de ser adoptadas y aptas para reducir el riesgo, pero no se puede hablar de culpa si tales medidas no son puestas en marcha. Por consiguiente, si la responsabilidad civil se impone así, ya no podrá estar fundada en la culpa”*. En: TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961, p. 277.

⁷¹⁵ GALVÃO ROCHA, Fernando. *op. cit.*, p.164.

fundamentadas en la denominada teoría del riesgo, dentro de las cuales son estudiadas las teorías del riesgo administrativo, del riesgo-provecho, del riesgo excepcional, entre otros, ya abordados en el presente capítulo (punto 3.1.2). Por consiguiente, considerando el contenido del epígrafe 2.3, inicialmente serán planteadas algunas consideraciones sobre la teoría dogmática del riesgo. Debido a la necesidad de maximización de las reparaciones y a las dificultades comprobatorias de los daños de carácter difuso, se utiliza la responsabilidad objetiva en la aplicación de la tutela de un medio ambiente equilibrado, exonerándose la víctima de la comprobación de culpa *lato sensu* por parte del agente causador.

Así, con el propósito de producir una resonancia a las irritaciones provocadas por la necesidad de evolución del sistema jurídico para acoger bien las cuestiones inherentes al medio ambiente, el riesgo ha pasado a ser considerado como una forma especial de observación y aprendizaje, atribuyendo una dimensión preventiva para una sociedad contemporánea caracterizada por los riesgos de sus decisiones⁷¹⁶.

Stiglitz, explica que *“Uno de los desarrollos decisivos del derecho con respecto a los daños modernos, lo constituye la superación de la Idea de culpa, como único factor de atribución, dando paso a los regímenes de responsabilidad objetiva. La atribución ‘sin culpa’ es un mecanismo determinante en el sistema de la tutela civil del ambiente. La responsabilidad civil clásica, fundada únicamente en la culpabilidad subjetiva, ha venido a suponer durante toda una etapa histórica un obstáculo para que los damnificados accedieran fluidamente a la indemnización; principalmente en el ámbito de actividades de alto potencial nocivo (por ejemplo, contra el medio ambiente), pero sustraídas en principio a evidencias de culpabilidad, que*

⁷¹⁶ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. *op. cit.*, p. 303, tomando precisamente como referencia la obra de Wilson de Melo Silva, sostiene que *“en opinión de Teisseire, la responsabilidad civil se impone tan sólo de patrimonio a patrimonio. El ciudadano no será alcanzado por la obligación de reparar los daños cometidos sólo porque es titular de una razón, de un querer, de una libertad, sino tan sólo porque es titular de un patrimonio. Otros autores prefieren sostener la responsabilidad objetiva no con fundamento en el riesgo, sino en la anormalidad del acto. Wilson Melo Da Silva expresa su discordancia, afirmando que el único fundamento adecuado para la responsabilidad objetiva es el riesgo, y afirma que resulta difícil aquilatarse a la normalidad o anormalidad de un acto.*

quedaban por ende fuera del sistema resarcitorio, garantizando al contaminante un margen de provecho, a costa de la seguridad de la población. [...] Por ello la evolución hacia una responsabilidad objetiva por daño ambiental constituye un eficiente **mecanismo de internalización**, que impone inexorablemente al contaminante el costo de recomposición, operando entonces como sistema de **prevención indirecta**, ya que la acción resarcitoria motiva, como amenaza o coacción psicológica-económica, a no producir actos antijurídicos, lesivos del medio ambiente”⁷¹⁷.

4.4.1 La extensión de la teoría del riesgo con respecto a la probabilidad del daño

No obstante la concordancia relativa a la incidencia de la teoría del riesgo, existen varias controversias con respecto a la extensión del riesgo. En este aspecto, los debates en torno a la responsabilidad civil por hecho de terceros constituyen uno de los puntos controvertidos de la teoría del riesgo. En relación a esta cuestión conviene transcribir algunas líneas de Baracho Júnior, inspirado en la obra de Wilson Melo Da Silva, “*para analizar el tema, el autor parte de la distinción hecha por los adeptos de la teoría clásica entre la lesión por hecho propio y la lesión por hecho de terceros. En su opinión, cuando los adeptos de la culpa acogen la responsabilidad por hecho de terceros al lado de la responsabilidad por hecho propio, no obstante el recurso a la idea de ‘culpa presumida’, estarían afirmando verdaderos casos de responsabilidad sin culpa: ‘Aquí la brújula es la equidad, la solidaridad. Son los intereses sociales del grupo y el bien común los que predominan y no, sólo, los intereses egoístas del simple particular, del hombre egocéntrico. El hecho de terceros estaría así abarcado por la teoría del riesgo, pero condicionado, en la*

⁷¹⁷ STIGLITZ, Gabriel A.. El Daño al Medio Ambiente en la Constitución Nacional. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. pp. 318-319. El autor también fundamenta la posición en conformidad con el contenido del capítulo I del presente trabajo, al escribir, en la p. 319, que: “*bajo esta concepción, los recursos ambientales eran considerados como dádivas de la naturaleza (de uso gratuito, o costo marginal cero), y el acto contaminante como ‘incupable’, asignado a las fuerzas de la naturaleza*”.

*visión del autor, al vínculo jurídico entre el causador directo del daño y aquél que responde por él*⁷¹⁸.

En lo que se refiere a la extensión del riesgo, la causa del daño también ha suscitado destacados debates, y debe ser identificada la causa como única o como resultado de múltiples causas cuando, como regla, es establecida la solidaridad entre los agentes en razón de un mismo efecto producido. Sin embargo, cuando se está ante causas múltiples sucesivas, o también denominadas concausas, la cuestión se muestra más compleja. Para solucionar el problema de la causalidad jurídica, han surgido tres teorías: la de la **'equivalencia de las condiciones'**, la de la **'causalidad adecuada'** y la de los denominados **'daños directos e inmediatos'**.

En ese sentido, valiéndose de la obra doctrinaria de Wilson Melo Da Silva, Baracho Júnior explica que *"La teoría de la equivalencia de las condiciones sostiene que en la hipótesis de un daño resultante de causas múltiples, sucesivas, podrían aparecer como la verdadera causa del daño todas ellas en un solo tiempo o cada una de ellas aisladamente"*. Wilson Melo Da Silva apunta diversas críticas a tal teoría y afirma: *'la teoría de la equivalencia de las condiciones, al no tener ninguna restricción a la amplia regla del establecimiento de la relación de causa y efecto entre condiciones necesariamente dependientes una de las otras, aunque lógica, puede conducir a resultados aberrantes dentro del derecho'*. Como reacción a la doctrina de la equivalencia de las condiciones ganó cuerpo la teoría de la causalidad adecuada. Según tal teoría, el agente solamente sería responsable cuando pudiera evaluar, como hipótesis, las condiciones aptas a causar un daño. Wilson Melo Da Silva designa esa teoría como *'subjetiva'*, no configurándose efectivamente como una hipótesis de responsabilidad sin culpa. En su opinión, la teoría de la causalidad adecuada no ofrecería un contingente mayor de seguridad en la solución del problema de la definición de las causas del daño. Entiende el autor que es la teoría de los daños directos e inmediatos el deseable medio-término, el factor de estabilidad y de más razonable análisis de la cuestión. Tal teoría implica la existencia, entre la inexecución de la

⁷¹⁸ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de. *op. cit.*, p. 303.

obligación y el daño, de una relación de causa y efecto, directa e inmediata. Estaría presente en esa teoría la idea de interrupción del nexo causal, que se produciría toda vez que se espera un determinado resultado, como consecuencia normal del desarrollo de ciertos acontecimientos, y donde la aparición de una nueva circunstancia –presente con anterioridad-, es aquella que en definitiva va a responder por ese mismo esperado resultado”⁷¹⁹.

Las situaciones concretas en que se verifica la responsabilidad objetiva están agrupadas en dos segmentos. En el primero, a través de los accidentes producidos en el desarrollo de actividades en sí mismas susceptibles de crear riesgos a terceros, donde encontramos las denominadas actividades peligrosas. En el segundo segmento están los daños causados a terceros, que son subordinados o bien son otros agentes vinculados a la actividad, cuyos daños podrían ser evitados si se procediera con los cuidados debidos. En ese caso, el daño no resultaría de una actividad peligrosa propiamente dicha, sino perjudicaría sólo a la persona que soportó el daño. En ambos casos, la responsabilidad incidiría sobre aquél que creó el riesgo de actividad.

Esta tesis reside en la doctrina española. Perales sostiene que las actividades peligrosas pueden tener lugar a través de tres vías que fundamentan la responsabilidad objetiva mediante el riesgo creado: cuando el peligro reside en la cosa en sí misma considerada, adoptándose el ejemplo de las actividades con explosivos; cuando el peligro consiste en la posición en la que la cosa está instalada, como es el caso de los productos que colocados aisladamente son inocuos, pero juntos se convierten en un peligro tóxico; cuando el producto es defectuoso. Se trata de actividades no propiamente peligrosas. El otro fundamento adoptado por la doctrina española para la imposición de la responsabilidad objetiva es el denominado *cuius est commodum eius est incommodum*, según el cual el que desarrolla actividades

⁷¹⁹ *Idem. Ibidem.* pp. 304-305.

lucrativas debe soportar los perjuicios derivados de esta actividad, prevaleciendo los intereses generales sobre los particulares”⁷²⁰.

El riesgo de la empresa es tan importante como el factor de atribución de responsabilidad que, en casos especiales, llega a justificar que se prescindiera de un nexo de causalidad, bastando probar el daño. En esas situaciones, el empresario responderá por los daños no causados por su organización, pero que guardan conexión tan estrecha con la actividad desarrollada que aún pueden ser considerados riesgos propios de la referida actividad. En esta situación, incide la posibilidad de una responsabilidad objetiva agravada, también denominada riesgo integral, que se diferencia de la normal, pues en ésta la responsabilidad cesa cuando el daño resulta del hecho que, comprobadamente, sea externo, impredecible e irresistible (caso fortuito o fuerza mayor), incluyendo aquí hechos de terceros e, incluso, hechos del propio lesionado.

En el caso de responsabilidad civil objetiva integral, la obligación persiste incluso con la incidencia de caso fortuito, fuerza mayor, hechos de terceros y hechos del propio lesionado, interesando solamente que puedan ser considerados riesgos propios de la actividad que esté en causa ⁷²¹. Por tanto, según esta teoría, el agente está obligado a indemnizar aun cuando no haya un nexo de causalidad adecuado entre la actividad y el daño producido, salvo se si prueba que no existe conexión entre el hecho producido y la actividad ejercida por él⁷²².

⁷²⁰ PERALES, Carlos Miguel. **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente**. 2.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. pp. 207-210.

⁷²¹ OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de. p. 321 escribe que en la doctrina jurídica brasileña hay una tendencia en el sentido de orientar la responsabilidad civil objetiva hacia una teoría del riesgo integral; sin embargo, se admiten exclusiones de responsabilidad, como el caso fortuito y la fuerza mayor. También CATALÁ, (*op. cit.*, pp. 129-145), refiere que existen previsiones más amplias con relación a las excluyentes, como, por ejemplo el 'Convenio de Lugano' (Consejo Europeo, de 18 de marzo de 1993), que establece como excluyentes de responsabilidad los actos de guerra, fenómenos naturales excepcionales, inevitables e irresistibles, intervención dolosa de un tercero, cumplimiento de orden o medida imperativa de autoridad pública, contaminación aceptable según circunstancias locales, interés del perjudicado, culpa contributiva de la víctima y el estado de desarrollo tecnológico en que se encontraba determinada actividad, posibilitando al emprendedor la prueba del estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento del incidente que no permitían conocer la existencia de sustancias peligrosas o riesgo significativo.

⁷²² NORONHA, Fernando. Trabajo no publicado sobre responsabilidad civil, divulgado en el curso de especialización en Derecho Civil en la “Universidade do Vale do Rio dos Sinos” - Unisinos.1999. pp. 384-390.

4.4.2 La responsabilidad civil objetiva ambiental y el carácter preventivo en algunas legislaciones del mundo

La mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo han acogido la responsabilidad objetiva en virtud de los daños ambientales, bajo la modalidad de la teoría del riesgo creado. Sin embargo, en muchos ordenamientos hay una tendencia a imputar la responsabilidad objetiva únicamente en los casos de actividades peligrosas.

Conforme a las orientaciones de la propuesta de la Directiva de la Comunidad Europea a través del Libro Verde ⁷²³ en materia de residuos, la nota común que caracterizaba los sistemas nacionales de responsabilidad por daños al medio ambiente era la tendencia a la asunción de la responsabilidad, fruto de una avanzada interpretación jurisprudencial que se basa en la teoría del riesgo⁷²⁴, *“acompañada, en ocasiones, de determinadas leyes generales o*

⁷²³ ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, Antonio, al escribir el artículo titulado La responsabilidad civil referida al medio ambiente en el marco de la Comunidad Europea. **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 1997, n. 87, p. 167, recuerda que *“a partir de la configuración de la ‘mejora de las condiciones de vida y trabajo’ como uno de los objetivos establecidos en el Tratado de Roma, por el que se instituía en 1957 la Comunidad Económica Europea, se ha ido perfilando de modo progresivo una acción comunitaria en materia de medio ambiente. Inicialmente, las disposiciones adoptadas dentro del denominado Derecho comunitario derivado y relacionadas con el medio ambiente tenían una evidente conexión con la libertad de circulación de mercancías, en tanto que rasgo básico caracterizador de una unión aduanera, tal como se proponía en el Tratado fundacional. Así, so pretexto de las disposiciones adoptadas en productos químicos peligrosos, vehículos de motor y detergentes, diferentes Directivas fueron adoptadas en base al artículo 100 del Tratado, referido a la armonización y aproximación de las legislaciones de los Estados miembros ‘que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común’[...]. El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y ratificada por España el 9 de diciembre de 1986 (BOE de 3 de julio de 1987), incorporaba al Tratado de Roma los nuevos artículos 130R a 130T bajo el Título VII sobre ‘Medio Ambiente’, por los que se definían los objetivos y los elementos de las acciones comunitarias encaminadas a la protección del medio ambiente. En concreto, y según los términos del artículo 130R.2, ‘la acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma de los ataques al medio y de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente será un componente de las demás políticas de la Comunidad’. El último punto hace referencia implícita a las políticas comunitarias en agricultura, desarrollo regional y energía”.*

⁷²⁴ GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Elcano-Navarro: Editorial Aranzadi S/A, 1998, pp.117-118.

*sectoriales que consagran la responsabilidad objetiva de los sujetos sometidos a su ámbito de aplicación”*⁷²⁵.

Después, el Libro Blanco de la Comisión, del 9 de febrero de 2000, y el Convenio del Consejo de Europa, establecen la responsabilidad objetiva del productor de residuos, sin contemplar un sistema generalizado. La Comisión justificó la elección de este sistema atendiendo al panorama vigente en los Convenios internacionales y en la tendencia observada en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, explicando el cambio de la concepción subjetiva hacia la objetiva a través del principio del contaminador-pagador, principalmente a través de la internacionalización de los costes como mecanismos de reparación capaz de imputar los daños causados por una actividad económica al responsable que explota tal actividad⁷²⁶. El Libro Blanco concluyó que la opción más adecuada y preferente consiste en la adopción de una Directiva como marco comunitario que contemple, por un lado la responsabilidad objetiva por daños ambientales derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubra con circunstancias que eximen y atenúan tanto los daños tradicionales como los causados al medio ambiente) y, por otro lado, que también regule la responsabilidad por culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades peligrosas. Se destaca que el Libro Blanco impone una dualidad de regímenes: responsabilidad objetiva para las actividades inherentemente peligrosas y responsabilidad por culpa cuando los daños deriven de actividades peligrosas.

En Portugal, la protección jurídica del medio ambiente se hace viable a través de la protección general de los derechos de personalidad (art. 70 del

⁷²⁵ CABANILLAS Sánchez, Antonio (en: *op. cit.*, p. 151), escribe que *“El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico apunta que la característica principal de la legislación de los Estados miembros de la CEE es permitir establecer una responsabilidad objetiva”*.

⁷²⁶ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.104. En la p. 105, continua la autora: *“En todo caso, hay que tener en cuenta que la Propuesta de Directiva, el Libro Verde de la Comisión y el Convenio del Consejo de Europa justifican el tránsito de una concepción subjetiva a otra objetiva en el principio ‘quien contamina, paga’cuanto como mecanismo de reparación ‘capaz de imputar los daños ocasionados por una actividad económica a la persona que explota tal actividad’. Naturalmente, como es fácil de adivinar, el rigor de un sistema de responsabilidad objetiva provocará un efecto preventivo en relación con la adopción de normas de seguridad que en última ratio reducirán el factor de riesgo que fundamenta el establecimiento de un sistema de responsabilidad tan severo”*.

Código Civil portugués), de los derechos de vecindad (arts. 1346 1347 del referido dictamen) y con base en la responsabilidad civil subjetiva, como regla general. Sin embargo, Annelise Steigleder explica que *“en los casos de actividades peligrosas, el art. 493 del Código Civil establece una presunción de culpa del agente, que puede ser eludida mediante la demostración de que se emplearon todas las medidas preventivas exigidas por las circunstancias. Se prevé, excepcionalmente, la responsabilidad objetiva con relación a accidentes con material nuclear o radioactivo. Sin embargo, más allá de las causas de fuerza mayor, la responsabilidad será excluida por la prueba de que, al tiempo en el que el daño fue causado, aquellas instalaciones, equipo y material estaban en perfecto estado de conservación y fueron utilizados de acuerdo con las reglas técnicas en vigor”*⁷²⁷. La autora continúa recordando que el principio del contaminador-pagador, pasó a fortalecer la Ley de Bases del Ambiente - LBA, a pesar de carecer de reglamentación. La referida ley impone al agente causador del daño ambiental la obligación de asumir las consecuencias de su acción u omisión, sea directa o indirectamente. En la regulación del art. 41 –2, se adopta la responsabilidad civil objetiva, en conformidad con las más recientes teorías de la responsabilidad sin culpa, donde el acto practicado por el agente causador del daño no es susceptible de juicio de censura, sino que debe existir la indemnización por los daños causados a terceros, como en el caso de las actividades consideradas peligrosas.

En Alemania⁷²⁸, desde 1990 se fortalece la *Umwelt HG*, Ley de Responsabilidad que consagra la responsabilidad civil objetiva y se destina, sobre todo, a la reparación de daños sufridos por personas como consecuencia de agresiones ambientales resultantes de actividades peligrosas. Prevé el artículo 1: *“Si alguien sufre la muerte, daño personal o daño a sus propiedades debido a un impacto ambiental emitido por una de las instalaciones contenidas en el Apéndice 1, el propietario de la instalación será responsable frente a la víctima por los daños causados”*. Gomís Catalá explica

⁷²⁷ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op.cit.*, p. 200.

⁷²⁸ CABANILLAS Sánchez, Antonio, *en: op. cit.*, p. 151, subraya que: *“en el marco de la tendencia objetivadora de la responsabilidad civil por daños ambientales, es especialmente importante la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990, que con suma claridad señala la responsabilidad de determinadas instalaciones, mencionadas en el anexo I, que por influjos al medio ambiente causan la muerte de alguien, lesiones en el cuerpo o la salud o daño en alguna cosa”*.

que “efectivamente, los artículos 823 y 906 del Código Civil alemán constituyen la normativa básica sobre responsabilidad civil en Derecho alemán, el primero desde un punto de vista general y el segundo en el marco de las buenas relaciones de vecindad. En ambos supuestos, la jurisprudencia fue desvirtuando el tenor subjetivo original de estos artículos mediante el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, lo que deriva en la práctica en un sistema de responsabilidad objetiva”⁷²⁹. Así, fue establecido un sistema de responsabilidad objetiva de alcance material limitado, atendiendo el criterio del ejercicio de actividades peligrosas.

En Francia hay leyes especiales previendo la responsabilidad objetiva en los casos de transporte marítimo de hidrocarburos y de energía nuclear. Gomís Catalá recuerda que como en varios otros países continentales, “la responsabilidad por daños al medio ambiente utiliza en sus orígenes los principios recogidos en el Código Civil relativos a la responsabilidad por daños en general para, con posteridad, adoptar leyes especiales que instauraron un sistema de responsabilidad objetiva en relación con determinadas actividades de riesgo”⁷³⁰. También se ha constatado un movimiento en la jurisprudencia francesa en el sentido de que se adopta la responsabilidad civil objetiva para los problemas ambientales surgidos a través de la industrialización.

En Holanda, el Código Civil contempla un sistema general de responsabilidad subjetiva basada en la culpa, constituyéndose la objetiva para los casos de actividades o sustancias peligrosas, según prevé el artículo 1403 de su Código Civil. Además, el Tribunal Supremo Holandés se ha posicionado en el sentido de adoptar la inversión del *onus* de la prueba al agente contaminador cuando se presume la culpa del sujeto. Se registra, también, que la sección 6.3.2 del nuevo Código Civil establece un sistema general de responsabilidad objetiva para todo aquél que posea, use o controle bienes defectuosos, incluyendo bienes muebles, edificios y sustancias ⁷³¹.

⁷²⁹ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 126.

⁷³⁰ *Idem. Ibidem.* p. 118.

⁷³¹ *Idem. Ibidem.* p.119.

Italia presenta las mismas características observadas en Holanda y Francia, basando la responsabilidad civil en el sistema general de la culpa, pero en conformidad con lo contemplado en los artículos 2050 2051 del respectivo dictamen civil adopta la responsabilidad civil objetiva para el ejercicio de actividad peligrosa y al daño causado por una cosa que el agente tiene en su custodia. Por su parte, la jurisprudencia también ha adoptado la inversión del *onus* de la prueba⁷³².

En España⁷³³, la responsabilidad por daños ambientales se presenta bajo dos perspectivas: por un lado, el ordenamiento civil busca la reparación de los daños ambientales en la medida en que estos provoquen daño a la persona o a sus bienes y, por otro lado, el ordenamiento administrativo, integrado por numerosas leyes especiales de protección ambiental, impone sanciones al responsable, obligándole a indemnizar el daño⁷³⁴. La regla general es la de la responsabilidad subjetiva, pero el Tribunal Supremo también está asentando en el principio de la responsabilidad objetiva, fundada en la teoría del riesgo⁷³⁵.

PERALES recuerda la naturaleza objetiva de la responsabilidad civil ambiental a través de lo previsto en el artículo 1.908 del Código Civil español: *“Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1. Por explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida*

⁷³² *Idem.Ibidem.* p.120.

⁷³³ Llama la atención que una parte significativa de la responsabilidad civil, la relativa a las obligaciones civiles derivadas del daño originado por el delito, se encuentre regulada dentro del Código Penal. Ello se debe a razones históricas: en la Constitución española de 1812 se preveía la promulgación de los Códigos penal, civil y de comercio, pero entre los dos primeros se produjo un importante desfase temporal, ya que el primer Código Penal español data de 1822, pero el Código Civil no vio la luz hasta 1889, lo que dio lugar a que el texto penal tuviera que dar cabida, en principio temporalmente, a algunas figuras civiles, entre ellas la responsabilidad civil derivada del hecho dañoso, para poder dotarlas de fuerza legal y evitar que siguieran estando regidas por normas históricas. Pese al objetivo de provisionalidad que inspiraba la ubicación de la responsabilidad civil dentro del Código penal, hoy en día sigue formando parte de este. *En: POZUELO PÉREZ, Laura. La Reparación del Daño al Medio Ambiente. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Madrid, Montecorvo, Año XXXVI, n. 191, ene./fev. 2003. p. 152, nota 37.*

⁷³⁴ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, p. 200.

⁷³⁵ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *En la p. 470 de la op. cit.*, cuando se ocupan de la responsabilidad por actividades industriales de carácter peligroso o nocivo destacan: *“cabe englobar bajo esta rúbrica algunos casos de actividades industriales de naturaleza peligrosa o nociva. La mayor parte de los que nuestro Código civil recoge son explosiones de máquinas y daños ocasionados por sustancias gaseosas. La responsabilidad atañe según el Código al ‘propietario’, aunque de acuerdo con el destino y la naturaleza de las cosas nocivas más parece que se trata de un empresario en el ejercicio de una empresa.*

*diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3. Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias contaminantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen*⁷³⁶. Sin embargo, Díez Picazo y Gullón observan que el criterio utilizado en el artículo 1908, 1, es el de la responsabilidad por culpa, observando que debido al riesgo creado, la culpa se presumirá; en el 2, la responsabilidad si hace viable y se establece por su forma excesiva y su carácter nocivo; en el 3, también parece estar viabilizada la responsabilidad, de la cual el propietario queda exonerado solamente cuando concurren circunstancias de fuerza mayor; en el 4, la responsabilidad permanece subjetiva o culposa, pues el legislador insiste en la falta de precaución⁷³⁷.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN cuestionan si es posible aplicar el artículo 1.908 a otras hipótesis que no se encuentren especialmente comprendidas en el referido dispositivo o si las demás actividades peligrosas deben ser encasilladas en la regla general del artículo 1.902. Responden que *“debe ser de la aplicación del artículo 1.908. Siempre que una actividad industrial sea peligrosa o insalubre, la responsabilidad ha de producirse de acuerdo con los criterios más estrictos que presiden algunos de los preceptos citados (inmisión en la esfera ajena, infracción reglamentaria, etc.)*⁷³⁸.

PERALES también se ocupa de los cuatro pilares sobre los cuales se apoya el Tribunal Supremo Español: la inversión del *onus* de la prueba, con la presunción de culpa del causador del daño; la consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no resulta suficiente para exonerar la responsabilidad, pues la producción del daño revela que falta algo para prevenir; apreciación de la prueba conforme al principio que beneficia la parte más débil, en el caso de la víctima del daño ambiental;

⁷³⁶ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.211.

⁷³⁷ DÍEZ PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio. *op. cit.*, p. 470.

⁷³⁸ *Idem. Ibidem.* p. 471.

elevación del nivel de exigencia, que exige el agotamiento de las medidas de diligencias posibles y socialmente adecuadas⁷³⁹.

CATALÁ escribe, también, que muchas sentencias del Tribunal Supremo, como forma de hacer objetiva la responsabilidad civil por los daños ambientales, utilizan la inversión del *onus* de la prueba al agente contaminador, llegando a afirmar que la mera existencia de daños, cuando se trate de actividades de riesgo, es prueba suficiente de que no se actuó diligentemente⁷⁴⁰.

Annelise Steigleder cuando se interesa por la conexión entre la actividad y el daño ambiental en el Derecho español, afirma que *“la responsabilidad es viabilizada por medio del Derecho Administrativo sancionador. En el ámbito del Código Civil español, se prevé responsabilidad objetiva mediante tres vías distintas: a) cuando el peligro reside en la cosa en sí misma considerada, como, por ejemplo, los explosivos; b) el peligro consiste en la posición en la que una cosa está colocada, como en el caso de los productos que, separados, son inocuos, pero que juntos se convierten en un peligroso tóxico; c) productos defectuosos. En estos casos, el fundamento de la responsabilidad objetiva es el riesgo creado”*⁷⁴¹.

En Brasil, es cuestión pacífica la adopción de la responsabilidad civil objetiva para la incidencia de cualquier especie de daño ambiental. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina ha entendido que hay una responsabilidad civil objetiva agravada, integral, tesis que deriva de la Constitución Federal que ha elevado el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado a la categoría de derecho fundamental de la persona humana, implementándose los principios de la prevención y del contaminador-pagador. Así, Milaré escribe que *“la obligación a reparar el daño independientemente del análisis de la subjetividad del agente y, sobre todo, por el solo hecho de existir la actividad de la cual se produjo el perjuicio. El contaminador debe asumir integralmente todos los riesgos que derivan de su*

⁷³⁹ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.200.

⁷⁴⁰ GOMÍS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, pp.121-123.

⁷⁴¹ MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. *op. cit.*, p. 201.

*actividad, como si esto fuera un comienzo de la socialización del riesgo y del perjuicio. El interés público, que es la base del Derecho Ambiental, encuentra en la responsabilidad civil objetiva una forma de convivencia con la actividad particular dirigida, normalmente, al lucro*⁷⁴².

En la vigencia del antiguo dictamen civilista brasileño, se repetía la lección según la cual el fundamento de la responsabilidad civil era la culpa, siendo esta un fundamento único. Solamente en casos específicos, previstos expresamente en la ley se hace incidir la especie objetiva de la responsabilidad civil objetiva ⁷⁴³. Así, una de las mayores novedades introducidas por el nuevo Código Civil Brasileño se contempla en lo previsto en el párrafo único del artículo 927, al disponer que *“Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implica, por su naturaleza, un riesgo para los derechos de los otros”*⁷⁴⁴.

Conforme apunta Miguel Reale, la adopción de la cláusula general de la responsabilidad objetiva en el nuevo CCB habría sido una consecuencia de la adopción del principio de socialidad, también denominado como socialización del derecho. Según el autor, *“en principio, se responde por culpa. Sin embargo, si aquél que actúa en la vida jurídica desencadena una estructura social que, por su propia naturaleza, es capaz de poner en riesgo los intereses y los derechos ajenos, su responsabilidad pasa a ser objetiva y no más subjetiva”*⁷⁴⁵. Por tanto, se concluye que en conformidad con la voluntad del legislador, la responsabilidad subjetiva continúa siendo el fundamento básico de toda la responsabilidad civil: el agente solo será responsabilizado, en principio, si ha actuado con culpa.

⁷⁴² MILARÉ, Edis. Princípios fundamentais de direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, Ed. RT, São Paulo, v. 756, out. de 1998, p.33.

⁷⁴³ Para ilustrar, citamos el caso de responsabilidad objetiva del Estado, del accidente de trabajo, del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los propietarios de vehículos (DPVAT), de los accidentes nucleares, del transporte aéreo, del transporte ferroviario, entre otros, también previstos en legislaciones especiales.

⁷⁴⁴ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Constituição Federal, Código Civil y Código de Processo Civil**. 7.ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2006, p.260.

⁷⁴⁵ REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil**: Situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 10-11.

Continúa afirmando que recurrió a un concepto de “*estructura social*”, semejante a lo que sucede en materia de accidente de trabajo, es decir, “*siempre que haya una estructura socio-económica que ponga en riesgo, por su naturaleza, los derechos e intereses de terceros, de aquéllos con los cuales esa estructura entra en contacto – a veces sin ni siquiera tener cualquier beneficio directo o indirecto de su operacionalidad*”⁷⁴⁶. En esa contextualización debe ser examinado el daño ambiental en el Derecho brasileño.

Sin embargo, esa especie de responsabilidad civil fue concebida en el ámbito infraconstitucional, a través de la Ley 6.938/81, que regula la Política Nacional de Medio Ambiente y, en la previsión de su artículo 14, párrafo primero, dispone que “*Sin obstar la aplicación de las penalidades previstas en este artículo, es el contaminador obligado, independientemente de la existencia de culpa, a indemnizar o reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros, efectuados por su actividad. El Ministerio Público de la Unión y de los Estados tendrá legitimidad para proponer acción de responsabilidad civil y criminal por los daños causados al medio ambiente*”⁷⁴⁷.

Posteriormente, la teoría fue acogida en la esfera constitucional, cuando, en 1988 pasó a integrar la Constitución de la República Federativa de Brasil ⁷⁴⁸. En la regulación de su artículo 225, párrafo 3.⁷⁴⁹, no prevé la necesidad de comprobar la culpa del autor, debiendo sólo comprobar tanto el nexo de causalidad entre el elemento culpa como de la conducta del agente

⁷⁴⁶ *Idem, ibidem*. p. 11

⁷⁴⁷ BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 416.

⁷⁴⁸ En este sentido compartimos con WINTER DE CARVALHO, Délton. **Assimilação dos Riscos Ecológicos pelo Direito ante uma Perspectiva Sistêmica**. p. 159, que clasifica la Constitución Federal brasileña como una de las más bien elaboradas constituciones en términos de sensibilización ambiental para los sistemas sociales. Implícitamente, el autor aún se refiere a las enseñanzas de LUHMANN, al afirmar, en la nota a pié de página n. 43, que: “*La función de la Constitución adquiere una relevancia evidente en la justificación, motivación y legitimación de las tomas de decisiones jurídicas, una vez que funciona como un ‘puente’ comunicativo entre los sistemas parciales, orientando sus operaciones y relaciones intra-sistémicas*”.

⁷⁴⁹ El párrafo 3. del artículo 225 de la CF brasileña prevé: “*Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente someterán a los infractores, a la personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados*”. En: Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil. (org.) Nylson PAIM DE ABREU FILHO. Verbo Jurídico. Porto Alegre. 2006, p. 97.

contaminador, debiendo sólo existir la comprobación del nexo causal entre la conducta lesiva y el daño causado al medio ambiente.

Por tanto, se percibe una sobreposición axiológica del bienestar colectivo, a través de la aplicación de la teoría del riesgo, con relación a la noción individualista y subjetiva (moral) de culpa. Esto en razón de las dificultades e irrelevancia, presentes en el sistema, al comprobar la culpa del agente, y, principalmente, dada la importancia de este bien jurídico para toda la humanidad⁷⁵⁰.

Esas variaciones que se presentan en los sistemas jurídicos de los países a los que hemos hecho referencia comportan la ocultación de la paradoja entre el desarrollo económico y la protección y el mantenimiento del medio ambiente, resultado del principio del desarrollo sostenible, puesto que fomentan el establecimiento de criterios de selección de las indeterminaciones internas del sistema. Por tanto, estos criterios se consolidan a partir de las relaciones mantenidas entre el sistema jurídico y el sistema económico, en función de una responsabilidad civil rígida que produce una resonancia con consecuencias impredecibles en la economía, pudiendo generar una recesión en la economía del país. Todo ello dependiendo de la utilización de una aceptación de mayor o menor número de excluyentes en relación al tema de la responsabilidad civil objetivamente aplicada.

Finalmente, conviene subrayar que tanto la evolución como la aplicación de la especie de la responsabilidad civil objetiva implican privilegiar la reparación *in natura* sobre la indemnización en dinero. Así, Stiglitz escribe que la evolución de la objetivación de la responsabilidad civil implica *“privilegiar la reparación en especie por la indemnización dineraria y constituye otra de las evoluciones del moderno derecho acerca de los daños, de particular trascendencia en materia de protección del medio ambiente. La reposición de las costas al estado anterior en aquellos casos en que sea total o parcialmente factible recomponer el ‘hábitat’ o el equilibrio de los valores ecológicos (por ejemplo, repoblar un río en caso de depredación, etc.), es la solución que*

⁷⁵⁰OLIVEIRA BARACHO JR., José Alfredo de. *op. cit.*, p. 298.

prevalece en la ciencia jurídica”⁷⁵¹ conforme a lo que será estudiado en el capítulo IV.

Por último, destacamos la teoría de Goldenberg, cuando apunta que, “*la imputación objetiva del deber de reparar los perjuicios como mecanismo adecuado para las expectativas del hombre contemporáneo – para ser resarcido de esos perjuicios – vuelve a las formas iniciales de atribución – al Código de Hammurabi de hace cuarenta siglos, a las leyes de Manu – con una actitud de retorno a la simplicidad anterior a los refinamientos de la civilización en la era tecnológica, que se ajusta a las características culturales propias de nuestro tiempo*”⁷⁵².

5 LA RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO INTERESES TRANSINDIVIDUALES

⁷⁵¹ STIGLITZ, Gabriel A. El Daño al Medio Ambiente en La Constitución Nacional. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 319. En la misma página y siguiente, el autor, escribe que: “*En nuestro ordenamiento jurídico [argentino] , es concordante con el sistema general que establece el Código Civil (art. 1083) en cuanto a la forma de la reparación, inclinándose en principio por ‘la reposición de las cosas a su estado anterior’, y específicamente por la propia Constitución Nacional (art. 41), en cuanto en referencia al daño ambiental, establece que ‘generará prioritariamente la obligación de recomponer, expresión esta conducente a la idea de reparación en especie antes que dineraria’*”. En la nota a pie de página didácticamente el autor aclara que: “*recomponer = componer de nuevo. Componer = restaurar, restablecer*”. El autor aún hace referencia a la Constitución brasileña, que en el artículo 225 se refiere al concepto de ‘recuperar’.

⁷⁵² GOLDEMBERG. Isidoro H. Riesgos del Desarrollo y el Daño Ambiental. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 347.

5.1 Requisitos de la responsabilidad civil objetiva por daños ambientales individuales

Una de las principales consecuencias de la construcción de la responsabilidad civil bajo la influencia de la incidencia de la principiología ambiental, con respecto al principio del contaminador pagador y de la prevención, consiste en la objetivación de la responsabilidad civil, conforme a lo que hemos expuesto en los tres capítulos anteriores. Sin embargo, con el fin dar cumplida respuesta a las dificultades provocadas por la necesidad de que evolucione el instituto de la responsabilidad civil (capítulo III) conviene que se active un proceso dinámico de (auto) sensibilización del sistema jurídico para atender las alteraciones y los riesgos inherentes a las cuestiones ambientales, a través de un proceso que debe mostrarse dinámico, preventivo y constructivista⁷⁵³.

En ese sentido, es preciso destacar la observación de Maria del Carmen Sanchez Frieria-González: *“la doctrina más moderna intenta configurar jurídicamente el medio ambiente y valorar el derecho a disfrutarlo, reconociendo a este respecto el derecho de cada individuo a defender su medio ambiente. Sin embargo, creemos, por la vía civil solo de modo indirecto se protege el medio ambiente, dada la dificultad de concebir hoy día el ambiente como objeto jurídico de un propio derecho subjetivo, teniendo en cuenta especialmente la carencia de acción específica para demandar la efectividad del mismo desde el punto de vista individual. Y así el daño al medio ambiente como bien o interés público o colectivo es problema a tratar desde el Derecho público. Sin embargo la posibilidad de obtener el apoyo de los Tribunales ordinarios para conseguir el resarcimiento de daños ambientales que incidan en patrimonios individuales o en los bienes personales de un sujeto individualizado hay sido plenamente asumida por la jurisprudencia civil,*

⁷⁵³ ÁLVAREZ LATA, Natalia, escribe que *“La incorporación en un Tratado de responsabilidad civil de un capítulo dedicado al daño ambiental merece cierta justificación. Su inclusión no responde al estudio de una ley especial – que no hay, por ahora – sobre esta materia ni tampoco a la moda de abanderarse con lo verde – aunque los últimos acontecimientos casi obliguen a ello -, sino que son las peculiaridades del daño ambiental, que se proyectan en la propia acción de responsabilidad civil, las que, a mi juicio, fundamentan un tratamiento particular de esta responsabilidad, que no se reduce a un único régimen jurídico debido a su heterogeneidad”*. En: **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente**. 3.ed. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006, p. 1895 (Tratado de Responsabilidad Civil, I).

aun cuando las actividades industriales que originaron los perjuicios apareciesen respaldadas por las correspondientes autorizaciones y licencias y observasen la normativa administrativa, ya que ‘una cosa es el permiso de instalación de una industria con indicación de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y perjuicios, cometidos por la propia Administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción civil’ (Sentencia TS, S. 1., de 12 de Diciembre de 1980). “El acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados puesto que si aquellos contemplan intereses sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo en todo caso el resarcimiento del daño’(Sentencia TS. Sala 1. de 3 de Diciembre de 1987 y en los mismos términos la de 16 de Enero de 1989)”⁷⁵⁴.

Natalia Álvarez Lata escribe que *“Básicamente, la principal especialidad reside en la propia tipología de daño ambiental, cuya incardinación en los esquemas tradicionales del daño resarcible provoca algunos problemas. Y es que frente al **daño ambiental que afecta a la persona o patrimonio del sujeto** (al que denominaremos tradicional) se asoma, y es realmente el protagonista, el daño puramente ecológico o deterioro ambiental, que trasciende los intereses o derechos privados, afectando a intereses difusos o derechos colectivos. La cuestión es si este daño es resarcible o no, y si lo es a través de la acción de responsabilidad civil”⁷⁵⁵.*

Más adelante, continua la autora: *“Por otra parte, el daño tradicional está experimentando transformaciones derivadas de un acomodamiento de los derechos o intereses en juego a causa de una cada vez mayor preocupación por las condiciones ambientales o, al menos, por su repercusión en la esfera*

⁷⁵⁴ SÁNCHEZ-FRIERA-GONZÁLEZ, María del Carmen. **La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro Del Medio Ambiente**. Barcelona: Josep Maria Bosch, [s.d.], pp. 24-25.

⁷⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *op. cit.*, p. 1896.

subjetiva. En este campo, se está produciendo una notable apertura del daño moral para hacer residir en él las molestias o incomodidades producidas por el deterioro del entorno, ya fundamentadas en un 'derecho' a una calidad de vida o a la calidad ambiental, que despunta en algunas sentencias, ya en derechos fundamentales clásicos como la intimidad o la inviolabilidad de domicilio. En este último espectro se situaría, para la reciente jurisprudencia, el problema de los daños ocasionados por la contaminación acústica”⁷⁵⁶.

Así, previamente se apunta que la actuación del instituto de la responsabilidad civil fomenta la estabilización de criterios para un proceso evolutivo y, conforme a lo anteriormente estudiado, se muestra como un valioso instrumento de solución de los conflictos habidos en el interior del propio sistema jurídico, tanto en la perspectiva del daño individual como en la transindividual.

En esta dirección, conviene destacar una observación sobre la actividad dañosa, el daño ambiental, el nexo de causalidad. Para la elaboración de la respuesta relativa a quien deba indemnizar (punto 4.3), se plantean criterios de selección de indeterminación y de solución de conflictos intersistémicos a través de una observación derivada de la relación de causalidad entre el evento y el daño. Las especificidades de los daños ambientales y la complejidad de sus efectos, pasando por las dificultades impuestas por el paradigma clásico en identificar a los responsables, producen importantes adquisiciones evolutivas en la observación y descripción teórica y decisional del nexo de causalidad, haciendo relevante el elemento de la responsabilidad civil objetiva, juntamente con el daño y de la conducta, pero de difícil demostración ante el paradigma probatorio vigente. Así, con el enfoque constructivista, serán analizados los requisitos, en especial cuando existe el interés individual y su conocida vulnerabilidad con respecto al agente contaminador.

⁷⁵⁶ *Idem. Ibidem.* p. 1896.

5.1.1 La actividad dañosa

El evento causador del daño, primero de los presupuestos que resulta del deber de indemnizar, es el hecho que ofende los derechos de otros, de forma reprobada por el ordenamiento jurídico, conforme a lo ya estudiado en la presente investigación. Puede ser un hecho humano, culposo o no, doloso o no, y también puede ser un hecho natural. Se recuerda que la regla básica es la obligación de indemnizar, por la práctica de actos ilícitos, resultante de la conducta culposa del agente (culpa "*lato sensu*"). Así, se tiene el acto ilícito si la acción, u omisión, contraría un deber general previsto en el ordenamiento jurídico, integrándose en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, el deber de reparar puede desplazarse hacia aquél que procede de acuerdo con la ley, cuando la responsabilidad civil está fundamentada en el riesgo.

Cuando se trata de responsabilidad civil subjetiva, la regla general implica un deber de resarcimiento por la práctica de actos ilícitos que deriva de la culpa en razón de que el agente es el que ha practicado una acción, u omisión, reprobable y censurable frente a las circunstancias concretas del caso, entendiéndose que él podría o debería haber actuado de manera diversa, motivo por el cual se entiende que el acto ilícito se califica por la culpa "*lato sensu*". Así, su caracterización exige una necesaria acción u omisión voluntaria, que viole la norma jurídica protectora de intereses ajenos o un derecho subjetivo individual, cuando el agente infractor actúa con dolo, si intencionalmente trata de lesionar a otros, o con culpa si, consciente de los perjuicios que se deriven de su actuación, asume el riesgo de provocar un evento dañoso, contrario al derecho.

El deber de indemnizar que resulta de la responsabilidad objetiva está fundamentado en el riesgo de la actividad, Es decir, todo aquél que desarrolla actividad lícita, pero peligrosa, deberá responder por el riesgo, exonerándose a la víctima de la prueba de la culpa del causador del daño. No interesa tanto la conducta del agente causador, fijándose la obligación en el elemento objetivo; es decir, en el nexo de causalidad entre el daño y la conducta. Destacamos que se trata de actividad lícita, pero que se considera, inicialmente, que la

víctima que sufrió la lesión no necesita probar si el agente estaba o no en el ejercicio de su actividad habitual, o se procedía dentro de los usos y costumbres del ambiente social en que actúa. En un segundo momento, se podrá tomar en consideración para el causador del daño, la excusa de no haber incidido en un comportamiento excesivo. La obligación de indemnizar es impuesta por ley a quien ejerza la actividad peligrosa, independientemente de la práctica de cualquier actividad ilícita, cuyo ejercicio de la referida actividad simplemente implica el deber de reparar el perjuicio que origina.

Rui Stocco apunta que *“la doctrina objetiva, en lugar de exigir que la responsabilidad civil sea resultante de los elementos tradicionales (culpa, daño, vínculo de causalidad entre una y otro) se asienta en la ecuación binaria cuyos polos son el daño y la autoría del evento dañoso. Sin reflexionar sobre la imputabilidad o investigar la antijuridicidad del hecho dañoso, lo que importa para asegurar el resarcimiento es la verificación de si se produjo el evento y si de él emanó el perjuicio. En tal evento, el autor del hecho causador del daño es el responsable”*⁷⁵⁷.

Por tanto, no se discute la legalidad del acto, sino la potencialidad del daño que el acto pueda traer a los bienes ambientales y que servirá de fundamento para la responsabilización. En ese sentido, conviene destacar la opinión de Nelson Néri Júnior, cuando sostiene que *“aunque haya autorización de la autoridad competente, aunque la omisión esté dentro de las calidades establecidas por las normas de seguridad, aunque la industria haya tomado todas las atenciones para evitar el daño, si este se produjo en virtud de la actividad del contaminador existe siempre un nexo causal que determina el deber de indemnizar”*⁷⁵⁸. Así, actualmente no se comprende que la sociedad deba sufrir las molestias ambientales producidas por un agente contaminador al que, aunque actué con toda diligencia, se le atribuye la irresponsabilidad.

Sin embargo, la doctrina internacional entiende que el elemento de antijuridicidad debe estar presente también en la responsabilidad objetiva,

⁷⁵⁷ STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**: Doutrina e Jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.69.

⁷⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública**. Justitia, São Paulo, n. 126, pp. 1686-1689, jul/set. 1984. p. 175.

pues el evento causador del daño, siendo un acto practicado por alguien o simplemente un hecho acaecido, debe ser siempre antijurídico. El elemento de la antijuridicidad deriva de la naturaleza objetiva: hay antijuridicidad cuando el hecho (acción, omisión, hecho natural) ofende el derecho ajeno de forma contraria al Derecho, independientemente de cualquier juicio de censura que por ventura también pueda estar presente y referirse a alguien. PERALES comparte tal postura cuando afirma que el elemento de la ilegalidad debe permanecer dentro de la estructura de la responsabilidad civil por daños contra al medio ambiente, entendiendo como ilícito el acto contrario al ordenamiento jurídico (fuentes directas e indirectas del Derecho) en cuanto producen un daño injustificado. Al hacer referencia a las decisiones del Tribunal Superior español, que determina el deber de indemnizar los daños generados por actividades autorizadas administrativamente, PERALES aclara que la razón de la responsabilización es la violación del principio general *alterum non laedere*. Cita el autor: *“Debe concluirse que en el ámbito de la responsabilidad civil la ilicitud es un requisito esencial para poder apreciar su existencia, entendiendo por ilicitud la cualidad del acto que viola una norma positiva o, en su defecto, el principio alterum non laedere; pero en todo caso esa violación debe existir, ya que de otro modo no es posible imponer a nadie una obligación por un acto lícito del que, por definición, no ha podido surgir un daño injustificado y, por ello, reparable”*⁷⁵⁹.

El principio *alterum non laedere* es considerado un principio general del Derecho, creador de normas y que, en cuanto tales, sirven para definir las fronteras del lícito. Se admite la existencia implícita de una norma genérica que prohíbe dañar a otro con nuestra conducta activa o pasiva, naciendo de su

⁷⁵⁹ PERALES, Carlos de Miguel. **La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 102. En la página anterior, PERALES escribe que *“tradicionalmente se ha producido una confusión entre el elemento ilicitud y el de culpa, fundiendo los dos en una unidad sobre la que basar la responsabilidad. Ello se da especialmente cuando se trata de acercarse a posiciones ‘objetivistas’, prescindiendo en la medida de lo posible del elemento subjetivo, y cuando se trata de aplicar el principio de ‘alterum non laedere’.* Sin embargo, *ilicitud y culpabilidad sin elementos diferentes que no tienen por qué confundirse. En este sentido, PANTALEÓN diferencia varias concepciones de la antijuridicidad: - concepción objetiva, centrada en el desvalor del resultado en sentido propio, donde la antijuridicidad resulta de la violación de la norma primaria que protege al bien lesionado; concepción, también objetiva, centrada en el desvalor del resultado en sentido impropio, donde de la existencia del principio ‘alterum non laedere’ resulta que la antijuridicidad es consecuencia de la mera causa del daño; y –concepción subjetiva, que se fija en la conducta en sí misma, en cuanto que es antijurídica por ser dolosa o negligente”*.

infracción una responsabilidad civil atípica que se traduce en la obligación de indemnizar pecuniariamente a la víctima los daños y perjuicios que se le hayan podido producir. Así es irrelevante que haya el cumplimiento de normas positivas por el agente causador de los daños ambientales en razón de la aplicación del principio *alterum non laedere*. PERALES ilustra con una sentencia del Tribunal Supremo Español, de 1986, que, al tratar de los daños causados por el desbordamiento de un río, contiene una explicación clara acerca de en que consiste y cómo actúa esta norma genérica, afirmando que el principio de necesidad de una convivencia social ordenada impone un deber general de corrección y dependencia con relación a los ciudadanos, según las multiformes circunstancias de la vida, con aplicaciones muy variadas que conducen a la apreciación de que el acto es ilícito, en el sentido extracontractual, cuando viola tales deberes generales de corrección social o de conducta correcta, los cuales, aunque no codificados, siempre representan el presupuesto mínimo sometido al orden normal de la vida social⁷⁶⁰.

En resumidas cuentas, la acción u omisión causadora de lesión moral o patrimonial debe ser contraria al Derecho, entendiéndose que la contrariedad al Derecho puede producirse con relación a tres factores: a una norma específica preexistente, es decir, a uno o más de un determinado precepto normativo en vigor anteriormente a que se produjera el acto o el hecho que originó el daño; a un principio general del derecho; al ordenamiento jurídico genéricamente considerado. Sin embargo, en cualquiera de los casos, es siempre necesaria la anterioridad de la norma, del principio, o del propio ordenamiento jurídico que son considerados como violados con relación a la conducta y cuyo autor pretende viabilizar. Incluso cuando es lícita la actividad, bajo el punto de vista de haber recibido permiso por parte del Poder Público, la conducta será contraria al Derecho en virtud del principio *alterum non laedere* cuando causa el daño ambiental. A pesar de ser considerado objetivo el sistema de responsabilización civil, no se prescinde del presupuesto de la antijuridicidad de la conducta causadora del daño. El resultado es que solamente las fronteras de lo que es definido por el principio en cuestión fueron modificadas: si, anteriormente, este principio tenía sus fronteras relacionadas

⁷⁶⁰ *Idem. Ibidem.* p. 103.

con la idea de culpa, ahora son considerados otros factores, como el riesgo de la actividad.

La dificultad que surge frente a la exigencia del elemento antijuridicidad como característica de la actividad lesiva es que, en la responsabilidad objetiva, la actividad es lícita, los riesgos son socialmente tolerados, imponiéndose el deber de indemnizar los perjuicios producidos en virtud de los riesgos de la actividad. Así, antijurídicos son los efectos de la actividad. En el caso del presente trabajo, antijurídico es el daño ambiental propiamente dicho. Por tanto, el individuo que se sienta lesionado por haber sufrido un daño ambiental podrá iniciar un litigio contra aquél que mantiene actividad lícita, ya que resulta antijurídica como consecuencia del daño que causa, tomando en consideración en su demanda el riesgo que deriva de la actividad.

5.1.2 El daño ambiental individual

Inicialmente, existe la necesidad de recordar el concepto de daño ambiental. Para GOMIS CATALÁ, daño ambiental es aquél que afecta el conjunto del medio natural o algunos de sus elementos, considerados como patrimonio colectivo independientemente de sus repercusiones sobre las personas y sus bienes, por lo que quedan superadas las definiciones antropocéntricas (capítulo I) que limitaban el alcance de los daños al medio ambiente a aquellos que afectaban al hombre, a su salud, a su propiedad y a su bienestar⁷⁶¹. HERMAN BENJAMIN explica el “*daño ambiental como*

⁷⁶¹ GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998. p. 68. La autora explica que “*definir el daño al medio ambiente es, en cualquier caso, una tarea compleja, e incluso a priori, como ha precisado algún autor, puede parecer hasta imposible. No debe extrañar, por ello, que la mayoría de legislaciones nacionales, entre ellas la española, eluda abordar tal empresa y remita la respuesta a los*

*alteración, deterioro, o destrucción, parcial o total, de cualesquiera de los recursos naturales, afectando adversamente al hombre y/o a la naturaleza”, aclarando en el concepto que solamente se incluyen las alteraciones negativas, pues evidentemente no hay daño si las condiciones son alteradas para lograr una mejora. A pesar de la obviedad, el autor sostiene que hay que entender la mejora en todas las dimensiones, pues no siempre la mejora tiene el mismo valor en la óptica de los ecosistemas y de los especialistas⁷⁶². Conviene considerar una dificultad más precisa e incluyente, habiéndose preocupado la doctrina por definir si la víctima de los daños ambientales es el ser humano o el medio ambiente, y si los diversos elementos que componen el medio ambiente, tales como la agua, el aire, el sol, la fauna y la flora, son, o no, protegidos por el Derecho. Sin embargo, hay unanimidad cuando se observa **en el medio ambiente la multiplicidad difusa de víctimas, incluso cuando aspectos particulares de su dañosidad alcancen individualmente a ciertos sujetos.***

Así, José de Sousa Cunhal Sendim estudia los daños a intereses individuales protegidos por normas *jus-ambientales* y concluye: *“Debe, también, observarse que los bienes jurídicos-ambientales parecen protegidos como forma de tutelar intereses públicos pero también de tutelar (como reflejo) los intereses individuales, comunes a ciertos grupos o categorías de personas abstractamente identificables. Así, por ejemplo, la protección del deber del agua trata de asegurar su capacidad funcional ecológica pero, también, de garantizar una determinada capacidad de uso humano (como por ejemplo para fines agrícolas, piscícolas o recreativos). Asimismo, la ley a pesar de dirigirse esencialmente a la protección del interés público ambiental, puede tutelar simultánea y específicamente los intereses individuales de categorías abstractas de personas (como, por ejemplo, los agricultores, los pescadores y los operadores turísticos de la zona). Asimismo, por interpretación de las normas jurídico-ambientales en causa, podemos, o no llegar a la conclusión que las lesiones a los intereses privados protegidos (como, por ejemplo, las ganancias cesantes de los pescadores y de los exploradores turísticos de la zona) son resarcibles. Ya que se trata de la lesión de intereses individuales (aunque comunes a una categoría de sujetos), los titulares de la indemnización pueden ser identificados. Por consiguiente, cuando la restauración natural no*

jueces con el fin de dar una solución para el caso concreto. No obstante, merece la pena resaltar el esfuerzo que, en este sentido, han emprendido algunos ordenamientos nacionales e internacionales”.

⁷⁶² HERMAN BENJAMÍN, Antônio. Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.9, ano 3, pp. 5-52, jan./mar. 1998. p. 49.

*permite resarcir completamente los perjuicios, viene a justificarse el pago de una indemnización pecuniaria a los lesionados. Por otro lado, los daños a los intereses ambientales individuales – al contrario de los daños ecológicos – son tendencialmente imputables a través del sistema general de la responsabilidad civil, cuando esté en causa la violación de normas destinadas a proteger intereses ajenos [...] a pesar del carácter colectivo de los intereses en causa vengán a justificar, la creación de mecanismos procesales específicamente adecuados a su tutela*⁷⁶³.

Así, desde el estudio del daño ambiental individual, se llega al último punto del presente capítulo que es el relativo a los mecanismos procesales que lo tutelan.

5.1.2.1 Las especies de daño ambiental: daño ecológico puro y daño ecológico individual y sus interfaces

Para desarrollar adecuadamente el presente capítulo conviene recordar las repercusiones de los daños clasificados como puro e individual. Independientemente de los diversos elementos que integran el medio ambiente (agua, aire, suelo, fauna, flora). Podemos apuntar que para que se produzca un daño ecológico puro, es decir, en algunas situaciones, habrá daños al medio ambiente en sí mismo considerado, en su dimensión transindividual, absolutamente desvinculado de los intereses individuales, donde la víctima no es el individuo, sino un grupo de individuos, motivo por el cual el daño no se produce en una esfera jurídica determinada, perteneciente a una persona, reconocida como tal por el Derecho, sino en el ambiente como valor jurídico autónomo, eso es, en la propia naturaleza.

Natalia Álvarez Lata apunta que con el daño ambiental puede producir un daño particular o personal, aconteciendo cuando la lesión al medio ambiente afecta también a los derechos, intereses jurídicamente protegidos o cualesquiera otros intereses de un sujeto, así *“El deterioro o degradación ambiental actúa de elemento transmisor del propio perjuicio que acaba*

⁷⁶³ SOUSA CUNHAL SENDIM, José de Sousa. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. pp. 37-38.

*proyectándose en la esfera personal o patrimonial de un sujeto. Se habla, entonces, de daño ambiental tradicional*⁷⁶⁴.

El Libro Blanco sobre la responsabilidad ambiental destaca que *“Por razones de coherencia es importante abarcar también los daños tradicionales, como los daños a la salud y los daños materiales, cuando sean causados por una actividad definida como peligrosa en el ámbito de aplicación del régimen, pues en muchos casos el mismo incidente provoca daños tradicionales y daños ecológicos*⁷⁶⁵.

De esa forma, es relevante la distinción del **daño ecológico puro** para el **daño individual**, que, no obstante, **pueden ser concomitantes entre sí**. Por consiguiente, independientemente de los daños ecológicos puros, también llamados ambientales propiamente dichos, toda la actividad contaminadora provoca perjuicios económicos que implican la reparación por parte del causador y, siendo un daño ambiental sufrido por una persona natural o jurídica, tendrá el derecho de postular la inmediata cesación de los efectos negativos de la actividad que lo alcanza, así como de ser integralmente resarcido por los perjuicios, patrimoniales y morales, que sufrió y que dejó de lucrar. **Ese derecho individual es distinto del daño ecológico puro, aunque se considere como otra cara de la misma moneda, donde la titularidad es de la colectividad al vivir en un medio ambiente ecológicamente equilibrado.**

En el Derecho Ambiental europeo hay una fuerte inclinación al reconocimiento, tanto en el derecho interno de diversos Estados integrantes de la Comunidad, como en el derecho comunitario, que el daño ambiental puro es específico y autónomo con relación a los posibles daños que afectan el patrimonio individual de determinados sujetos de derecho. Sobre el asunto, Francisco José Marques Sampaio pone de manifiesto la opinión de varios especialistas. Para Roland Drago, el daño ambiental es causado a las personas o a las cosas por el medio en el que viven y, de acuerdo con esa definición, el medio es la fuente del daño, no la víctima. Para GIROD, daño

⁷⁶⁴ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *op. cit.*, p. 1900.

⁷⁶⁵ COMISSION EUROPEA. **Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental**. Comisión Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 09 de febrero de 2000. p. 18.

ecológico es el daño causado por la contaminación y abarca todos los daños que causan la degradación de los elementos naturales, como el agua, el aire y el nivel de ruido. Es así el daño causado por el hombre al medio ambiente. CABALLERRO sostiene que es daño ecológico todo daño causado directamente al medio ambiente así considerado, independientemente de sus repercusiones sobre las personas y sobre los bienes. Según PRIEUR, hay distinción entre los daños que son soportados por las personas, en sus patrimonios jurídicos individuales, que no configuran daños ecológicos propiamente dichos, y los que alcanzan al medio natural en sus elementos inapropiables, afectando el equilibrio ecológico en cuanto patrimonio colectivo. Un mismo evento puede causar los dos tipos de daño.⁷⁶⁶ Ese raciocinio es el que conduce a la conclusión de que el daño ambiental propiamente dicho posee autonomía y es distinto de otros daños que un mismo hecho puede ocasionar ⁷⁶⁷.

En ese momento, citamos el contenido del capítulo III, concretamente en lo que concierne a los puntos 3.1 y 3.2 del presente trabajo, porque la especificidad del daño ecológico puro queda negada en el momento en que los sistemas pretenden la aplicación de mecanismos clásicos de la responsabilidad civil, de difícil adaptación a las peculiaridades de este tipo. Así

⁷⁶⁶ MARQUES SAMPAIO, Francisco, José. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 103.

⁷⁶⁷ MARTINS DA CRUZ, Branca. Responsabilidade Civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 2, v. 5, p. 115-124 escribe que: "Si el medio ambiente no tiene precio, sus degradaciones tienen coste, por tanto, el carácter específico y autónomo del daño ambiental justifica, así, que el Derecho le conceda tratamiento distinto. La fuerte inclinación del reconocimiento de un carácter autónomo del daño ambiental está dispuesta en las Directrices sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Causados por los Desechos, que distingue, como establece el artículo 2., por un lado los daños a los bienes privados y a las personas y, por otra parte, las degradaciones del medio ambiente. De la misma forma, el proyecto de Convención sobre la Responsabilidad Civil por Daños Resultantes del Ejercicio de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, negociado en el Consejo de Europa, contempla esa misma distinción, tal y como se establece en su artículo 2. En la misma dirección, la ya referida Convención de Lugano reconoció la autonomía del daño ambiental; sin embargo, en términos de resarcimiento, aún se constata que hay una gran dificultad en disociarlo de los daños individuales. En el Derecho portugués, ya está consagrada la referida autonomía a través de la Ley de Bases del Ambiente, cuando en el artículo 40, números 4 y 5, se prevé la protección de los derechos subjetivos individuales o colectivos (pero no difusos) y en la previsión del artículo 41, se contempla la tutela del medio ambiente ecológicamente equilibrado como patrimonio público, en la óptica de los derechos. Sin embargo, Blanca Martins de la Cruz, reflexiona acerca de las referidas previsiones legales y sostiene que al admitir otros daños, el daño ecológico autónomo pierde la consecuente resarcibilidad, pues la reparación ya estaría asegurada en lo que refiere a los daños personales. Además, la autora también se plantea la cuestión de la personalidad jurídica, pues mientras en los daños subjetivos la víctima es determinada (o determinadas, cuando son varias), cuando el daño es ecológico la doctrina ha encontrado dificultad para definir, de forma unívoca, la naturaleza y el estatuto jurídico de este ambiente que, a su vez, carece de personalidad jurídica".

GOMIS CATALÁ señala que esta situación pone de manifiesto una forzosa **“humanización” del daño ecológico, a través de la búsqueda de cualquier elemento que atiende a la esfera privada con el fin de conseguir la reparación en el ámbito civil**⁷⁶⁸.

Así, a pesar del reconocimiento de la autonomía del daño ambiental, en muchos ordenamientos jurídicos europeos aún hay una tendencia al aplicarse indistintamente tanto al daño ecológico puro como al daño individual el sistema tradicional del instituto de la responsabilidad civil que exige la certeza de la existencia del daño y del nexo de causalidad, y que el daño sea personal, habiendo dificultades para la promoción de acciones de indemnización por el daño ecológico puro.

PERALES explica que en España, adoptándose una visión privatista, son indemnizables aquellos daños vinculados a las personas o a sus bienes *“si todo el Derecho civil se preocupa por la persona, a lo que se encamina la protección de la responsabilidad civil de modo primero es a la propiedad y a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al medio ambiente, pero sólo en cuanto hay un bien patrimonial o personal (un derecho de un particular sobre ellos) que ha sido dañado”*. Más adelante, el autor percibe que el ámbito de la responsabilidad civil por daños ambientales abarcará no sólo la reparación de los daños sufridos por particulares, sino también los daños impuestos a la colectividad y a la *res nullius*, que entiende por medio ambiente, en los modelos de la ya conocida defensa de los consumidores, cuando permite a las asociaciones de consumidores y usuarios la valoración de las acciones en defensa de los intereses generales de estos consumidores⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 64.

⁷⁶⁹ PERALES, Carlos Miguel. *op. cit.*, pp. 83-84. En la p. 85, concluye el autor que: *“debemos estimar que en la actualidad daño ambiental, a los efectos de la responsabilidad civil, es aquel sufrido por una persona determinada en su persona como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (por ejemplo, intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminada por una industria), o en sus bienes, cuando éstos forman parte del medio ambiente (un bosque, por ejemplo) o cuando resultan dañados como consecuencia de la agresión al ambiente”*. Todavía, conforme será posteriormente examinado, en la misma p. 85 de la referida obra, del año 1997, el autor ya estudiaba la legitimidad activa al disponer que *“creemos que en un futuro no lejano este panorama cambiará, y así parecen indicarlo tanto algunas decisiones de nuestro TS al analizar nuestro artículo 45 CE, como algunos cambios que están teniendo lugar a nuestro alrededor, hechos todos ellos relacionados con la legitimación activa, [...] Por todo ello, es pensable que la responsabilidad civil llegue a ampliar*

Otra cuestión relevante es el del alcance del daño ambiental. La doctrina apunta determinadas características generales para el reconocimiento del daño al **medio ambiente individual**; es decir, la certeza del daño y que alcance a una víctima concreta, en otras palabras, se trata del daño personal. Así, ya que se trata de daños al medio ambiente que afectan a la salud, al bienestar o al patrimonio de un individuo, los requisitos inciden y son aplicables con mucha facilidad. La dificultad reside cuando se trata de un daño ecológico puro, pues, a pesar de ser ampliamente admitidos, exigen soluciones diversas en cuanto a su pretendida certeza y en cuanto al carácter personal del interés lesionado. Además, las dificultades se extienden al ámbito científico en cuanto a la prueba de la existencia del daño, pues los efectos de la contaminación son complejos y varían en intensidad e inmediatez, con efectos que a lo largo del tiempo se acumulan, es decir, un daño ambiental puede provocar una cadena de diversos otros daños ambientales, motivo por el cual es preciso considerar la totalidad de los impactos.

Paralelamente, hay que considerar que la reparación del daño exige un determinado grado de protagonismo. No es posible olvidarnos de la “tolerancia” derivada del Principio del Desarrollo Sostenible y, así, resulta excesivo afirmar que todas las alteraciones en el medio ambiente ocasionan siempre un perjuicio, pues de esa forma se estaría negando la posibilidad de cambio y de innovación implicando un irreal inmovilismo social.

Por consiguiente, resulta comprensible delimitar la extensión que el daño ambiental debería de tener para asumir una relevancia jurídica y, en ese sentido, hay que definir también los criterios para fijar el soporte mínimo sobre el cual incidirá la protección jurídica. Ahora, si toda la actividad humana tiene repercusión sobre el medio ambiente, la constatación de quienes deben vivir y ser complacientes con un cierto grado de degradación ambiental obliga al operador del derecho a establecer fronteras entre daños admisibles, aceptables, y daños inadmisibles, inaceptables, que a su vez, implicarán la

su campo de actuación, abarcando los daños ocasionados, además de a los particulares en su persona o sus bienes, a cosas que conceptuarse como res nullius, básicamente a través de la legitimación activa de las asociaciones”.

definición de índices o niveles de degradación desde los cuales podremos considerar la existencia de un daño ecológico. La caída del equilibrio entre aquello que la actividad humana representa para el mundo social, económico o físico del medio ambiente por su intolerabilidad determina la existencia del daño ambiental.

El autor brasileño AGUIAR DIAS sostiene que el daño ecológico debe de definirse en razón de la proporción, ya que sólo cuando las lesiones que afectan el equilibrio natural o paranatural no sobrepasan una cierta intensidad es posible aceptar su regulación a través de una serie de factores que se compensan recíprocamente. Observa que el peligro surge cuando la frecuencia y la gravedad de los accidentes alcanzan una considerable cadencia y dimensión. Desde ese momento es posible darse cuenta de la *“dimensión de la última recepción de la conservación del equilibrio de factores”*⁷⁷⁰. Así debe estar presente una emisión frecuente de agentes de contaminantes que comprometan el medio ambiente, provocando un perjuicio en razón de la periodicidad y gravedad. Evidentemente, sobre el binomio periodicidad y gravedad prevalece el último; es decir, que la actividad consista en tiempo suficiente para la producción de un daño sustancial, con graves consecuencias ambientales, es lo que caracteriza el daño ambiental. Y, en esa concepción de daño, tenemos que poner de manifiesto que se puede producir la situación de que un daño que se consideraba excesivo en otros tiempos, ahora resulte admitido como tolerable, y otro, que anteriormente era considerado admisible, se le considere hoy en día anormal en razón de diversas circunstancias.

AGUIAR DIAS también apunta que *“El daño aparece en el plan ecológico no solamente cuando produce destrucción, sino también cuando, por su repetición e insistencia, excede la capacidad natural de asimilación, de eliminación y de reintroducción de los detritos en el ciclo biológico. La contaminación de las aguas resulta de los depósitos frecuentes de residuos industriales en un medio cuya capacidad de autodepuración se ha hecho insuficiente. La contaminación del aire deriva del humo continuo de las fábricas, en la atmósfera ya saturada de cloro, flúor, ozono, etc. En materia de contaminación sonora, el daño depende preponderantemente del factor tiempo. La anormalidad de la contaminación sonora se caracteriza por su*

⁷⁷⁰ AGUIAR DIAS, José de. Responsabilidade Civil no Plano Ecológico. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 317, pp. 03-12, 1992. p. 5.

constancia, que hace insoportable lo que accidentalmente es tolerable".⁷⁷¹ Así, un ruido ocasional, el humo excepcionalmente emitido por una combustión modesta, un olor ocasional, entre otras situaciones análogas de lo cotidiano, no pueden ser categorizadas como anormal.

Por lo expuesto, cabe destacar que el **daño ambiental no resulta de la actividad que lo originó, sino de la anormalidad del perjuicio**. En el modelo de responsabilidad civil especial por el daño ambiental, no cabe cualquier discusión sobre la anormalidad del perjuicio al medio ambiente: una vez caracterizado el daño, sea el uso normal o no, se deberá realizar la reparación, ya que causó el perjuicio que no debería haber causado. Aquí, con maestría, Gilles Martin subraya que **"con relación a la víctima debe investigarse el límite de la anormalidad"** (grifo). *De esta forma, se descartan las objeciones emanadas de los contaminadores intentando demostrar que su explotación es normal, teniéndose en cuenta las técnicas del momento, incluso si el perjuicio resultante parezca excesivo o anormal el perjuicio no se volverá anormal sino desde el momento en que el uso del aire o del agua sea tal, que las propiedades físicas y químicas de estos bienes sean absorbidas en un índice. Desde este momento, la integridad de los derechos de los vecinos será abordada, en la medida en que ellos no puedan ya utilizar el aire o el agua para sus propias actividades. Un ejemplo ilustrará nuestro propósito: cuando una industria emana humo, los vecinos sufren perjuicios en la medida en que sus derechos se ejercen en condiciones menos 'apreciables si la industria no existiera; pueden mientras dedicarse a sus ocupaciones, porque el aire conservó sus calidades esenciales y permite, por ejemplo, el cultivo y la ganadería. Si, en razón de una transformación en el modo de explotación, el humo eliminado contiene vapores con flúor, que se depositan en los inmuebles de los vecinos, allí confiscan ciertos cultivos y la ganadería, el perjuicio se convierte en anormal porque el contaminador, por sus actividades, absorbió las propiedades naturales del aire, impidiendo por tanto la consumación colectiva de ese bien por otros, ocasionando así un atentado grave a los derechos de*

⁷⁷¹ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.v. 2. p. 35.

los demás. *El alcance de la anormalidad se produce, por tanto, cuando la utilización del ambiente lo hace parcial o totalmente impropio a otros usos*⁷⁷².

Sin embargo, algunos autores conciben el daño ambiental con otros elementos. Michel Prieur lo conceptúa *“como aquél que se constituye en un atentado al conjunto de los elementos de un sistema y que por su característica indirecta y difusa no permite, en cuanto tal, que se abra a su reparación”*⁷⁷³. Así, se admite el daño real también como ‘atentado’, implicando una mención al daño meramente potencial. CANÇADO TRINDADE, al tratar de la dimensión temporal del derecho ambiental, también hace referencia al ‘atentado’ al medio ambiente al explicar que *“la dimensión amplia del derecho a la vida y el derecho a un medio ambiente sano comportan la consecuente caracterización más amplia de atentados o amenazas a estos derechos, que en contrapartida requiere un mayor grado de protección”*⁷⁷⁴. Sin embargo, la potencialidad del daño es un elemento teórico que, en la práctica, implica dificultades de implantación para el instituto de la responsabilidad civil que, de acuerdo con su doctrina tradicional, exige la certeza del daño para los fines de reparación. GOMIS CATALÁ, citando la obra de E. REHBINDER, sostiene que *“independientemente de que el daño se pueda encuadrar en la categoría de ‘daños a las personas o a sus bienes’ o de ‘daño ecológico’: en definitiva [...] cuando un particular solicita la reparación de su medio ambiente afectado, los intereses económicos del individuo y los intereses ecológicos’ de la colectividad coinciden y por lo tanto, no se debería excluir del concepto de daño ecológico el que afecta al medio ambiente objeto de propiedad. No obstante, negar la especificidad del concepto del daño al medio ambiente (entendido en su doble acepción) y **aplicar con todo rigor el mecanismo clásico de la responsabilidad civil es tanto como negar su reparación**”*⁷⁷⁵(grifo).

⁷⁷² MARTÍN, Gilles. **Le Droit à L’Environnement** : De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l’environnement.[s.l.] : Publications Périodiques Spécialisées, 1978, p. 44.

⁷⁷³ PRIEUR, Michel. **Le Droit des pollutions transfrontières et le droit français**. Paris: RJE, 1989, pp. 59-68.

⁷⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 76.

⁷⁷⁵ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 67.

La autora sostiene también la inclusión del daño potencial o futuro en el concepto de daño ambiental bajo el argumento de que son precisamente las situaciones de riesgo que se convierten, si no se soluciona con el tiempo, en daños irreparables o crónicos hacia el medio ambiente. También deberá establecerse el coste de los daños futuros cuando el daño sea prácticamente inevitable. En estos casos, el mecanismo de responsabilidad debería materializarse en la adopción de medidas preventivas que obliguen a la interrupción de la actividad contaminadora y la retirada, en la medida de lo posible, de las sustancias contaminantes y, finalmente, la compensación del coste de reparación del daño probable. Así, el Tribunal Supremo Español ha afirmado reiteradamente, que la estimación de una responsabilidad por daños contra el medio ambiente abarca, necesariamente, la adopción de medidas dirigidas a evitar la repetición de tales daños en el futuro, pues de otro modo resultará inútil obligar y condenar al contaminador a indemnizar el daño causado y sin impedir de practicar actos perjudiciales en el futuro.

La adopción de medidas preventivas recibió la acogida en los ordenamientos internacionales como resultado del principio de la prevención y de la adopción de la teoría de la responsabilidad civil fundada en el riesgo derivado de actividades peligrosas. La Convención de Lugano incluyó en el concepto de daño el coste de las medidas de salvaguarda y de cualquier pérdida o perjuicio derivadas de ellas, provenientes tanto de propiedades de sustancias peligrosas, como de organismos genéticamente modificados, de micro-organismos o causadas por desechos. Otros dictámenes contemplaron también la misma concepción preventiva: Convenio sobre Transporte de Mercancías Peligrosas, Convenio del Consejo de Europa y de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos. La concepción preventiva incluye por tanto las medidas adoptadas antes de la producción del daño y las adoptadas después del evento dañoso; ambas contemplan la reparación como forma de prevenir mayores daños futuros⁷⁷⁶.

DUTRA LUCARELLI también es defensor de que el daño futuro no puede ser excluido del resarcimiento debido al perjuicio causado solo por manifestar resultados en tiempo futuro e incierto. Aporta al debate la legislación italiana, que permite que sea incluido en la sentencia, el análisis del

⁷⁷⁶ *Idem. Ibidem.* pp. 79-80.

gasto efectuado de manera equitativa, el daño que no puede ser probado o cuantificado, pero que tiene alta probabilidad de que se produzca, hecho que, en cuanto se trata de daño ambiental, es de rara demostración. Se exige, pues, un juicio de probabilidad para la caracterización del daño futuro. Además, cabe destacar que el daño ambiental futuro es distinto de los daños ulteriores y eventuales que los bienes jurídicamente tutelados puedan sufrir como consecuencia del mismo evento que causó el perjuicio al ambiente⁷⁷⁷.

En lo que se refiere al daño futuro, no puede entenderse que los tribunales amporen una comprensión restrictiva del concepto de daño ambiental, adoptando una postura que solo exige el daño potencial con respecto al conjunto con el daño real, lo que es una realidad observada en los Tribunales brasileños. BESSA Antunes critica la orientación afirmando que ***“Al exigir que el autor presente la prueba del daño real, los Tribunales imponen todo el onus de la prueba judicial a los autores, suavizando la responsabilidad objetiva del contaminador. Además, es importante que se observe que el Derecho Ambiental ejerce su función protectora, también, con relación a las generaciones futuras, resultado del concepto de equidad intergeneracional, que es uno de los principales aspectos. Sin embargo, el daño futuro, muchas veces, no puede ser probado de plano, viniéndose a materializar solamente con el paso del tiempo”*** (grifo).⁷⁷⁸ Postura idéntica se ha producido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, que han exigido que se produzca una lesión concreta de los elementos que integran el daño al medio ambiente para caracterizar el daño ambiental y del cual nos vamos a ocupar en el capítulo III de la presente Tesis Doctoral.

5.1.2.2 La reparación del daño individual y el onus de la prueba

Inicialmente, conviene partir de las materias de la reparación del daño y de su respectiva comprobación. Cabe, entonces, transcribir el Libro Blanco

⁷⁷⁷ DUTRA LUCARELLI, Fabio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.700, p.07-26, fev. 1994. p. 11.

⁷⁷⁸ BESSA ANTUNES, Paulo. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 291.

que describe la dificultosa cuestión inherente a la carga probatoria en las contiendas ambientales: *“En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba a favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad”*⁷⁷⁹.

Tratándose de la reparación ambiental, la regla es la de la reparación *in natura*. Sin embargo, hay situaciones en las que se hace imposible promover el retorno al *status quo*, por lo que los daños deberán ser indemnizados desde tres enfoques: **daño emergente**, definido como la pérdida y los daños debidos, efectivamente, al autor de la acción; **daño por el lucro cesante**, definido como la pérdida inmediata correspondiente a la ganancia patrimonial que el perjudicado habría obtenido si no se hubiese producido el hecho dañoso; y el daño verificado en el **momento de la liquidación**, directa o indirectamente dirigido con el hecho dañoso, pero inconfundible con el daño por el lucro o provecho emergente.

En lo que se refiere a los daños por lucro emergente, la legislación española tradicionalmente los reconoce, siempre que los daños se refieren a un bien sometido a un **derecho patrimonial del individuo, admitiendo la posibilidad de producción de un daño ecológico que indirectamente afecte el patrimonio del particular**. Así, en los casos en los que el daño afecte a un medio natural que no es objeto de propiedad privada podrá incidir un daño emergente, de naturaleza estrictamente económica, como el ejemplo de la degradación del mar que deriva de la disminución de su legítimo uso de pescar. Sin embargo, el reconocimiento del derecho al lucro emergente no es

⁷⁷⁹ Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental. *op. cit.*, p. 20. Sobre la Comunidad Europea, señala que: *“El régimen comunitario también podría prever alguna de estas formas de reducción de la carga de la prueba tradicional, cuya definición específica se haría en una fase posterior”*.

unánime en la Comunidad Europea, encontrándose resistencias en el derecho británico y germánico.

También con referencia al lucro emergente, hay una controvertida cuestión en cuanto a la posibilidad de incidencia en los casos de daños ecológicos puros, sin que haya posibilidad de vincularlos al derecho patrimonial de alguien. GOMIS CATALÁ indica que, a pesar de que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales no admitan esta hipótesis, podrá la jurisprudencia suplir la laguna, como ejemplo de lo acaecido en Puerto Rico, en el caso Zoe Colocotroni, en el cual el juez consideró que la pérdida causada en un cuerpo hídrico por una marea negra *“no era tan solo la de ciertos animales o ciertas plantas sino, sin duda, la pérdida más esencial de la capacidad de los elementos contaminados del medio ambiente para regenerarse y permitir formas de vida durante un cierto período de tiempo”*⁷⁸⁰.

En lo que respecta a la comprobación del daño ambiental, cabe destacar sus reales dificultades, considerándose que la prueba es de naturaleza técnica y de costes elevados. Además, un factor relevante y que será profundizado en el último punto de ese capítulo es el de la desigualdad económica verificable, en regla, entre el agente contaminador y la víctima. Sobre el peligro de imponerse el *onus* de la prueba con respecto a aquel que sufrió el daño, Salvatore Patti sostiene: *“una visión realista del problema no puede, sin embargo, prescindir de la dificultad que el individuo encuentra en el momento de hacer la prueba del daño y, a veces, de identificar al responsable. En otros términos, no se debe subvalorar la consecuencia de la disparidad de poder económico entre quien provoque el daño y quien lo sufre. Es hecho notorio que muchas veces la decisión de los pleitos ambientales es extremadamente dependiente de los resultados de difíciles y costosas averiguaciones técnicas. Se comprende entonces cómo la posibilidad de*

⁷⁸⁰ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.86. Considerando el carácter colectivo del que el daño ambiental está caracterizado, la autora, también comenta el caso en cuestión afirmando que *“evidentemente a la reparación de esta parte se opondrán los problemas que se derivan de las características analizadas en relación con el daño ambiental (existencia, relevancia, evaluación...) a los que, sin duda, habrá que añadir la determinación de la persona legitimada para reclamar su reparación condicionada, como se expone a continuación, por el carácter colectivo del daño al medio ambiente”*.

éxito del individuo que actúa se reduce considerablemente como consecuencia del onus probatorio” (grifo)⁷⁸¹.

Así, la dogmática jurídica debe adoptar medios de superación que impliquen la realización del instituto de la responsabilidad civil ambiental (capítulo II), adoptando mecanismos que faciliten la producción de la prueba del daño, como la inversión de la carga de la prueba, a fin de evitar que la víctima y la propia sociedad se queden sin la correspondiente reparación debido a la dificultad o a la imposibilidad de prueba en determinados casos. A fin de facilitar la prueba del nexo de causalidad y del daño ambiental, los ordenamientos jurídicos del mundo, tienen, como regla, la de garantizar a las víctimas de los daños el derecho de acceso a las informaciones obtenidas por las Autoridades Públicas, hasta incluso como consecuencia del Principio de la Información (véase capítulo I).

5.1.2.3 El daño ambiental individual y sus dimensiones social y moral

Cabe destacar, también, que **el daño ambiental siempre tiene una dimensión social, incluso cuando se estudia bajo el prisma del daño individual**. La incidencia del daño implica un impacto negativo causado al bienestar de la colectividad en razón de la degradación ambiental y de la imposibilidad de disfrute de los bienes ambientales durante el tiempo necesario para que la integral restauración ambiental se rehaga, con el retorno a la situación en la que se encontraba antes de la producción del hecho causador del daño. Conforme a lo estudiado en el capítulo I, al considerar al medio ambiente un bien al que todos tienen derecho, Francisco José Marques Sampaio sostiene que, cuando se produce un daño ecológico, se alcanza un interés difuso, pues *“es preciso comprender que el daño ambiental provoca, también, ese daño social, representado por el tiempo durante el cual la colectividad se queda privada del disfrute del bien o del recurso ambiental*

⁷⁸¹ DUTRA LUCARELLI, Fábio *apud* SALVATORE Patti. *op. cit.*, p. 178.

*afectado por la actividad dañosa y del beneficio que éste proporcionaba al equilibrio ecológico*⁷⁸².

Por tanto, no es sólo la agresión a la naturaleza la que debe ser objeto de reparación, sin también la privación impuesta a la colectividad por el hecho de no poder disfrutar de un medio ambiente ecológicamente equilibrado, de un bienestar y de una sana calidad de vida. Por eso, si la recomposición integral del equilibrio ecológico depende de un lapso temporal mayor, Marques Sampaio entiende que *“la colectividad tiene el derecho subjetivo a ser indemnizada por el período que transcurre entre la producción del daño y la integral reposición de la situación anterior de equilibrio ecológico y disfrute del bien ambiental alcanzado*⁷⁸³.

En esa óptica, la medida de los daños causados debe entenderse como el coste de la recuperación de los recursos damnificados, entendiéndose como que el accidente que causó el daño no se hubiera producido, y la compensación por la pérdida temporal de recursos desde el momento del daño hasta que los recursos sean totalmente recuperados. Se ponen de manifiesto, entonces, los principios de la prevención y del contaminador-pagador, pues en el momento en que los responsables por los costes sociales de los daños ambientales están involucrados, encuadrándolos en esa dimensión, hay un desarrollo de las actividades de las empresas en la medida en que se preocuparán de prevenir que puedan producirse nuevos daños al medio ambiente, implicando el contenido de la internalización de los costes (capítulo III).

También debe recordarse que el daño ambiental se estudia en la dimensión del **daño moral**. En las palabras de Walter Moraes, traídas a colación en un debate por Wilson Melo Da Silva, debe considerarse que daño moral *“es, no un fraude al patrimonio, ni aun la situación donde solo difícilmente se podría evaluar el fraude, sino la situación donde no hay o no se verifica disminución alguna. Pues, si hubiera disminución en el patrimonio, o si es difícil o incluso imposible evaluar con precisión tal disminución, ya hay*

⁷⁸² SAMPAIO, Francisco José Marques. *op. cit.*, p. 107.

⁷⁸³ *Idem. Ibidem.* p. 108.

daño, y éste puede ser estimado por aproximación; y luego será superflua la figura del daño moral. Es decir, que daño moral es, técnicamente, un no daño, donde la palabra 'daño' es creada con sentido figurado o como metáfora: un perjuicio o una lesión, a la persona pero no al patrimonio. La indemnización por el daño moral tiene un aspecto absurdo porque no había daño ni, por consiguiente, disminución del patrimonio. Y el dinero que el deudor paga nada indemniza. El dinero pagado, a su vez, no podría recomponer la integridad física, psíquica o moral lesionada. No hay correspondencia ni posible compensación de valores. Los valores considerados morales son valores de otra dimensión, irreductibles a lo patrimonial. De ahí que en la indemnización por daño moral abarca todo cuando no es patrimonial o económico ni material, como si lo económico y lo físico no entrasen en el campo de la moral. De ahí también la necesaria explicación del fenómeno en el sentido de la indemnización de la víctima de un mal irremediable. Hay algo de compensación, pero de compensación realmente no se trata, aunque no haya término o medida de equivalencia. Tampoco se trata de pena, ya que las penas, también las civiles, operan mucho más como medidas represivas y mucho menos como soluciones reparativas. Tercera consecuencia de tal singularidad, es que el dicho 'daño moral' no es indemnizable sino en las hipótesis en las que lo introduce la ley en el ordenamiento de modo evidente'⁷⁸⁴.

Gabriel Stiglitz nos recuerda que el reconocimiento del derecho a la indemnización por daño moral siempre tropezó con obstáculos, derivados de las teorías que negaban la reparación de este tipo de daño, de los llamados requisitos del resarcimiento del daño (que sea subyacente, que sea significativo económicamente, que sea personal y propio), de la limitación al resarcimiento únicamente a los daños a intereses legítimos o derechos subjetivos, de la falta de reconocimiento de los intereses supraindividuales⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ MELO DA SILVA, Wilson. **Responsabilidade sem Culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. pp. 24-28. En el derecho español la jurisprudencia del TS, desde 1912, consideró indemnizable el daño moral no previsto por la ley.

⁷⁸⁵ STIGLIZ, Gabriel A.. Daño Moral Individual y Colectivo: Medio Ambiente, Consumidor e Dañosidad Colectiva. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, v. 19. p.69.

En lo que se refiere a los **daños ambientales sufridos por individuos**, habrá situaciones claras donde se distinguirán los daños morales con nitidez, en la medida en que los derechos a la salud, al sosiego, a la tranquilidad han sido equiparados a los derechos de personalidad ^{786 787}.

En Portugal, el artículo 40, N. 5 de la Ley de Bases del Ambiente confiere legitimación a las autarquías locales para que exijan las compensaciones por el ejercicio de actividades susceptibles de que perjudiquen la utilización de los recursos del ambiente, por parte de las entidades responsables por los perjuicios causados. Sin embargo, Blanca Martins de la Cruz sostiene que estas compensaciones no deben ser confundidas con la reparación debida por los perjuicios materiales, que ya está garantizada en la previsión del artículo 40, N. 4, que reconoce a todos los individuos amenazados o lesionados, “en su derecho a un ambiente de vida humano sano y ecológicamente equilibrado al reivindicar tanto la cesación de las causas de violación como las respectivas indemnizaciones”. La autora advierte que esas compensaciones son debidas *“a todos aquéllos que se sientan víctimas de riesgos, de la amenaza permanente, de que vienen a sufrir un perjuicio en la utilización de los recursos ambientales, que el ejercicio de*

⁷⁸⁶ La jurisprudencia brasileña ilustra el daño moral a través del siguiente suceso: “Civil. Medio ambiente. Responsabilidad civil. Vaciado de aceite de la Petrobrás en la bahía de Guanabara. Acción de indemnización de lucro cesante y daño moral, presentada por un pescador, juzgada procedente. En tema de daño ecológico, sobre si es objetiva la responsabilidad del contaminador (par. 1., del art. 14 de la Ley N. 6.938/81), dada su especial naturaleza se admiten presunciones, ya sea en cuanto a la causalidad, ya sea con respeto a la duración del daño, que, de ordinario, no actúa en rigor de los límites temporales. Prueba de que el autor era pescador, matriculado en la Capitanía de los Puertos y en Colonia de Pesca en Acajú, y que sus ganancias mensuales eran de 800,00 reales. Declaraciones de que la paralización de la actividad transcurrió durante tres meses. Ganancia obtenida en este período. Daño moral, aunque no derive necesariamente del material. Recurso anterior parcialmente probado y del autor, perjudicado”. En Brasil, TJRJ, ApCív 2002.001.16035, rel Dês. Luiz Roldão de Freitas Gomes, l. 01.10.2002.

⁷⁸⁷ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *op. cit.*, p. 1903, explica que “al margen del daño moral que se pudiera derivar del corporal (dolores físicos, sufrimiento psíquico, ‘pérdida de agrado’ y perjuicio estético), puede desencadenarse uno más específico en los supuestos de daños medioambientales, consistente en la incomodidad y en la dificultad de las condiciones de vida que derivan de un incidente ecológico o de cualquier otra lesión al medio ambiente, que se traducen en los consiguientes sufrimientos morales o disturbios psíquicos caracterizadores del daño moral tradicional. Piénsese, por ejemplo, en los trastornos que supone el cambio de costumbres al que obliga la nueva situación ambiental (evitación de contagios, imposibilidad de consumir ciertos alimentos, abstenerse de tener descendencia en cierto tiempo o de mantener relaciones sexuales...), en el propio riesgo de estar expuesto a peligros – quizás indeterminados – para la salud de las personas, en la incomodidad o molestia que produce la contaminación acústica o en el mero sentimiento de frustración por la destrucción de un bosque o por la degradación de un hábitat”.

ciertas actividades siempre representa". En ese momento, la autora portuguesa concluye afirmando que esas compensaciones aseguran una especie de indemnización por la producción del daño moral, *"traducido en esta amenaza, con posibilidad de concretarse en cualquier momento, dada la peligrosidad (para la normal utilización de los recursos ambientales) que el ejercicio de la actividad en causa siempre comportaría"*⁷⁸⁸.

En Brasil, el ordenamiento jurídico no permitía que se acumulara el daño moral y el daño patrimonial. Así, no se indemnizaba el daño moral si la ofensa produjera al mismo tiempo un daño patrimonial, cuya solución contraria ya era defendida por la jurisprudencia incluso antes de la llegada de la Constitución Federal de 1988. Sin embargo, con la vigencia de la Carta Magna, el reconocimiento del daño moral pasó a estar consagrado, en conformidad con la previsión del artículo 5, incisos V y X⁷⁸⁹. En el mismo sentido, el Código de Defensa del Consumidor, L. 8.078/91, en conformidad con el contenido del artículo 6, VI, asegura la efectiva presunción y reparación de los daños patrimoniales, junto con los daños morales⁷⁹⁰. El Código Civil Brasileño, de 1916 aún no se pronunciaba acerca del asunto y solamente admite la indemnización de daños que no tienen carácter patrimonial en las hipótesis expresamente previstas. El Código Civil vigente, acompañando la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, prevé la reparación por el daño moral a través de su artículo 186 por *"Aquél que [...] causa daño a otros, aunque sea de carácter exclusivamente moral, comete acto ilícito"*⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ MARTINS DA CRUZ, Branca. **Responsabilidade Civil**. *op.cit.*, p. 20.

⁷⁸⁹ Constitución de la República Federativa de Brasil - Artículo 5.: *"Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...] V: "Es asegurado el derecho de respuesta proporcional al agravio además de la indemnización por daño material, moral y a la imagen . [...] X: "Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurando el derecho a la indemnización por el daño material o moral derivado de su violación". PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 15.*

Código de Defensa del Consumidor – L. nr. 8.078/90 – Artículo 6.: *"Son derechos básicos del consumidor: [...] VI – la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos". ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 666.*

⁷⁹¹ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 204.

En España, el derecho al daño moral, vinculado a los daños ambientales individuales, ha sido relacionado con el derecho a la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución Española, al prever “1. Se reconoce el derecho a la protección de salud.2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.⁷⁹² Natalia Álvarez Lata con respecto al STS del 2 de febrero de 2002 (RJ 2001, 1003) apunta que parece “*intuirse el derecho o interés de los sujetos a una calidad ambiental o bienestar ambiental, desvinculándose del derecho de propiedad o del derecho a la integridad física y acercándolo a la protección de una esfera más espiritual de la persona: ‘al lado de los derechos públicos, subjetivos, civiles, políticos, sociales y económicos, se puede afirmar la existencia de los derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión más sobresaliente es el derecho a la calidad ambiental’*”.⁷⁹³ Sostiene la misma autora que en la medida en que determinadas actividades causan daños ambientales, deteriorando los recursos naturales, degradando los componentes biológicos de determinados ecosistemas o alterando las condiciones de vida social, es obvio que dentro de los principios generales del Derecho se incorpora como consecuencia la aplicación de postulados de la responsabilidad jurídica, sea administrativa, penal o civil para el (los) autor (es) del daño.

5.1.2.4 Criterios jurídicos para la reparación del daño ambiental individual

Conviene que comencemos por hacer referencia a los criterios de la reparación del daño ambiental. Cuando se confirma la responsabilidad civil en

⁷⁹² MARTIN REBOLLO, Luis (org.). **Constitución Española**. Elcano (Navarra): Aranzadi Editorial, 1996. p. 107.

⁷⁹³ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *op. cit.*, pp. 1904-1905.

razón de la actividad que deriva del daño ambiental, se hace necesaria la reparación integral, que debe ser la más amplia posible; es decir, desde la cuantificación del precio de la vida, con todas las dificultades para la fijación de ese *quantum* indemnizatorio, hasta el sentido pedagógico que la responsabilidad civil ambiental conlleva para el contaminador y para la propia sociedad.

Todas las consecuencias provenientes de la conducta lesiva deben ser objeto de reparación para que sea considerada completa. Al estudiar el Derecho Brasileño, Marques Sampaio apunta que *“El coste de la reconstitución del ambiente afectado debe abarcar los gastos derivados de la actividad estatal realizada en virtud del daño acaecido, **el tratamiento médico de individuos afectados por el daño ecológico (daños personales, materiales y morales causados a terceros) y el daño social.** Los efectos futuros de un determinado hecho causador del daño deben ser contrastados, tanto como permita el estado del arte y de la técnica, en prueba pericial”* (grifo).⁷⁹⁴ Así, en la reparación del daño ambiental, la regla es buscar la resarcibilidad que deriva del daño y, así, garantizar el disfrute del bien ambiental⁷⁹⁵.

La primera modalidad de reparación del daño ambiental es la recomposición del bien ambiental degradado a su estado anterior, colaborando en la restauración del proceso ecológico; es decir, la obligación de restablecer el *status quo* violado por la actividad contaminadora, siempre compatible con el desarrollo económico y social. Sin embargo, las peculiaridades inherentes, la simple ecuación financiera como fórmula para que se haga la reparación del daño es absolutamente inadecuada. Primero porque surge la propia valorización del bien ambiental; segundo porque no siempre es posible

⁷⁹⁴ MARQUES SAMPAIO, Francisco José. *op. cit.*, p.229.

⁷⁹⁵ MILARÉ, Edis. **Revista de Direito Ambiental**, n. 0, p.31 sostiene que: *“en la reparación de los daños ambientales, la regla es buscarse, por todos los medios razonables, ir más allá de la resarcibilidad (indemnización) en base al daño, garantizándose el disfrute del bien ambiental. El legislador trata de imponer un coste al contaminador, que cumple dos objetivos principales: dar una respuesta económica a los daños sufridos por la víctima (individuo o sociedad) y disuadir las conductas similares del contaminador o de terceros”*.

cuantificar los costes en materia ambiental⁷⁹⁶. Por consiguiente, el requerido quedará condenado a una prestación de hacer, o no hacer, que recomponga en especie la lesión al interés difuso violado, bajo pena de ser ejecutado por terceros, a expensas del contaminador, o de pago de multa diaria por el retraso en el cumplimiento de la sentencia⁷⁹⁷.

En España también prevalece la reparación *in natura*. GOMIS CATALÁ afirma que esta modalidad “*constituye la opción principal que ofrece el mecanismo de la responsabilidad civil cuando de daños al medio ambiente se trata: la única reparación razonable desde el punto de vista ecológico. La diferencia de los daños corporales o contra la propiedad, los daños al medio ambiente no pueden ser abordados exclusivamente desde una óptica económica y, por consiguiente, la compensación monetaria – conocida comúnmente como indemnización de daños y perjuicios – siempre será subsidiaria en relación con la reparación in natura*”⁷⁹⁸.

Sin embargo, al tratar la indemnización en especie, PERALES afirma que la intención de todas las legislaciones es priorizar la reparación en especie y solamente cuando ésta no resulta posible, o conjuntamente con ella, se exigiría una indemnización *in natura*⁷⁹⁹. Cuando se ocupa de la concepción de las leyes de responsabilidad civil ambiental en España, PERALES sostiene que la normativa ambiental “*se preocupa de dejar al medio ambiente indemne de cualquier daño que pueda sufrir, aunque también debe servir como nota al legislador, en el sentido de evitar diferencias innecesarias y repeticiones que*

⁷⁹⁶ BESSA ANTUNES, Paulo, en la p. 30 de la *op. cit.*, ilustra que “*aunque fuera posible una correcta cuantificación de los costes de la extinción de una especie, no se podría superar la dificultad de sustituir la vida perdida, dado su carácter de no fungibilidad*”.

⁷⁹⁷ Ley. 7.347/85, en la previsión de su artículo 3. determina que: “*la acción civil podrá tener por objeto la condena en dinero o el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer*”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 631.

⁷⁹⁸ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 249.

⁷⁹⁹ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p. 230. Escribe el autor que: “*en realidad, la intención de toda la legislación es la misma: dar prioridad a la reparación en especie y, sólo si ésta no es posible, o conjuntamente con ella, puede exigirse la indemnización. Esta última es una imprecisión técnica en la que incurren muchas normas, ya que no parece posible exigir a la vez reparación in natura e indemnización, puesto que ambas responden a un mismo hecho y a una misma finalidad. Tampoco puede decirse que la indemnización cumple la función de sanción, ya que ésta no tiene nada que ver con la reparación propiamente dicha y, además, las leyes comentadas prevén todas ellas, con independencia de reparación in natura y la imposición de indemnización, las correspondientes sanciones*”.

*técnicamente no son correctas*⁸⁰⁰. El autor indica el artículo 100 de la Ley de Costas como criterio para fijar el coste de la indemnización: “*Cuando la restitución o reposición no es posible, en todo caso, subsistiendo daños irreparables y perjuicios, los responsables de la infracción deberán pagar la indemnización. Cuando los daños son de difícil evaluación, se tomarán en cuenta los siguientes criterios: coste teórico de la restauración y reposición; valor de los bienes damnificados; coste del proyecto o de la actividad causadora del daño; beneficio obtenido con la actividad infractora. Cuando el beneficio sea superior a la indemnización, se tomará para ésta, como mínimo, la cuantía de aquél*”⁸⁰¹.

En el mismo sentido, Manuela Flores afirma que, en Portugal, se destaca el papel de la reconstitución natural como forma prioritaria de reparación, aclarando que la compensación monetaria solamente acontece en los casos de reconstitución técnicamente imposible o excesivamente onerosa, del resto, inspirada en el principio de la internacionalización de los costes de la actividad peligrosa⁸⁰². A propósito, GOMIS CATALÁ⁸⁰³ recuerda que la fórmula de la reconstitución natural es adoptada como opción prioritaria de reparación del daño ecológico en el ámbito de los Tratados Internacionales, como está previsto en la Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad Civil en materia de residuos y el Convenio del Consejo de Europa.

Sin embargo, debe entenderse que la reparación *in natura*, si se considera como reconstitución exacta del medio ambiente, restableciéndose el *status quo*, es tarea imposible, cuyos efectos son relativos, parciales, en razón de las inmensas dificultades científicas y técnicas que la reparación del daño

⁸⁰⁰ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p. 231.

⁸⁰¹ *Idem. Ibidem.* p. 238.

⁸⁰² FLORES, Manuela. Responsabilidade Civil Ambiental em Portugal: legislação e jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 07-24, jul./set. 1996. p.13.

⁸⁰³ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 253. Escribe la autora que “*En este sentido, el Convenio sobre el transporte de mercancías peligrosas, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos y el Convenio del Consejo de Europa no han hecho más que continuar la línea instaurada por primera vez por el Protocolo de 1984 por el que se modifica el Convenio sobre el transporte marítimo de hidrocarburos. En este orden de ideas, merece la pena destacar el último de los Convenios adoptados en la materia (el Convenio del Consejo de Europa), cuyo artículo 1 expresa lo siguiente: ‘El presente Convenio pretende asegurar una reparación adecuada de los daños ocasionados por las actividades peligrosas para el medio ambiente y prevé igualmente los medios de prevención y de reparación ‘in natura’*”.

impone. Por consiguiente, apuntamos tres motivos: primero, porque es muy difícil si se conoce el propio *status quo*, ya que no existen inventarios o estudios científicos globales ni siquiera iniciados antes de la degradación; segundo, porque es indispensable disponer de criterios científicos capaces de calcular el grado de reconstitución del medio damnificado, de tal forma que el *standard* de reparación establecido para cada caso concreto sea correlacionado al *standard* de calidad ambiental legalmente previsto; tercero, porque deben ser consideradas las propias dudas que corresponden a la existencia del daño ambiental, una vez que es imposible prever los efectos futuros del hecho lesivo cuando se compara con la capacidad de regeneración natural.

Analizando ese contexto, la reparación *in natura* solamente es aplicable, en la práctica, si es técnicamente posible y económicamente razonable. En ese punto, recordamos el principio de la proporcionalidad que limita, por tanto, el alcance de las medidas de reparación aquellas medidas óptimas, fruto de la comparación entre su coste y la ventaja para obtenerla. La sistemática también es adoptada por los Convenios Internacionales, que contemplan expresamente el límite de la proporcionalidad al indicar que “*la indemnización por deterioro del medio [...] estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse*”⁸⁰⁴. La propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos especifica que el demandante podrá pedir la reparación *in natura*, salvo cuando los gastos son comprobadamente superiores al beneficio derivado para el medio ambiente de esta rehabilitación y en el caso de que puedan adoptar medidas alternativas a la rehabilitación por un coste considerablemente menor.

Esos obstáculos que derivan de las dificultades científicas y de la limitación por el principio de la proporcionalidad tienen como consecuencia la

⁸⁰⁴ *Idem. Ibidem.* pp. 261-262. La doctrina apunta una denominada **reparación adecuada** a través del principio de la proporcionalidad que: “*limita, por lo tanto, el alcance de las medidas de reparación a aquellas medidas ‘óptimas’ fruto de la comparación entre el coste de las mismas y el resultado obtenido. Si desde una óptica general la delimitación de este principio plantea problemas, mayores dificultades suscita cuando se refiere a la reparación del daño ambiental: por una parte, trae a colación la ardua determinación de la cuantificación económica del daño [...] y, por otra, la valoración del beneficio obtenido desde el punto de vista ecológico*”.

aceptación de un concepto amplio de reparación *in natura*, implicando medidas diferentes de las tendentes a alcanzar la restauración exacta del medio, pero con un efecto ecológico proporcional. Cuando la reparación *in natura* sea imposible o desproporcional, el interés ecológico protegido exige la búsqueda de nuevas soluciones que, por lo menos, impidan la ausencia total de la reparación o su mera sustitución por la indemnización en especie⁸⁰⁵. A título ilustrativo, se destaca a C.E.R.C.L.A, la Ley Federal Alemana sobre la protección de la naturaleza y el Convenio del Consejo de Europa, que admiten expresamente en sus definiciones de reparación del medio ambiente medidas dirigidas a alcanzar un efecto equivalente a la restitución absoluta, aun cuando sea imposible. Así, indican como medidas sucesivas, de suerte que la siguiente solamente podrá ser adoptada cuando las antecedentes sean desproporcionales o científicamente imposibles, 1. la reparación únicamente de determinados elementos naturales capaces de provocar un efecto ecológico equivalente a lo que producían los restantes irreparables; 2. la compensación física real del perjuicio en un lugar vinculado espacial y funcionalmente a la área degradada; 3. la sustitución o creación *ex nihilo* de un ecosistema diferente del precedente, a través de la creación de un biotipo análogo o de la clasificación de un terreno como reserva natural⁸⁰⁶.

La indemnización en pérdidas y daños aparece subsidiariamente, ya sea porque la lesión ambiental ya no comporta la reparación *in natura*, implicando, muchas veces, la inviabilidad de la *restitutio in integrum*, ya sea porque la indemnización pecuniaria se revela adecuada sólo para la propia reparación. En ese punto interesa la interpretación de Darlan Rodrigues Bittencourt y Ricardo Kochinski Marcondes, que sostienen que la indemnización pecuniaria siempre vendrá a incidir, cuando se haya efectivo el principio del contaminador-pagador, pues no basta con la cesación del daño y la recuperación del bien ambiental, debiendo el contaminador indemnizar a la colectividad por la utilización perdida del 'bien de uso común del pueblo', resarciéndose la sociedad por la imposibilidad de disfrutar durante el tiempo en el que se verificó la contaminación y por el valor necesario para la completa restauración ambiental. Así, la indemnización debería ser impuesta para

⁸⁰⁵ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.264.

⁸⁰⁶ *Idem. Ibidem.* p. 265.

resarcir los daños sociales y morales producidos derivados de la conducta contaminadora, hecho que, tal y como consideran de los mencionados autores, no constituye un *bis in idem* porque no abarca el coste de la recuperación *in natura*^{807 808}.

Cabe destacar, también, que en lo concerniente a la indemnización, en razón del principio de la reparación integral del daño ambiental, en Brasil no se admite lo que se denomina una “tarifación” de la responsabilidad; es decir, no hay límite indemnizatorio, tal y como regula el artículo 225, párrafo 3 de la Constitución Federal⁸⁰⁹. Desde el momento en que la legislación reconoce el riesgo como fundamento de la indemnización derivada de daños ambientales, está, *ipso jure*, reconociendo la existencia de una previsibilidad en la producción de siniestros, de una inevitabilidad de los mismos, de una frecuencia de accidentes, y, ese hecho tiene consecuencias económicas derivadas del aumento de los costes de las actividades peligrosas en razón de la necesidad de pago de indemnizaciones a las víctimas, hecho que no podrá hallar una tarifa o limitación de los valores indemnizatorios. En ese sentido, DUTRA LUCARELLI entiende que *“no puede la fijación de tarifa inapropiada para la restitución del daño ecológico, que debe ser integral, exonerar al responsable... las víctimas no están obligadas a contentarse con una*

⁸⁰⁷ RODRIGUES BITTERCOURT, Darlan; KOCHINSKI MARCONDES, Ricardo . Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 740, p. 53-95, jun. 1997, p. 90.

⁸⁰⁸ En Brasil, la cuantía correspondiente a la indemnización en especie, cuando derive de una acción civil pública, debe ser revertida para el fondo previsto en el artículo 13 de la Ley. 7.347/85, que consiste en un ‘fondo fluido’ que se destina a la reconstitución de los bienes lesionados, con la finalidad de reparar las lesiones a los consumidores o a las personas portadoras de deficiencias físicas. Sin embargo, no habrá obligatoriedad de aplicar los recursos en la recuperación de aquél bien lesionado que fue objeto examinado en el contexto del plan de la acción civil pública, pudiendo el Consejo Gestor del fondo destinar los recursos a la reparación de otro bien. Por eso, existe el riesgo de que la aplicación de los ingresos del fondo resulte totalmente desvirtuada de su efectiva e inicial finalidad. El artículo 13 de la referida Ley prevé que “Habiendo condena en dinero, la indemnización por el daño causado se revertirá a un fondo administrado por un Consejo Federal o por Consejos Estatales de los que participarán necesariamente: el Ministerio Público y los representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Ed. Verbo Jurídico. Porto Alegre. p. 632.

⁸⁰⁹ Constitución de la República Federativa de Brasil – Párrafo 3. del artículo 225: “Las conductas y las actividades consideradas lesivas al medio ambiente someterán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, [s.d.] p. 97.

reparación incompleta, pues de sostener lo contrario es sostener que los perjuicios causados por ciertas actividades sobrepasan la capacidad humana de previsión. Por tanto, resulta totalmente no jurídica la limitación previa de un techo máximo por el cual será el asegurador responsable de la indemnización, y sólo se verificará el montante del daño acaecido cuando éste se haya producido, no pudiendo ser medido anticipadamente” (grifo)⁸¹⁰.

Finalmente, es preciso observar que además de la obligación de recomponer el medio ambiente y de pago, en especie, por la producción de los daños sociales y morales, la condena civil del contaminador deberá abarcar medidas preventivas de daños futuros (derechos generacionales). De esa forma, la reparación del daño, incluye un concepto más amplio del de la mera reparación *in natura* o indemnización, pero, fundamentalmente, la adopción de medidas preventivas, implícitamente inherentes a la responsabilidad civil ambiental. A este propósito, el origen preventivo del principio del contaminador-pagador obliga a soportar los costes de los gastos necesarios para controlar la contaminación gradual de modo que se mantenga dentro de los niveles considerados aceptables por las autoridades públicas⁸¹¹. Esa concepción puede encontrarse en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, que establecen la necesidad de adoptar medidas preventivas en las esferas del derecho privado y del derecho público, según se constata en los sistemas franceses, españoles, italianos y portugueses.⁸¹² Y la adopción de medidas preventivas o hasta incluso *in natura* no inhiben la indemnización del daño individual causado a la víctima.

5.1.2.5 La evaluación del daño ambiental individual

⁸¹⁰ DUTRA LUCARELLI, Fábio. *op. cit.*, p. 24.

⁸¹¹ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra. **O Princípio do Poluidor-Pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1997. pp. 155-157 La autora se refiere también a los costes de prevención de los daños ambientales, asociados al principio de la prevención que obliga a que el agente contaminador soporte los costes de la prevención cuando ya existen pruebas científicas de perjuicio de una actividad, de nexos entre el daño y la causa y de la adecuación de las medidas de prevención.

⁸¹² GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 254.

Considerando que la indemnización debe traducir la real expresión del bien ambiental degradado, la fijación del *quantum* indemnizatorio es una cuestión que implica dificultades con respecto a la producción de casos concretos en razón de la evaluación del propio daño ambiental, pues ha de ser concebido con respecto a las esferas sociales, morales y materiales que la actividad contaminadora producen.

Preliminarmente, cabe observar que durante mucho tiempo ha habido resistencia en cuanto a la atribución de un valor económico al medio ambiente. Uno de los primeros obstáculos se refería a la clásica distinción entre bienes libres y bienes económicos, pues estos últimos eran considerados como útiles, escasos y accesibles y los primeros, donde se incluían los recursos naturales, aunque satisficieran necesidades vitales y más necesarios frente a los propios bienes económicos, eran entendidos como infinitamente abundantes, capaces de satisfacer sin restricciones toda la búsqueda que les fuese dirigida y, además, su consumo no estaba condicionado por ningún tipo de restricción, cuantitativa, monetaria u otra. El segundo aspecto que conviene destacar es el de la equivocada concepción jurídica de concebir a los recursos naturales como *res nullius*, es decir, considerar que los bienes naturales “*no pertenecen a nadie, y como cualquier individuo puede tener acceso a ellos libremente, nadie está responsabilizado por su degradación. Esta concepción fue finalmente superada por la noción del medio ambiente y recursos naturales como res omnium*”⁸¹³.

Por consiguiente, fue necesaria la superación de antiguos paradigmas, con el fin de que se pudiera formular una teoría de evaluación económica de los daños ambientales de carácter social, dotada de criterios tanto ético-jurídicos como científicos. Es decir, en virtud de no poder ser olvidada, en el proceso de evaluación, la importancia del medio ambiente para la subsistencia de la especie humana, al lado de la necesidad científica de caracterizar el daño ambiental en sus dimensiones temporal y espacial, esto es, en la concepción de la extensión del daño producido, de la reversibilidad de

⁸¹³ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra. *op. cit.*, pp. 23 a 26.

los efectos, de los riesgos para las futuras generaciones, de los efectos acumulativos, entre muchos otros ya mencionados en el presente trabajo. En una sociedad orientada por el monetarismo, todos los bienes, patrimoniales o personales, serán susceptibles de una evaluación pecuniaria. Tratándose de bienes patrimoniales, no hay dificultades para la fijación de la reparación, pues el perjuicio tiene carácter económico y se basan en el mismo para la fijación del daño. Sin embargo, para los daños catalogados como no patrimoniales, el proceso de monetarización deja de ser lineal. Partiéndose de una valoración ética, la respectiva expresión monetaria será impuesta como consecuencia del deber de indemnizar que pesa sobre el patrimonio del causante del daño, siendo considerada una obligación en sentido propio⁸¹⁴.

Además, conforme al contenido recientemente examinado, el daño ambiental deberá ser examinado desde una perspectiva social y moral. En la esfera social, el daño ambiental puro debe ser examinado en el sentido del impacto negativo en relación al bienestar de la colectividad a través de la degradación del medio ambiente y por la imposibilidad del disfrute de los bienes ambientales durante el tiempo necesario para que la integral restauración se rehaga, eso es, restableciéndose el *status quo* de manera tal que permita que pueda volver a ser disfrutado por la colectividad. Según el objeto del presente trabajo, la producción del daño ambiental alcanza el interés difuso de la colectividad en el disfrutar de una calidad asegurada de un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como bien de uso común del pueblo, conforme a la previsión Constitucional.

El objeto de la evaluación del daño ambiental, con la consecuente fijación del *quantum* indemnizatorio, no es sólo la agresión a la naturaleza, sino también la privación impuesta a la colectividad, del equilibrio ecológico, del bienestar y de la calidad de vida que aquel recurso ambiental proporciona, junto con los demás. En otras palabras, es preciso que la víctima sea resarcida, aun cuando sea sólo por el equivalente económico, proporcionalmente al período en el que permanece privada de la posibilidad de

⁸¹⁴ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, p.36.

usar y disfrutar del bien común contaminado⁸¹⁵. Considerando que la recomposición integral del equilibrio ecológico, con la reposición de la situación anterior al daño depende de un amplio espacio temporal, en conformidad con las leyes impuestas por la propia naturaleza, la colectividad tiene el derecho de ser indemnizada por el período que media entre la producción del evento dañoso y la integral reposición de la situación anterior de equilibrio ecológico y disfrute del bien ambiental alcanzado⁸¹⁶.

Son tres los elementos básicos de la reclamación del daño a los recursos naturales. El primer elemento es el coste de la restauración, rehabilitación, reposición de recursos naturales o adquisición del equivalente a los mismos, objetivándose readquirir el *status quo ante*. El segundo elemento se refiere a la reducción del valor de estos recursos naturales en razón de la producción del daño ambiental, cuando considera la recuperación del recurso para la línea base, si el daño no se hubiera producido, tratando, entonces, de asegurar que el público sea compensado por el uso de recursos no relacionados con el mercado, como, por ejemplo, el impedimento de usar determinada área para el ocio. Finalmente, el tercer elemento versa sobre el denominado coste razonable de evaluación de los daños a los recursos naturales, que puede incluir el reembolso al sector de gastos que se hayan producido en las acciones de respuesta (contención y remoción del local de sustancias peligrosas u otras acciones necesarias para minimizar los daños), representando, también, un coste social que, generalmente, es soportado por el poder público.⁸¹⁷

Conforme a lo ya estudiado, la otra esfera para la evaluación del daño ambiental es la moral. En efecto, el daño moral es aquél que no significa una propia sustracción en el patrimonio, *“ni aun la situación donde sólo difícilmente se podría evaluar la sustracción sino la situación donde no hay o no se verifica disminución alguna. Pues, si hubiese disminución en el patrimonio, o si fuera*

⁸¹⁵ En Brasil, esa indemnización debe repercutir en el Fondo de Recuperación de los Bienes Lesionados, en conformidad con el contenido del Art. 13. de la L.nr. 7347/85, al que ya hemos hecho referencia en el presente trabajo.

⁸¹⁶ MARQUES SAMPAIO, Francisco José. *op. cit.*, p.108

⁸¹⁷ ADAIRE JONES, Carlos. A avaliação da perda pública causada por danos aos recursos naturais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 4, pp. 17-40, out./dez. 1996. p. 20.

difícil o incluso imposible evaluar con precisión tal disminución, ya hay daño, y éste puede ser estimado por aproximación; y luego será superflua la figura del daño moral. Es decir que daño moral es un no daño, donde la palabra ‘daño’ es empleada con sentido alusivo o como metáfora: un deterioro o una lesión (éste el término jurídico genérico), en la persona, pero no en el patrimonio”⁸¹⁸.

De ahí, la dificultad de estimación del daño moral.

El fundamento de la responsabilidad por el daño moral está relacionado con el hecho de que el individuo sea titular de derechos que integran su personalidad, no pudiendo conformarse el orden jurídico con la impunidad de los causadores del daño⁸¹⁹. STOCCO, recordando SAVATIER, afirma que el daño moral deriva de *“cualquier sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria”*, abarcando *“todo atentado a la reputación de la víctima, a su autoridad legítima, a su pudor, a su seguridad y tranquilidad, a su amor propio, estético, a la integridad de su inteligencia, a sus aficiones, etc.”⁸²⁰.*

STIGLIZ entiende que el reconocimiento del derecho a la indemnización por daño moral siempre fue objeto de obstáculos que, a su vez, derivaban de las teorías que negaban la reparación de esa especie de daño, de los llamados requisitos del daño (ya sea subsistente, ya sea significativo económicamente, ya sea personal y propio), de la limitación al resarcimiento únicamente a los daños hacia intereses legítimos o derechos subjetivos, de la falta de reconocimiento de los intereses supraindividuales ⁸²¹.

Carlos Alberto Bittar Filho apunta que la reciente teoría del daño moral se basa en los siguientes elementos: responsabilización por el simple hecho de la violación, otorgando al juez poderes para la definición de la reparación aceptable, acogida de ciertos factores de relevancia en la determinación de la reparación, admisión de nuevas formas de reparación, fijación de un valor

⁸¹⁸ MELLO DA SILVA, Wilson. **O dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pp. 24-28.

⁸¹⁹ SILVA PEREIRA, Caio Mario da. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 54.

⁸²⁰ SAVATIER. **Traité de la Responsabilité Civile**. v.2, n.525. *apud* STOCCO, Rui. *op. cit.*, p. 523.

⁸²¹ STIGLIZ, Gabriel. Daño Moral Individual y Colectivo: Medioambiente, Consumidor y Dañosidad Colectiva. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 19, p. 68-76, jul./set. 1996. p. 69.

disuasorio como reparación pecuniaria, sometimiento del agente a la prestación de servicios en la reparación no pecuniaria, y acumulación de las reparaciones por daños morales y patrimoniales.⁸²² Tratándose de daños ambientales sufridos por individuos, habrá situaciones en las que claramente son considerados los daños morales, en la medida en que los derechos a la salud, al sosiego, a la tranquilidad han sido equiparados a los derechos de personalidad.

La doctrina privatista del Derecho brasileño ya enmendaba, a través de lo contemplado en el artículo 1553⁸²³ del Código Civil, el valor indemnizatorio. Esa regla, insertada en la parte referente a la liquidación de las obligaciones derivadas de acto ilícito, disponía que en las hipótesis no previstas se fijara la indemnización mediante arbitrio judicial. En el Código Civil de 2002, no hay una disposición equivalente, pero en el Título IX – De la Responsabilidad Civil, Capítulo II – De la indemnización, prevé el artículo 944 que *“la indemnización se mide por la extensión del daño”*.⁸²⁴ Por consiguiente, las lesiones de orden moral, al contrario de aquellas de naturaleza patrimonial, pueden ser dotadas de una implicación mayor, ya que resultan lesionados intereses estrictamente subjetivos, por tanto en esa extensión del daño cabrá al juez el arbitrio judicial. De esa forma, la indemnización moral consecuente de la pérdida de un ente querido (caracterizando un daño moral individual) será distinta de aquella surgida en virtud de un daño ambiental. No obstante, el daño ambiental puede ocasionar la pérdida de un ente querido, cuando, en esa óptica, no diverjan.

Siendo un daño moral, es competencia del órgano judicial la fijación de la forma de cómo el causador debe reparar el daño moral, basado en

⁸²² BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 12, p.44-62, out./dez. 1994, p. 49.

⁸²³ Artículo 1533 del Código Civil Brasileño de 1916: *“En los casos no previstos en este capítulo, se fijará por arbitramento la indemnización”*. RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio (coord.). **Código Civil**: atualizado até 31.12.2000. 6.ed. Rev., atual. e Amp. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 275.

⁸²⁴ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 261. Conviene recordar que en el principio de la operabilidad que concibe el Código en cuestión, la disposición objeto de examen es abierta en su previsión, cabiendo al magistrado que fije el valor en el caso concreto.

criterios subjetivos u objetivos ⁸²⁵. BITTAR FILHO opta por esta línea cuando afirma que *“habiendo condena en dinero, se debe aplicar la técnica del valor disuasorio, con el fin de que se eviten nuevas violaciones a los valores colectivos, a ejemplo de lo que se da en tema de daño moral individual. El total de la indemnización debe tener doble función: compensatoria para la colectividad y punitiva para el ofendedor; por consiguiente, deben aplicarse, en la fijación del quantum debeatur, determinados criterios indicados por la doctrina (para el daño moral individual), como la gravedad de la lesión, la situación económica del agente y las circunstancias del hecho”*⁸²⁶.

A este propósito, Blanca Martins de la Cruz también se muestra defensora del reconocimiento del daño moral derivado de la contaminación ambiental. Sin embargo, cuestiona el momento adecuado para la concreción de ese daño; es decir, si debe exigirse o no el haber causado un perjuicio efectivo al ambiente o si basta la mera amenaza de ese perjuicio, hecho que implica el valor de la fijación del *quantum* indemnizatorio. *“En efecto, un daño moral puede hacerse efectivo con el simple riesgo concreto del perjuicio ambiental, relacionado con la actividad potencialmente lesiva. Frecuentemente, esta amenaza constante revestirá incluso la forma de verdadera tortura psicológica para quien dependa de los recursos ambientales amenazados, haciéndose así bien evidente la existencia del daño moral y justificando su compensación, incluso en el caso de una actividad lícita y una ausencia de culpa”*⁸²⁷.

La dificultad reside en definir el reconocimiento de la existencia de daños morales en los casos de daños ecológicos puros, desvinculados de intereses personales de individuos determinados. En ese sentido, STOCCO entiende que, en Brasil, el Código de Defensa del Consumidor, junto con la Ley n. 8.884/94, introdujo la posibilidad de reparación de daños morales colectivos, como en el caso de la reparación de daños morales causados a un

⁸²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7 (Responsabilidade Civil), p. 79, apunta que *“es de competencia jurisdiccional el establecimiento del modo de como lo lesionado debe reparar el daño moral, basado en criterios subjetivos (posición social o política del ofendido, intensidad del ánimo de ofender: culpa o dolo) u objetivos (situación económica del ofensor, el riesgo creado, gravedad y repercusión de la ofensa”*.

⁸²⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *op. cit.*, p.59.

⁸²⁷ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, p. 21.

número indeterminado de personas, al proteger los intereses difusos⁸²⁸. Por tanto, la protección de los valores morales no está adscrita a los valores morales individuales de la persona física. En sintonía, STIGLIZ defiende que partiendo de la idea de la moral de los grupos humanos, se traduce una entidad cualitativa intermediaria entre la persona física y la jurídica, donde reposa el punto desde el que el Derecho de Daños toma contacto con una nueva dimensión social de los sentimientos y aficiones de los hombres en un mundo de convivencia, de necesidades y expectativas compartidas en comunidad⁸²⁹.

Bajo esta perspectiva, se concibe el daño moral colectivo, que, a su vez, afecta indirectamente al individuo (daño moral individual indirecto). En palabras de Carlos Alberto Bittar Filho, es *“la injusta lesión de la esfera moral de una determinada comunidad, es decir, es la violación antijurídica de un determinado círculo de valores colectivos. Cuando se habla de daño moral colectivo, se está haciendo mención al hecho de que el patrimonio valorativo de una cierta comunidad (mayor o menor), idealmente considerado, fue agredido de manera absolutamente injustificable desde el punto de vista jurídico: quiere decir, en última instancia, que se hirió a la propia cultura, en su aspecto inmaterial. Tal y como se da en el ámbito del daño moral individual, aquí tampoco no hay que considerar la prueba de la culpa, debiéndose responsabilizar al agente por el simple hecho de la violación (‘damnum in re ipsa’)”*⁸³⁰.

STIGLIZ y Augusto Morello también defienden la existencia de un daño moral colectivo. Los autores parten de la idea de que la noción de daño moral está vinculada con el concepto de perjuicio extrapatrimonial, o lesión a los sentimientos de las personas, aficiones legítimas o tranquilidad anímica, y tiene un matiz social en la medida en que nace de las relaciones de una persona con su ambiente. En lo que se refiere a las nuevas manifestaciones del daño, destacan que existen *“lesiones no sólo respecto a los bienes propios y exclusivos de los particulares y diferenciados, sino que el daño lo soportan*

⁸²⁸ STOCCO, Rui. *op. cit.*, p.164.

⁸²⁹ STIGLIZ, Gabriel. *op. cit.*, p. 70.

⁸³⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 55.

más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social". Así, conciben el daño moral colectivo como aquél que se refiere "a un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve afectada en derechos o intereses de un mayor significado vital, que, sin duda, son tutelados de modo preferentemente por la Constitución y la ley". Finalmente, destacan que esa especie de daño "asume la condición de cierto solo en relación al grupo o categoría, pero no singularmente respecto a sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado. En tales casos, el destino del todo o parte de las indemnizaciones se liga con el matiz de lo social, pues deberían afectarse a un fondo de recuperación, reconversión o eliminación de las causas del daño colectivo"⁸³¹.

Se observa, sin embargo, que el daño moral colectivo no debe ser confundido con el daño social que, a su vez, está relacionado con la imposibilidad de disfrute de los bienes ambientales durante el tiempo necesario para que la restauración ambiental integral pueda producirse y a la pérdida del excedente del consumidor, que tiene naturaleza patrimonial. Por consiguiente, se podrá producir una simultaneidad de las dos especies de daños. **La base filosófica reside en el hecho de que la colectividad, en cuanto conglomerado de personas que viven en un determinado territorio, unidas por factores comunes, se orienta por unos valores, que derivan de la amplificación de los valores de los individuos que componen la colectividad.** Así, como cada individuo tiene su carga de valores, también la comunidad, por ser un conjunto de individuos, tiene su dimensión ética. De esta forma, por ejemplo, el corte de un árbol afectará mucho más, desde el punto de vista moral, a la tradición de un pueblo, más que al medio ambiente en sí, aunque también vaya contra el pueblo la ofensa.

También conviene apuntar la observación de STIGLIZ, quien sostiene que la indemnización del daño moral colectivo debe ser acogida con criterios de razonabilidad y prudencia, en la medida en que los hechos hayan producido verdaderos sufrimientos, enfermedades o alteraciones ponderables de orden

⁸³¹ STIGLIZ, Gabriel y MORELLO, Augusto. Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. Notarial, n. 877, p. 1642, texto publicado en **Revista de Direito Ambiental**, v. 6, ano 2, abr./jun.1997, p.140.

extrapatrimonial, así como las inevitables secuelas psíquicas y espirituales. Apunta la necesidad de separar de este territorio aquellas situaciones no asimilables como son los simples trastornos, las inquietudes, dificultades o perturbaciones que están en el riesgo propio de las vicisitudes o contrariedades que derivan de cualquier contingencia de la vida en sociedad⁸³².

Así, analizadas la esfera social, moral y material, cabe contrastar, a través de una evaluación técnico-científica, la extensión, la amplitud y la gravedad del daño ambiental. Por consiguiente, cabe examinar las soluciones posibles y más adecuadas para la reparación del daño, procediendo a la reconstitución del equilibrio ecológico afectado o perdido. Por último, habrá una evaluación económica del daño, con la discusión de los métodos investigados y la indicación de los diversos componentes que deben de considerarse en esta evaluación.

La primera fase, que se preocupa por la extensión, amplitud y gravedad, implica revelar los daños ostensivos y otros aparentemente invisibles, aunque también se consideren de extrema gravedad. Blanca Martins da Cruz hace referencia a los daños causados en la selva tropical, cuando *“su gravedad puede ir hasta la extinción de especies vegetales que no llegaron siquiera a ser objeto de estudio científico, desconociéndose las respectivas propiedades, así como la función por sí desempeñada en el equilibrio del ecosistema del que de forma delictiva fueron sustraídas. Con frecuencia, la destrucción de este patrimonio genético de la selva no es visible, solo pudiéndose conocer a través de lentos y caros estudios de la vegetación de una determinada área forestal”*⁸³³. Indudablemente, resulta de extrema dificultad realizar un examen preciso de la extensión e intensidad del daño, agravado, aún, con respecto a la producción en zonas pobres del planeta,

⁸³² STIGLIZ, Gabriel. *op. cit.*, p. 69.

⁸³³ MARTINS DA CRUZ, Branca. Princípios Jurídicos e Econômicos para a avaliação do dano ambiental. En: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 3, 1999, São Paulo, SP. **Anais...**, 30 de maio a 02 de junho de 1999: a proposta jurídica das florestas tropicais, (org.) Antônio Hermann Benjamin, SP, IMESP, 1999, p. 117.

cuyos recursos técnicos y financieros son escasos, y hasta incluso insuficientes, para solventar tales investigaciones.

Además, resulta notoriamente difícil imputar un valor monetario a los daños causados, que tenga proyección e implicación de daños futuros. **La estimación del valor individual del ambiente o del correspondiente coste individual de la contaminación depende también de factores subjetivos como son el grado de tolerancia individual a las diferentes formas de contaminación, y de otros factores no tan subjetivos, e incluso de difícil determinación práctica, como la existencia y la facilidad de acceso a otras alternativas. Hay una relación inversamente proporcional entre el nivel de los rendimientos individuales y la exposición a la contaminación.** Por consiguiente, los daños provocados por la contaminación, ya sean en los bienes, en la salud, en el ocio, en el descanso, etc., se hacen sentir más acentuadamente en los individuos o grupos con rendimientos más bajos (por ejemplo, las personas que no tienen acceso a los medios necesarios para evitar la contaminación de la que son víctimas) tanto en sus tareas, en sus lugares de trabajo como en sus lugares de ocio. Los individuos con rendimientos más elevados tienen posibilidades de acceso a los medios alternativos de protección contra la contaminación o hasta incluso de alejamiento de las fuentes de contaminación, hecho este que por sí solo no resuelve la cuestión de la contaminación ambiental⁸³⁴.

La segunda fase de la evaluación del daño está ligada a la investigación de las soluciones más adecuadas a la reparación del daño ambiental, destacándose que la naturaleza del bien ambiental impone la preferencia por la reconstitución del medio afectado, en la medida de lo posible, es decir, remitiéndose al *status quo ante*. Sin embargo, retomando el ejemplo de los daños contra las selvas tropicales, Blanca Martins da Cruz observa que no será suficiente la mera repoblación de los árboles en la área degradada, ya que la deforestación tiene consecuencias significativamente drásticas en todo el ecosistema que depende de la floresta y de los ecosistemas implicados, afectando no sólo a un área limitada, sino provocando igualmente alteraciones climáticas y el propio empobrecimiento del suelo. Por

⁸³⁴ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra, *op. cit.*, p. 238.

consiguiente, la reparación de todos esos daños, cumpliendo con el *status quo* significa restablecer el ecosistema en toda su riqueza, diversidad y complejidad. Además, para la obtención de ese objetivo, es necesario tener presente que el tiempo de la naturaleza tiene dimensión más lenta y tardía que el de los hombres, por tanto, el cálculo del daño ambiental también deberá considerar el dinero destinado a la financiación de estudios de investigación y pesquisas científicas de acompañamiento de las acciones de restauración de los ecosistemas destruidos, evaluando en cada momento las reacciones del medio con el propósito de facilitar la autoregeneración.⁸³⁵ Mientras tanto, si el daño es irreversible, aún así será necesaria la evaluación técnico-científica, con el fin de contrastar la inevitable indemnización pecuniaria o cualquier otro tipo de reparación alternativa, y no la reconstitución natural, ya excluida.

Finalmente, la tercera fase objetiva es la de determinar el valor económico del daño para su justa reparación. Cuando la actividad lesiva produce daños a la integridad física de las personas o a sus bienes, el método de evaluación del daño presenta pocas dificultades, ya que el valor que deberá ser indemnizado corresponderá a la expresión monetaria de los perjuicios sufridos y comprobados. Aunque así, hay dificultad con relación a los daños futuros.

También en las hipótesis de daños contra el medio ambiente en sí mismo considerado, si estos son reversibles, no habrá grandes obstáculos en la evaluación del daño que corresponderá al dinero necesario para el restablecimiento del *status quo ante*, hecho que requiere la reconstitución *in natura* o aceleración de los medios naturales de regeneración, es decir, sin el equivalente monetario.

En el caso de daños considerados como irreversibles, inicialmente habrá que establecer el coste hipotético con la recuperación *in natura*, cuando sea posible, que es el correspondiente al valor indemnizatorio por los daños

⁸³⁵ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, p. 118. La autora apunta que “*la naturaleza del bien ambiental impone la preferencia por la reconstitución del medio implicado, siempre que eso sea posible, hablándose de reposición del estado de equilibrio ecológico anterior al daño*”.

materiales al medio ambiente. Aquí se presentan problemas significativos, pues deberá establecerse, por ejemplo, el coste del agua incontaminada, de la vegetación regenerada, de la especie anteriormente extinguida. Sin embargo, es imposible olvidar que debe establecerse, paralelamente, el valor social que el daño produjo, pues el *“valor social del ambiente no deriva únicamente del lucro que su explotación comercial proporciona, o de su utilización como medio de ocio. Los estudios que se han realizado para la determinación del valor social del ambiente demuestran concretamente que la generalidad de los individuos reconoce un valor al ambiente en sí mismo y no sólo por las utilidades que proporciona”*⁸³⁶.

En este sentido, se trata de un problema en el que se intenta llegar a la solución más justa, pues hay que evaluar aquello que no es posible evaluar⁸³⁷. De ahí que la técnica jurídica ha ya apuntado hacia la atribución de un valor económico para los recursos naturales que reflejan los costes en los que la sociedad incurrirá para la rehabilitación funcional de los ecosistemas afectados; es decir, una compensación por la pérdida temporal de recursos a partir del momento del daño hasta la recuperación ambiental, cuando eso sea posible. El primer elemento de la reivindicación es el coste de la realización de las actividades de recuperación, el segundo proporciona la compensación por las pérdidas temporales sufridas por lo público desde el momento en el que se produjo el incidente hasta la recuperación total de los recursos, y el tercero prevé que el coste derivado de la evaluación de los daños también debe ser imputado a los agentes contaminadores⁸³⁸.

En este punto, G. Martin esgrime algunas razones que remiten al contenido estudiado en el capítulo II del presente trabajo. Motivos de orden político y filosófico determinan la actitud de un ordenamiento jurídico frente al problema de la evolución del estudio del daño ambiental, pues significa atribuirle un valor para su gestión. Negar su evolución para no

⁸³⁶ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra. *op. cit.*, pp. 236-237.

⁸³⁷ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 266. Escribe la autora que *“por definición, los recursos naturales se encuentran fuera del mercado (hors de marché), no se producen, no se consumen, están desprovistos de un precio: ¿qué cuesta una ría no contaminada?, ¿qué cuesta una especie una especie en vías de extinción?, ¿qué cuesta el riesgo de daño potencial que puede provocar el atentado a cualquiera de estos elementos naturales?”*

⁸³⁸ JONES, Carlos Aidaire. *op. cit.*, p. 20.

“*patrimonializarlo*” significa la ausencia de valoración jurídica y económica de los daños ambientales⁸³⁹.

Hechas esas consideraciones, observamos que la metodología utilizada para la evaluación del daño ambiental no patrimonial no es uniforme. Actualmente, se constata una progresiva disminución del daño ecológico. Blanca Martins de la Cruz sostiene que *“cualquier evaluación económica deberá partir de una valoración ético-social del bien afectado, en una dada comunidad, ya sea para las generaciones contemporáneas del daño, ya sea para las generaciones futuras. Además, no podrá limitarse a una evaluación atomística de los elementos directamente afectados, debiendo atender a la interacción entre éstos y los ecosistemas implicados, procediendo a una evaluación global e integrada del daño”*.⁸⁴⁰ En esta concepción, cabe enfatizar que fue necesaria la superación de antiguos paradigmas con el fin de crear una teoría de evaluación económica de los daños ambientales de carácter social, dotada de criterios tanto ético-jurídicos como científicos. Debe considerarse, también, que en el proceso de evaluación se destaca la importancia del medio ambiente para la subsistencia de la especie humana, al lado de la necesidad científica de caracterizar el daño ambiental en sus dimensiones temporal y espacial (extensión del daño, reversibilidad de los efectos, riesgos para las futuras generaciones, etc.).

La doctrina apunta que pueden ser directas o indirectas las metodologías que deben elegirse para calcular los valores de uso y no uso, conforme a las preferencias expresadas por los consumidores en el caso de que se refieran directamente al bien ambiental objeto de la evaluación o a otro bien del mercado tomado como referencia por encontrarse relacionado con el primero. Así, el método indirecto es aplicado subsidiariamente al método directo, siendo legítimo el uso de aquél con respecto a la imposibilidad de aplicación de este. Maria Alexandra Souza Aragão explica la afirmación cuando estudia algunos métodos de evaluación de los daños ambientales utilizados en Europa, distinguiéndolos en dos categorías de métodos de

⁸³⁹ MARTIN, Gilles. **Le Dommage Ecologique**. Rapport présenté au Comité ad hoc Droit, Economic et Sociologie du P.I.R.E.N. Nice : Université de Nice, 1989. pp. 105-107.

⁸⁴⁰ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, p. 37.

aproximación del coste social del ambiente. La primera es la de los métodos directos, que se basan en declaraciones expresadas o en indicios del valor subjetivo del componente ambiental, que deben prevalecer sobre los indirectos; la segunda es la de los métodos indirectos, por la cual la estimación del valor del componente ambiental considerado depende de factores distantes extraños al valor subjetivo atribuido al ambiente⁸⁴¹.

De la metodología directa, es relevante la evaluación contingente, que se trata de una técnica basada en una encuesta de opinión que puede ser hecha mediante la distribución directa de cuestionarios en los que se intenta contrastar el deseo de los consumidores de pagar y/o lo que les gustaría recibir a cambio del resarcimiento para las pérdidas o la tolerancia a los costes a ellos impuestos, expresando cada uno las preferencias individuales. Consiste en la suposición de un mercado hipotético donde las personas entrevistadas para eso expresan, de forma directa, sus preferencias en lo que concierne al bien que se esté valuando. Así, ese método consiste en descubrir situaciones en las cuales los consumidores tengan que optar entre gastar dinero, pero pudiendo beneficiar de una determinada externalidad ambiental positiva, o ahorrar dinero, pero sufrir una externalidad ambiental negativa, revelando, así, con su **opción individual**, el valor monetario que atribuyen al componente ambiental del bien, como, por ejemplo, el valor que representa la calma y la tranquilidad en el precio de una casa, a la desvalorización que ésta sufre a causa del ruido⁸⁴².

El coste de la dislocación y el valor pertinente resultan del método indirecto de evaluación de los valores de no uso de los bienes ambientales. El primero concretiza los gastos con viajes emprendidos por los visitantes de un lugar ecológico, basándose en la teoría de la demanda del consumidor en el que adopta como calidad la medida del tiempo gastado en la actividad y el valor que aquél posee para cada individuo. Así, para su aplicación, se calcula lo que un individuo gasta para disfrutar de las actividades recreativas en el área⁸⁴³. El segundo trata de, a partir del precio de otro bien de mercado, el

⁸⁴¹ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra. *op. cit.*, pp. 239-240.

⁸⁴² *Idem. Ibidem.* p. 241.

⁸⁴³ MARTINS DA CRUZ, Branca. *op. cit.*, p. 120.

valor del bien ambiental a evaluar. En el mercado inmobiliario ha sido utilizado para determinar el precio de un paisaje, del silencio, de la ausencia de contaminación atmosférica, entre otros, que se obtiene por la comparación de los precios atribuidos al mismo tipo de inmueble situado en lugares de diferentes características ambientales, partiéndose de la constatación empírica de que las personas están dispuestas a pagar más por un inmueble ecológico y mejor situado con respecto a un lugar ubicado en un lugar contaminado. Así, la diferencia representa el valor que los consumidores estarán dispuestos a pagar por el bien ambiental.

Conviene añadir, como criterio para la fijación del valor que se debe indemnizar, la intensidad de la responsabilidad por la acción u omisión, incluso por el examen del provecho del agente con la degradación, y el valor suficiente para la prevención de futuros daños ambientales. En tal sentido, el juez debe adaptar las teorías individualistas al criterio legal de la responsabilidad objetiva. Por consiguiente, debe examinar tanto la intensidad del provecho referente a la degradación ambiental, como el tiempo de duración y la complejidad de la acción u omisión, dejando de analizar la intensidad de la culpa o del dolo.

5.1.3 El nexo de causalidad en el daño ambiental individual

El vínculo establecido entre la acción del agente y el perjuicio causado es denominado nexo causal. Representa una relación necesaria entre el evento dañoso y la actividad que lo produjo, motivo por el cual es considerada como su causa. Resulta importante destacar que no es necesario que el daño derive inmediatamente del hecho que lo produjo, pues desde que se verifique que el daño no se produjera si el hecho no hubiera acontecido, éste podrá no ser la causa inmediata, pero siendo una condición para la producción del daño

implicará la responsabilización por la consecuencia, por tanto se mantiene el nexo causal.

En el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, se examina una realidad constatada también en otros países que forman parte de la Comunidad Europea: *“la prueba del nexo causal constituye frecuentemente en los países estudiados un importante obstáculo en los casos judiciales relacionados con el medio ambiente. Estos casos son a menudo complejos y las pruebas técnicas y periciales deben tener un alto grado de precisión. Esto puede constituir un importante impedimento para el éxito de las denuncias por particulares. La norma básica aplicable en la mayoría de los sistemas jurídicos es que corresponde al demandante la carga de la prueba. En derecho civil, lo normal es que el demandante deba demostrar que una causa o una versión de los acontecimientos es más probable que todas las demás. Este grado de fuerza probatoria se designa a menudo como ‘preponderancia de probabilidades’ o ‘probabilidad predominante’”*⁸⁴⁴.

Cabe fijar que en la responsabilidad civil tradicional, basada en la idea de la culpa, la imputación del daño que está ligada a la idea de la previsibilidad, es decir, la culpa implica un daño que es previsible. En la responsabilidad objetiva, el requisito de la previsibilidad no existe, siendo que el criterio de imputación del daño al agente se amplía, a punto de casi alcanzar un enfoque puramente material. Así, probada que la acción u omisión fue a causa del daño, la imputación se produce automáticamente.

Por tanto, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico supone o presume que todo aquél que se entrega a actividades acompañadas de una responsabilidad objetiva debe realizar un **juicio de previsibilidad** por el simple hecho de estar ligado a ellas y, de esa forma, estar aceptando las consecuencias dañosas que, aunque empleando una mayor diligencia, son inherentes a las mismas.

⁸⁴⁴ Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental. Anexo 01, p. 37.

Tratándose de la cuestión ambiental, no se investiga la conducta del contaminador, pues todo el explotador de la actividad económica debe colocarse en una posición que deba garantizar la preservación ambiental. Así, de forma apropiada, Souza PASQUALOTTO observa que sería más apropiado hablar acerca de la '**condicionalidad**' y no '**causalidad**', pues la *“causa es un hecho generador. La condición es una circunstancia propicia. El rayo que alcanza el depósito es la causa de la explosión y de los daños consecuentes. La existencia del depósito fue la condición del evento. Si el depósito estuviese vacío, no habría explosión ni daños”*⁸⁴⁵. Además, siendo '**causalidad**' o '**condicionalidad**', debemos destacar que el daño ambiental deriva de varias causas diferentes, simultáneas o no, implicando una especie de dispersión del nexo causal, cuyo daño puede atribuirse a una multiplicidad de causas, fuentes y comportamientos, donde normalmente el contaminador intenta lucrarse con el hecho de terceros o incluso de la víctima para, así, exonerarse.

Así, HERMAN BENJAMIN identifica dos distintos problemas de causalidad. El primero es la dificultad en la determinación de la fuente contaminadora entre tantas posibles fuentes de contaminación de la misma sustancia, pues el hecho de muchas de esas sustancias no es ni siquiera visible o perceptible por el sentido común, el carácter furtivo e inconsciente de la exposición y el largo período de latencia, todo apunta a que la identificación del autor sea un objetivo remoto, no siempre pudiendo el autor afirmar, con seguridad, dónde y cuándo se produjo la exposición. Por tanto, se trata de una hipótesis de causalidad múltiple (condicionalidad), caracterizada por el hecho de que, en un encadenamiento de circunstancias, cabe precisar cuál de ellas es la causa eficiente del perjuicio.

El segundo problema es la dificultad de determinación del origen del daño ambiental o de los males que la víctima presenta. Raramente el daño ambiental se produce por la acción exclusiva de algún agente tóxico. Así, en este segundo momento, lo que se quiere saber es si aquella sustancia o actividad particular, previamente identificada, fue incluso causa efectiva del

⁸⁴⁵ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Responsabilidade Civil por Dano ambiental: considerações de ordem material e processual. En: HERMAN BENJAMÍN, Antônio (org). **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: RT, 1993. p. 486.

perjuicio; es decir, si se produjo el nexo causal. Adoptándose la idea del encadenamiento también en esa segunda dificultad, cabe recordar que hay ciertas actividades que consideradas por sí solas son inocuas, pero que, en contacto con otros factores o substancias, se transforman en condiciones en un proceso de reacción a cadena. Así, se cuida el fenómeno de la causalidad compleja, que procede de la interacción entre el mal funcionamiento técnico o tecnológico, el error humano y los procedimientos de seguridad inadecuados, lo que crea enormes dificultades en términos de causalidad, pues raramente hay un único responsable⁸⁴⁶.

Paralelamente, GOMIS CATALÁ enumera también otros tres problemas inherentes a la identificación del nexo de causalidad: la dificultad originaria de la distancia entre la fuente contaminadora y sus efectos, refiriéndose al problema de la separación entre una instalación industrial que emite un gas que contribuye a la lluvia ácida y a los efectos producidos por la lluvia en un bosque situado a millares de kilómetros; la dificultad referente al tiempo, cuando la autora recuerda el caso del accidente nuclear de Chernobyl, donde diez años después aún son detectadas enfermedades en hijos de padres expuestos a la radiación; y la dificultad referente a la propia duda científica⁸⁴⁷.

Para solucionar el problema de la causalidad jurídica, con respecto a la producción de múltiples 'concausas', existen en la doctrina jurídica innumerables teorías, de las cuales vamos a exponer algunas seguidamente. Se observa una utilización relativamente modificada y conceptos análogos entre las varias doctrinas del nexo causal, provocando un aumento de la complejidad del sistema jurídico. PERALES apunta a que todas las teorías generales sobre causalidad tienen una misma manera de aproximarse al

⁸⁴⁶ HERMAN BENJAMÍN, Antonio. Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, ano 3, pp. 5-52, jan./mar.1998. p. 45.

⁸⁴⁷ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 161. Para los tres problemas ahora enumerados, añadidos a los anteriormente indicados, la autora se refiere a la solución de la inversión del *onus* de la prueba: "*por lo tanto, con el fin de garantizar la reparación del daño ambiental los ordenamientos jurídicos, y sobre todo las resoluciones judiciales, ofrecen [...] nuevas soluciones fundadas en la simple probabilidad, llegando incluso a invertir la carga de la prueba mediante el establecimiento de presunciones, lo que en ocasiones puede llegar a suponer la práctica desaparición de la necesidad de causalidad, principal elemento de todo sistema de responsabilidad*".

concepto de causa, definiéndola desde datos puramente fácticos. Sin embargo, el autor distingue la causalidad jurídica de la causalidad naturalística, o científica, estableciendo que, mientras que los científicos tienden a exigir un alto grado de prueba para admitir una determinada relación de causa y efecto, el Derecho trata, en primer lugar, desde criterios que le son propios, de encontrar el sujeto agente e imputarle la responsabilidad que le corresponda. Por eso, es suficiente la participación del agente contaminador en la causa de un daño.

En ese sentido, PERALES concluye que los requisitos jurídicos de la causalidad son formulados para asegurar la imputación de la responsabilidad al infractor, tratándose de un **juicio de probabilidad, y no de certeza**.⁸⁴⁸ Se tratan pues criterios de selección de indeterminación que son utilizados mayoritariamente en la descongestión⁸⁴⁹ y en la toma de decisiones, a través de interpretaciones, de los casos jurídicos concretos. Se observa una utilización relativamente transformada y contenidos análogos entre las diversas doctrinas del nexo causal, implicando un aumento de la complejidad del sistema jurídico.

Así, urge la necesidad de estudiar las diversas las teorías relativas al nexo de causalidad, desarrolladas inicialmente con respecto a la responsabilidad subjetiva. Una de las más importantes es la **teoría de la equivalencia de las condiciones**, concebida por el jurista alemán Von Buri para el derecho penal para, después, ser desarrollada por los civilistas. Esencialmente, la teoría sostiene que, al haber culpa, todas las condiciones de un daño son equivalentes; es decir, todos los elementos que, de una cierta forma, contribuyeron a su realización, se consideran como causas, sin necesidad de determinar, en el encadenamiento de los hechos que antecedieron al evento dañoso, cuál de ellas puede ser apuntada como siendo

⁸⁴⁸ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.162. El autor sostiene que *“en todo caso, debe quedar claro que la evidencia científica no debe ser necesaria para determinar la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, sino que basta con poder afirmar la probabilidad de la existencia del nexo causal, y no, como ya dijera RUHL, de posibilidad”*. En la nota a pie de página, en la misma página, el autor también cita a YANNACONE, COHEN y DAVISON que se manifiestan en la misma línea.

⁸⁴⁹ Conviene recordar la obra de Leonel Severo Rocha, citada en el capítulo II del presente trabajo.

lo que de modo inmediato ha provocado el perjuicio. Prevalecería la idea de que, en la teoría de la equivalencia, toda condición que contribuye al resultado constituye causa; es decir, el resultado se produce en razón del hecho (*conditio sine qua non*). Así, la causa se insertaría en una de las condiciones, pues en una idea de cadena, sin el concurso de todas las causas el resultado no podría verificarse⁸⁵⁰. Para SAID CAHALI, la teoría de la equivalencia de las condiciones actúa en el sentido de que, en el caos de causas múltiples y sucesivas, *“todas las condiciones que conducen a un resultado son la causa de este resultado, sean mediatas o inmediatas”*⁸⁵¹.

Inspirada en la creación del filósofo alemán Von Kries, al final del siglo XIX, la doctrina francesa desarrolló otra teoría, denominada **causalidad adecuada**. La aparición de esta teoría se produjo en oposición a la teoría de la equivalencia de las condiciones, mediante la afirmación de que ni todos acontecimientos que preceden al daño adquieren y presentan la misma relevancia. El daño se tiene que asociar a aquel antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, haya sido su causa directa y inmediata. Todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Así, Caio Mário sostiene que el problema de la relación de causalidad es una cuestión científica de probabilidad, donde deben considerarse los antecedentes del daño, destacándose aquél que está en condiciones de haberlo producido necesariamente. Entonces, *“Prácticamente, en toda acción de indemnización, el juez ha de eliminar hechos menos relevantes, que puedan figurar entre los antecedentes del daño. Son aquéllos que serían indiferentes a su realización. El criterio eliminador consiste en establecer que, incluso en su ausencia, el perjuicio se produciría. Después de este proceso de depuración, queda alguno que, en el curso normal de las cosas, provoca un daño de esa naturaleza. Por consiguiente, la doctrina que se construye en este proceso técnico se denomina ‘causalidad adecuada’, porque hace destacar en la multiplicidad de factores causales, aquel que normalmente puede ser el centro de la causalidad, eliminando los demás”*.⁸⁵² Por esa teoría, el hecho será considerado causa de un daño cuando ese

⁸⁵⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *op. cit.*, p. 78.

⁸⁵¹ SAID CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 95.

⁸⁵² SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *op. cit.*, p. 78.

mismo es consecuencia previsible de aquél. Así, colocándose en un momento anterior al de la producción del hecho si debía pronosticar si era posible anticipar la incidencia del daño, siendo indemnizable el daño cuando la respuesta es positiva.

La **causa jurídica propia** es la tercera teoría, concebida por De Page. Apunta el autor que *“el vínculo que une, en el conjunto de las condiciones, la culpa al daño, debe revestir un carácter de necesidad. Es decir: si varias causas concurren al hecho dañoso, una debe, en concreto, ser la que impone la obligación de resarcimiento. Su indicación consiste en calificarla como ‘causa jurídica propia’.”*⁸⁵³ Esa teoría establece la existencia de una causa que es condición directa e inmediata del daño, en una relación de causa y efecto, en que ninguno otro hecho haya interrumpido el nexo de causalidad.⁸⁵⁴ Así, sería indemnizable todo daño que se asocia a una causa, aunque sea remota, desde el momento en que represente la causa necesaria por no existir otra que explique el mismo daño. Por tanto, si la ley determina la existencia de un daño a través del efecto directo e inmediato de la inejecución, justamente cuando haya el efecto directo e inmediato incidirá el nexo causal necesario.

Otras teorías, sin embargo, fueron concebidas en conformidad con la responsabilidad sin culpa. La primera es la de la condición peligrosa, según la cual si la acción u omisión crea un peligro capaz de provocar el evento dañoso, la actividad puede ser considerada como causa eficiente del daño efectivamente acaecido, según una valoración *ex post*. Esta teoría, que es adoptada en Alemania, puede ser considerada una variación de la teoría de la causalidad adecuada, siendo indicada por PERALES como la vía que incide en el futuro en todos los casos de responsabilidad por daño ambiental⁸⁵⁵.

La segunda teoría centrada en la responsabilidad sin culpa es la de la **proporcionalidad**, según la cual la reparación debe ser proporcional a la

⁸⁵³ De Page *apud* SILVA PEREIRA, Caio Mario Silva. *op. cit.*, p. 80.

⁸⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. *op. cit.*, pp. 96–97. En el mismo sentido; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 305.

⁸⁵⁵ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.167.

probabilidad de causa del daño. Fue adoptada por la doctrina norteamericana, la cual establece que, si un caso determinado tiene, por ejemplo, un 40 por ciento de probabilidad de que el demandado haya causado el daño de cuyo resarcimiento pide el demandante, deberá pagar aproximadamente un 40 por ciento de los daños que probablemente cometió, implicando una total arbitrariedad, aparte de que la responsabilidad civil debe tener por objeto la reparación de la víctima, pero no a cualquier precio. Se observa, también, que esta determinación es jurídicamente imposible, pues es sólo posible afirmar que una acción tiene mayor o menor probabilidad, siendo inviable determinar el *quantum* de probabilidad.⁸⁵⁶

La teoría de la **persona más víctima** es la tercera indicada en la responsabilidad sin culpa, según la cual, en los casos en los que varias personas declaran haber sufrido un daño producido por un mismo agente, deben ser resarcidos aquéllos que prueban una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandado, atribuyéndose preferencia a una comparación relativa entre víctimas distintas⁸⁵⁷.

Sin embargo, la teoría de la participación en el mercado incide en el ámbito del derecho ambiental cuando el demandante no precisa probar el nexo de causalidad. Ese *onus probandi* no es exigido cuando los demandados producen el producto dañoso a partir de un mismo diseño o fórmula; cuando el demandante no puede identificar, ni se le puede exigir que lo haga, al productor concreto causador del daño; cuando los productores demandados tienen una cuota relevante del mercado del producto en cuestión. Sin duda, se trata de una alternativa destacada para superar las dificultades de la causalidad. En Holanda, hay una variante de esta teoría, denominada **causalidad alternativa**, que también exime a la víctima de la prueba del nexo de causalidad cuando, frente al elevado número de posibles agentes

⁸⁵⁶ *Idem. Ibidem.* p.166. El autor sostiene la imposibilidad de aplicación práctica: “La determinación numérica de la probabilidad de que un acto concreto sea causa de un determinado daño es algo esencialmente arbitrario [...]. En segundo lugar, porque la responsabilidad civil tiene (o al menos debe de tener) por objeto en la actualidad conseguir la reparación de la víctima, pero no a cualquier precio. Sólo debe reparar aquel que ha causado el daño. El que haya una cierta probabilidad científica de que una persona haya causado un daño no significa que de hecho se haya producido, lo que impide hacer una correcta imputación jurídica del daño”.

⁸⁵⁷ *Idem. Ibidem.* pp.166-167. Para PERALES, la esencia crítica hecha a esta teoría es la misma que la anterior.

contaminadores, es materialmente imposible para la víctima probar quién fue exactamente aquél que produjo el daño, estableciéndose la solidaridad entre los posibles agentes.

El Derecho Brasileño ha adoptado, prioritariamente, las teorías de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada, a pesar de que se adopten en el ámbito de la responsabilidad civil objetiva. Con respecto a la responsabilidad subjetiva, existe un vínculo entre la actividad culposa y el daño sufrido; cuando la responsabilidad es objetiva, el vínculo simplemente conduce al hecho que generó el riesgo al daño, objeto de la reparación. A este propósito, autores anteriormente citados como, Blanca Martins de la Cruz, HERMAN BENJAMIN, entre otros, defienden que el Derecho Ambiental flexibiliza el rigor de las teorías de la causalidad adecuada y la de la causalidad inmediata, aproximándose al criterio de la equivalencia de las condiciones.⁸⁵⁸ SOUZA PASQUALOTO defiende la teoría de la *conditio sine qua non*, subrayando que *“queda eliminada la diferencia entre causa y condición conforme a la reformulación de Von Liszt. Las **condiciones son concausas**. El inconveniente de la regresión al infinito, que esa teoría presenta, debe ser obviado por la jurisprudencia. El temor que el arbitrio judicial suele suscitar es compensado por la certeza de que esa es la teoría que asegura mayores probabilidades de reparación **a las víctimas**”* grifo)⁸⁵⁹.

El Derecho portugués también ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada, en conformidad con la previsión del artículo 563 del Código Civil. La incidencia del referido dispositivo deriva del examen de un juicio de realidad, mediante el cual se elige un determinado hecho, en la modalidad de acción u omisión, como *conditio sine qua non* del daño ambiental. En un segundo momento, debe ser examinado un juicio de valor, de imputación normativa, en el sentido de que aquella condición se revele como causa adecuada para la producción del daño, aun cuando tenga un carácter abstracto.⁸⁶⁰ Sin embargo,

⁸⁵⁸ Los autores, en sus obras ya indicadas, respectivamente en las p. 335 y 32 tratan la cuestión de la responsabilidad civil ambiental en conformidad con las circunstancias que la temática merece.

⁸⁵⁹ PASQUALOTTO, Adalberto Souza. *op. cit.*, p. 455.

⁸⁶⁰ SOARES GOMES, Manuel Tomé Soares. A Responsabilidade Civil na Tutela do Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 1, v. 4, p. 05-16, out./dez. 1996. p.12-13. Se observa que el autor apunta a problemas en la determinación del nexo de causalidad, desde luego, en la caracterización del hecho como condición *sine qua non* del daño ambiental verificado, pues los hechos de la contaminación tienen carácter complejo, con efectos difusos,

el Derecho portugués no tiene previsión legal, o incluso presunción, del nexo de causalidad, obligando a la víctima demandante a la prueba, a pesar de ser admitida la inversión del *onus probandi*.

En conformidad con el contenido anteriormente escrito, la autora Blanca Martins de la Cruz también se adhiere a la teoría de la causalidad adecuada aplicada a la responsabilidad civil ambiental. Entiende que resulta ser la teoría que mejor se adecua a las especificidades provenientes del daño ecológico, fundamentando su posición en la idea de la adecuación social, basada en juicios de probabilidad que permiten la flexibilidad y la maleabilidad que la responsabilidad civil ambiental requiere, es decir, *“permitiendo la adaptación constante a la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos que indiscutiblemente condicionan la existencia y la consideración por los Derechos de daños ambientales y la correspondiente evolución del concepto de adecuación social”*⁸⁶¹.

La autora portuguesa observa que las varias y recientes teorías de la causalidad están siendo creadas para la obtención de la prueba, encaminando y facilitando la imputación objetiva, con la consecuente inversión del *onus* de la prueba del nexo causal, las presunciones de causalidad, la admisibilidad de la causalidad estadística, la causalidad alternativa, la causalidad acumulativa o la multicausalidad e incluso ciertos casos de relevancia negativa de la causa virtual. Todas facilitan o dispensan la prueba de la efectiva práctica del hecho dañoso o registran hechos sólo parcialmente responsables por el daño. En ese sentido, el propio derecho de regreso que resulta como característica de las indemnizaciones de los daños ambientales, asociado a la antigua teoría de la equivalencia de las condiciones, favorece hacer viable una responsabilidad solidaria de los agentes de la pluralidad de las acciones causadoras del daño⁸⁶².

ocasionando daños que se distancian de su fuente y que se prolongan en el tiempo, en concurso con otras fuentes contaminantes.

⁸⁶¹ MARTINS DA CRUZ, Blanca. *op. cit.*, p.33. A su vez, la autora entiende que la teoría de la causalidad adecuada, así como la de la equivalencia de las condiciones, no resuelve de manera conveniente los problemas de causalidad, pues la autora recuerda las hipótesis en las que se establece el nexo de causalidad, pero la fuente causadora es difusa (ej.: agujero en la capa de ozono), o en que hay dificultades en la prueba.

⁸⁶² *Idem. Ibidem.* p. 380.

La autora destaca también que esa evolución en las teorías de la causalidad implica sustituir la verosimilitud por la probabilidad, recordando que la Convención de Lugano reproduce ese entendimiento cuando afirma, en su artículo 10, que en el examen del nexo de causalidad, *“el juez tendrá en cuenta el riesgo aumentado de provocar el daño, inherente a la actividad peligrosa”*. Así, se trata de una mera probabilidad, entendiéndose como una relación que resulta probada cuando los elementos de convicción conducen a un grado suficiente de probabilidad que, algunas veces, será una probabilidad próxima de la certeza o, por lo menos, de alta probabilidad⁸⁶³.

En ese sentido, GOMIS CATALÁ recuerda el Convenio del Consejo de Europa que comparte la concepción de la teoría de las probabilidades de los daños ambientales, cuando establece que, tal y como regula el artículo 10, el juez tomará en cuenta el riesgo elevado de provocar el daño inherente a la actividad. Cabe subrayar que no se trata de una presunción de causalidad, sino de un instrumento destinado a posibilitar **a la víctima** la prueba del nexo causal. Sin embargo, no es suficiente que coexistan un daño ambiental y una actividad peligrosa para que, *ipso jure*, se presuma el nexo causal, necesitando que se establezca una relación entre ambos. La autora aclara que *“el Convenio incita a los jueces a mostrarse menos exigentes en materia de causalidad habida cuenta de la peligrosidad inherente a la presunta actividad desencadenante del daño. Como indica G. Martín, en esa materia el juez deberá contentarse con la simple probabilidad y no deberá exigir certidumbre a la víctima que, en todo caso, no estaría en disposición de aportarla, posibilitando, de ese modo, la traducción jurídica del daño ecológico puro”*. La autora recuerda también la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos que, incluso atribuyendo a la víctima la carga de la prueba, prevé en su artículo 4, apartado 6, que el demandante deberá solamente establecer *“una considerable probabilidad de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los perjuicios causados al medio ambiente”*⁸⁶⁴.

⁸⁶³ *Idem. Ibidem.* p. 381.

⁸⁶⁴ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, pp.165-166 La autora sostiene que *“será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la alta probabilidad. En consecuencia, trasladada esta teoría al ámbito de la responsabilidad por daños al medio ambiente, esto significa que el legitimado activo no estará obligado a demostrar esa relación*

El problema que deriva de la extensión del concepto de *‘considerable probabilidad’* deberá pasar por el ámbito judicial en lo que se refiere al examen de la casuística. Igualmente, el Convenio del Consejo de Europa es partidario de la teoría de las probabilidades, al establecer, en su artículo 10, que el juez tomará en consideración el riesgo elevado de provocar el daño inherente a la actividad peligrosa. GOMIS CATALÁ refiere que el Convenio *“incita a los jueces a mostrarse menos exigentes en materia de causalidad habida cuenta de la peligrosidad inherente a la presunta actividad desencadenante del daño. Como indica G. MARTIN, en esa materia el juez deberá contentarse con la simple probabilidad y no deberá exigir certidumbre a la víctima que, en todo caso, no estaría en disposición de aportarla, posibilitando, de ese modo, la traducción jurídica del daño ecológico ‘puro;’”(grifo)*⁸⁶⁵.

No obstante la relevancia de esas teorías, en los procesos de toma de decisiones (capítulo II de la presente Tesis Doctoral), la crítica de GOMIS CATALÁ, cobra relevancia en el sentido de una descripción del sistema jurídico con el propósito de producir adquisiciones evolutivas y variaciones a esas teorías, adecuando la estructura del sistema a los casos de los perjuicios ambientales. La autora advierte al expresar que: *“En conclusión, parece evidente que el Tribunal Supremo [tanto español como brasileño] prescinde de una teoría uniforme de la causalidad, apostando por la solución práctica al caso concreto planteado. Esta postura, que podría parecer acertada si tenemos en cuenta la generalidad de soluciones justas que se aprecian para los casos planteados, sin embargo presenta el riesgo de ofrecer soluciones caprichosas y en ocasiones – como se ha podido constatar – dispares entre casos similares. De lo que no cabe duda es de que una evolución se impone y de que, por lo tanto, las teorías tradicionales ancladas en la calificación fáctica de la causa deben dar paso a nuevas teorías que tienen en cuenta ‘la probabilidad de causa’, al constituir, normalmente, la única certeza en la materia”*⁸⁶⁶.

con exactitud científica. Bastará con que el juez llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante.

⁸⁶⁵ *Idem. Ibidem.* p. 166.

⁸⁶⁶ *Idem. Ibidem.* p. 164.

Así, las contradicciones y tautologías del contenido y aplicación por los tribunales con relación a estas teorías han repercutido en la utilización del instituto de la solidaridad pasiva de los agentes causadores y en la utilización de la Teoría de las Probabilidades (Tribunal Supremo Español) como criterios para descongestionar el sistema, habilitándolo a una mayor operabilidad en los procesos de toma de decisión en términos de cuestiones ambientales. Esta teoría ha sido utilizada en la jurisprudencia europea como un importante instrumento de la ardua tarea de atribución de la responsabilidad a través de la demostración probatoria del nexo causal en los casos de riesgos y daños ambientales.

Por tanto, la responsabilidad civil derivada de los daños ambientales potencia la interacción entre los pilares del nexo de causalidad, de la acción y del daño, aunque sea a través de las peculiaridades que la cuestión ambiental exige. Así, examinando bajo la óptica de juicios de probabilidad e inherente a la experiencia social, destacan sobre todo la normalidad y la adecuación, sin dejar de aplicar el conocimiento científico, siendo limitada e irrelevante la búsqueda de una causalidad cierta y absoluta.

En esa óptica, algunos autores brasileños han dejado constancia de importantes consideraciones al respecto. José Afonso da Silva apunta que al haber pluralidad de focos contaminadores, con la dificultad de identificación de los responsables, deberá de aplicarse la regla de la atenuación del relieve del nexo causal.⁸⁶⁷ DUTRA LUCARELLI también atribuye menor importancia al significado del nexo causal que debe de comprobarse, entendiendo que para la reparación de los daños ambientales debe exigirse sólo una potencialidad de dar causa al perjuicio en la actividad del agente que se pretende responsabilizar, estableciéndose, entonces, una presunción que deriva de la equidad, por la cual aquél que se lucra con una actividad debe responder por el riesgo, evitándose lo que se denomina 'socialización de los riesgos'⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 217. El autor entiende que es suficiente el hecho de que la actividad del agente sea potencialmente degradante para incidir en el instituto de la responsabilidad civil en caso de producción de daño.

⁸⁶⁸ DUTRA LUCARELLI, Fábio. *op. cit.*, p.12. En el mismo sentido, HERMAN BENJAMIN, Antônio (*op. cit.*, p. 46); BITENCOURT RODRIGUES, Darlan e MARCONDES, Ricardo (*op.*

En otros países de Europa, inicialmente se puso de manifiesto el sistema italiano, donde los Tribunales han asociado el daño a las actividades que resultan disciplinadas por las reglas de la responsabilidad civil objetiva. El Tribunal Italiano se ha satisfecho con la producción de dos pruebas: incumplimiento de una norma de emisión o 'standard' y la producción de daño, siendo innecesaria la producción de la tercera prueba; es decir la de que el incumplimiento de la norma de emisión ocasionó el daño y que es presumida en el caso de la aplicación concreta de la responsabilidad objetiva⁸⁶⁹.

En Alemania, a través de la UmweltHG, 1990 I, S. 2.634, sobre responsabilidad civil derivada de las actividades peligrosas para el medio ambiente, prevé en su párrafo 6 (1), una presunción de causalidad para los casos en los que la prueba del nexo causal es especialmente difícil, facilitando la posición de la víctima. Se trata de una presunción *juris tantum* que una instalación es la causa del daño cuya reparación pretende saber si esta instalación es intrínsecamente adecuada para la causa dañosa. Por tanto, probada esa adecuación intrínseca, el propio demandado tiene que probar la inexistencia de relación de causalidad entre su actividad en la instalación y el daño causado. La doctrina Alemana también entiende que si el demandante reclama la indemnización de diversa empresas y hay una substancia contaminante que se considere intrínsecamente adecuada para causar el daño producido, se presume que existe un nexo causal entre la actividad relativa a esta substancia y el daño, siendo el demandado en cuestión quien deba probar la inexistencia del nexo causal.⁸⁷⁰ Así, atendiendo a las peculiaridades de cada caso, deberán ser consideradas, por ejemplo, la distancia entre el local en el que la emisión tuvo inicio y donde se produjeron los daños, la posibilidad y los medios de difusión.

cit., p. 85) e LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 281.

⁸⁶⁹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *op cit.*, p.281. "El autor hace referencia a la decisión de la App. Génova, de 1989, que entendió que "frente a la violación de un standard previsto con relación al lanzamiento de agentes potencialmente contaminadores en el agua de un río, el daño que derive de la alteración del agua se vinculará, con causa, a la mencionada violación".

⁸⁷⁰ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, pp.193-194.

Hay que destacar que la referida ley alemana admite la excepcionalidad en cuanto a la presunción cuando se demuestra que hay otra circunstancia también intrínsecamente adecuada para ser la causa del daño, como: a) si la instalación viene siendo utilizada adecuadamente, entendiéndose que una instalación es utilizada de manera adecuada cuando se hayan cumplido las obligaciones especiales de utilización y no haya habido ninguna interrupción del negocio; b) si hay obediencia a las obligaciones impuestas por las autoridades administrativas, órdenes y reglamentos imperativos con el propósito de prevenir los tipos de impactos ambientales que pueden ser considerados causa del daño; c) si las referidas autorizaciones, órdenes o reglamentos imperativos exijan la observancia de una obligación especial de control, se presume el cumplimiento de esa obligación cuando los controles se hayan realizado durante el período en el que el impacto ambiental en cuestión puede haber sido provocado por las emisiones de la instalación, y desde que estos controles hayan llevado a la conclusión de que no existe violación a su forma de utilización, o cuando el tiempo de la demanda se ha hecho después de diez años desde la producción del impacto ambiental. Sobre la excepción prevista en la ley alemana, compartimos lo que afirma PERALES cuando sostiene que la excepcionalidad legislativa desmonta toda la estructura creada para la defensa ambiental, pues la presunción de causalidad desaparecerá en el caso de que se demuestre que haya otra circunstancia también intrínsecamente adecuada para ser la causa del daño. Por tanto, cuanto mayor sea el alcance de la expresión 'intrínsecamente adecuada', mayor será la posibilidad del causador del daño ambiental si es válida la excepción⁸⁷¹.

Finalmente, registramos que otros modelos se acogen a la teoría de las presunciones, como la Ley francesa 68.943, de 1968, relativa a la responsabilidad civil en el ámbito de la energía nuclear, la Ley japonesa de 1973 que se preocupa por la materia de la compensación de daños a la salud relacionados con la contaminación⁸⁷².

5.1.3.1 Interrupciones del nexo de causalidad

⁸⁷¹ *Idem. Ibidem.* p. 194-195.

⁸⁷² GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.170.

Las dificultades derivadas de las interrupciones del nexo de causalidad que derivan de actividades de terceros, de la **propia víctima** o por hechos de la naturaleza son relevantes en el presente estudio, a los que hay que sumar el carácter difuso del daño y la indeterminación de los sujetos responsables.

El hecho inevitable y ajeno al responsable que causó el daño es denominado caso fortuito o de fuerza mayor. Se observa que es posible diferenciarlos, pero no hay interés práctico en razón de que el tratamiento jurídico resulta ser idéntico. El caso fortuito y la fuerza mayor son considerados como *“acontecimientos inevitables e independientes de cualquier actividad de la persona de cuya posible responsabilidad civil proceda y que constituye causa adecuada del daño verificado”*^{873 874}.

Hay hechos que excluyen la causa, siendo siempre necesaria la inexistencia de una relación de causalidad, adecuada entre el hecho del responsable y ese hecho excluyente, pues si el hecho de tercero, o del lesionado, o incluso el caso fortuito o de fuerza mayor, haya acaecido o haya causado daños debido al hecho del responsable, éste permanecerá obligado a reparar el perjuicio. Se observa que las causas excluyentes presentan características que se alternan entre la habitual imprevisibilidad, la irresistibilidad, la externalidad y la inevitabilidad.

⁸⁷³ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p.350. En la página 356 de la referida obra, el autor apunta la diferencia entre las expresiones, reconociendo que el caso fortuito es el acontecimiento (fuerza de la naturaleza o del acto humano) normalmente impredecible, esto es, “una fatalidad, aunque pudiera ser evitable, en sí mismo o en sus consecuencias, si hubiera sido previsto”. En cuanto a la fuerza mayor, se trata de algo natural o humano que es imposible resistir, incluso cuando previsible que esto se produzca. *En: Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸⁷⁴ En el ámbito de la responsabilidad civil objetiva, Noronha, en la P. 358 de la citada obra, apunta que algunos autores distinguen las causas de caso fortuito de las de fuerza mayor, operándose la exoneración de la responsabilidad sólo en los casos de fuerza mayor, definiéndose el fortuito como un riesgo interno, de la cosa u organización, y la fuerza mayor como un riesgo externo. En esta concepción, el caso fortuito representa cualquier riesgo natural de las cosas o los mecanismos utilizados por el responsable, mientras que la fuerza mayor es una fuerza de la naturaleza extraña a estas cosas o a estos mecanismos, es como que un hecho de tercero, no procedente de una persona, sino de cualesquiera fuerzas naturales. Por tanto, cuando la responsabilidad se funda en la culpa, basta el caso fortuito para exonerar al deudor; cuando está fundada en el riesgo, debería ser fuerza mayor.

Las características de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad se indican cuando se pretende caracterizar la inevitabilidad que, en conformidad con el contenido anteriormente mencionado, es fundamental en la noción de caso fortuito y de fuerza mayor. Así, es inevitable el hecho irresistible, es decir, aquel que el responsable no está en condiciones de impedir. Es también inevitable aquel hecho impredecible, que incluso podría ser evitado si fuera posible su previsión.

Se constata así, la necesidad del aumento de la característica de la externalidad, pues *“hay hechos impredecibles e irresistibles que solo acontecen debido a la actividad desarrollada por una persona y que, por eso, podrían ser evitados, si ella si abstuviera de actuar”*⁸⁷⁵. NORONHA apunta que no es posible considerar inevitable aquello que acontece dentro de la esfera por la cual la persona es responsable y que ciertamente no se produciría si no se hubiera desarrollado su actuación. Si el hecho causador del daño no es externo, podría ser evitado, bastando para ello con no realizar la actividad en cuyo decurso surge este, donde el daño deriva de la actuación de la persona, aun cuando ésta resulte exenta de cualquier juicio de censura⁸⁷⁶.

En la esfera de los Convenios Internacionales sobre la protección ambiental, los conflictos armados, las invasiones, las guerras civiles, las insurrecciones, los cataclismos y la culpa exclusiva de la víctima han sido consideradas causas que eximen la responsabilidad civil. Cabe citar los Convenios Paris/Viena de 1960 1963, sobre energía nuclear, el Convenio de Bruselas, de 1960, sobre hidrocarburos, que también incluye la intervención dolosa de un tercero y la negligencia de autoridad pública como causa excluyente, el Convenio de Ginebra sobre transporte de mercancía peligrosas, de 1989, que también implica la ausencia de la información sobre la peligrosidad de la mercancía, y la Convención de Lugano del Consejo de Europa, de 1993, que también contempla como causa que excluye la responsabilidad la observancia de medidas imperativas de la autoridad pública, la contaminación aceptable mediante circunstancias locales, el interés de la

⁸⁷⁵ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 354.

⁸⁷⁶ *Idem. Ibidem.* p. 355.

víctima y el estado de sitio. Así, las causas excluyentes de la responsabilidad han sido definidas como resultantes de eventos extraordinarios.

En el caso de las actividades diferentes con un acto de la naturaleza, la legislación española establece en diversa leyes referentes a la protección ambiental que las responsabilidades derivadas de infracciones ligeras o graves no serán exigidas cuando para la práctica de la infracción exista concurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor, conforme a la Ley n. 38/1972. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente a la responsabilidad por riesgo, exige del sujeto agente, para poder eximirse de la responsabilidad pese al caso fortuito o fuerza mayor, una diligencia máxima, relativa a la previsibilidad del daño que podría producirse y que de hecho se produjo⁸⁷⁷. En ese sentido, el Tribunal Supremo restringe el campo de aplicación del caso fortuito y de la fuerza mayor, de tal forma que solamente aquellos casos de hechos inevitables tendrán fuerza suficiente para romper la relación de causalidad. Por consiguiente, apunta PERALES que cualquier acto que pueda incluirse en el círculo de actividad del sujeto agente no podrá interrumpir el nexo causal, ya que, por su naturaleza, al estar en el ámbito de actividad del agente, debía haber sido previsto por él. En otras palabras, sólo aquellos sucesos inevitables tendrán la virtualidad necesaria para librar de responsabilidad al que desarrolla una actividad arriesgada⁸⁷⁸.

Cuando las actividades concurren con un hecho practicado por el lesionado, la culpa exclusiva de la víctima se ha apuntado como un factor de exclusión de la responsabilidad civil en los casos en los que se producen daños causados a las personas y sus respectivos bienes. Sin embargo, GOMÍS CATALÁ recuerda que esta excluyente no se admite con respecto a la

⁸⁷⁷ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.177.

⁸⁷⁸ *Idem. Ibidem.* pp. 177-178. Sobre las decisiones del TS español, el autor apunta: "No obstante, en otros supuestos el TS se aplica el concepto de fuerza mayor como elemento que rompe el nexo causal. Tal es el supuesto recogido por la STS de 10 de marzo de 1992, en la que la sociedad actora reclamaba daños y perjuicios sufridos en las instalaciones de la fábrica ubicada en terrenos de su propiedad en el margen izquierdo de un río, como consecuencia de unas inundaciones. La actora imputaba tales daños a la Administración, por haber construido un talud que provocó el estrechamiento del río y, en consecuencia, su menor capacidad para soportar crecidas. Sin embargo, el TS estima que en este supuesto se trata de un acontecimiento extraordinario, propio del concepto de fuerza mayor, por lo que exonera de toda responsabilidad a la Administración".

incidencia de daños ambientales⁸⁷⁹. Sobre la presente temática, incluso en el régimen de responsabilidad objetiva, la culpa sigue siendo investigada cuando se trata de averiguar la culpa de la propia víctima. La cuestión fundamental es la determinación del grado de negligencia exigido de la víctima, elemento que influye directamente sobre el alcance real de la responsabilidad objetiva.

Con relación a la culpa de la víctima, los Convenios internacionales y la propuesta comunitaria admiten la exclusión total o parcial de la responsabilidad que varían en conformidad con las actitudes de la víctima. Así, las exclusiones resultan de la culpa deliberada y de la negligencia grave para el Convenio de Viena; solamente culpa deliberada para el Convenio de París; culpa para el Convenio del Consejo de Europa; intención o negligencia para los Convenios de Bruselas y de Ginebra; y finalmente, actuación del perjudicado, para la Propuesta de la Directiva Comunitaria sobre Residuos⁸⁸⁰.

En este sentido, PERALES afirma que si la víctima contribuye a la producción del daño, deberá ser reducida la responsabilidad del sujeto agente, pues es deber de la víctima, impuesto por la buena intención, abstenerse de conductas que agraven su situación en un cálculo de previsibilidad normal. Lo mismo se puede decir cuando la víctima contribuye a la producción del daño por desarrollar una actividad arriesgada.⁸⁸¹ Idéntica solución también es adoptada por la doctrina italiana y anglosajona. En los últimos años, el Tribunal Superior Español viene decidiendo que sólo en los casos en los que de forma incontestable se demuestra la culpa de la víctima, el sujeto causador del daño podrá ser exonerado. También admite la compensación de culpas incluso en el ámbito de la responsabilidad objetiva.

⁸⁷⁹ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.134. En lo que se refiere a la culpa contributiva de la víctima, la autora subraya que: *“Esta causa de exención de responsabilidad se refiere, lógicamente, a la responsabilidad del sujeto agente por los daños provocados a las personas y a sus bienes, jamás por los daños al medio ambiente”*.

⁸⁸⁰ *Idem. Ibidem.* pp. 134-135. A pesar de que el elemento ‘culpa’ revista un significado secundario en relación a la responsabilidad civil ambiental (v. capítulo III), en la p. 134 la autora hace una interesante reflexión: *“Aunque parezca una contradicción, la culpa sigue teniendo un papel relevante cuando se trata de la culpa de la propia víctima. El problema fundamental que se plantea es la determinación del grado de negligencia exigido a la víctima, elemento este último que influirá directamente sobre el alcance real de la responsabilidad objetiva”*.

⁸⁸¹ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.182. *“...queda pues demostrado que también en la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, aun tratándose de una responsabilidad de carácter objetivo, es posible tener en cuenta la actuación de la propia víctima, y no sólo dentro de una teoría del ‘todo o nada’, sino que también puede moderar la responsabilidad del sujeto agente”*.

En el ordenamiento brasileño, la concurrencia entre hechos del responsable y del lesionado genera la repartición de culpas, en el régimen de la responsabilidad civil subjetiva, según los criterios de la proporción en la que el hecho practicado por cada co-responsable concurrió al evento y al de la gravedad de la culpa de cada uno. En ese sentido, AGUIAR DIAS expresa la corriente doctrinaria dominante cuando se posiciona por el criterio de la causalidad, por considerarlo más preciso, pues *“no es el grado de culpa, sino el grado de la participación en la producción del evento dañoso, reduciendo o hasta excluyendo la responsabilidad de los demás, que debe indicar a quien toca contribuir con la cuota mayor o hasta con toda la indemnización”*⁸⁸².

Mientras tanto, en la hipótesis de la responsabilidad objetiva, la concurrencia de culpa del lesionado no influye sobre la obligación de indemnizar, aunque pueda llegar a ser examinada con respecto al ejercicio del derecho de regreso. Es lo que acontece en la responsabilidad por el hecho del producto o del servicio, conforme a la previsión de los artículos 12 y siguientes del Código de Defensa del Consumidor, en que solamente la culpa exclusiva del consumidor (no la concurrente) excluye la obligación de indemnizar del productor o del proveedor del servicio^{883 884}.

⁸⁸² AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, p. 38.

⁸⁸³ Código de Defensa y Protección del Consumidor – L. nr. 8.078/90:

Artículo 12: *“El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados de proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos”*.

Párrafo 3º: *“El fabricante, el constructor, el productor o importador sólo no serán responsabilizados cuando prueben: I- que no colocaron el producto en el mercado; II- que, aunque hayan colocado el producto en el mercado, el defecto no existe; III- la culpa exclusiva del consumidor o de terceros”*.

Así, el fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados de proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

Artículo 14: *“El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores tanto por defectos relativos a la prestación de los servicios, como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.*

Párrafo 3º: *“El proveedor de servicios sólo no será responsabilizado cuando pruebe: I- que, habiendo prestado el servicio, el defecto no existe; II- la culpa exclusiva del consumidor o de terceros”*. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, [s.d]. pp. 666-667.

En lo que se refiere a la intervención dolosa de terceras personas, GOMIS CATALÁ apunta que la excluyente se aplica tanto a daños ambientales puros como a daños sufridos por personas y sus bienes.⁸⁸⁵ En ese sentido, se comparan las legislaciones española y brasileña, que establecen la solidaridad entre los causadores del daño; es decir, la participación de un tercero que concurre en el denominado *iter* causal para causar el daño ambiental implica responsabilidad solidaria. A diferencia de la legislación española, la brasileña presenta solamente la distinción en la que se prevé el derecho de retorno en contra del causador del daño.

En ese sentido, PERALES defiende que la solidaridad debe ser entendida como un criterio subsidiario, aplicable sólo cuando es extremadamente dificultoso determinar la parte de la responsabilidad de cada agente, no incluyéndose en el concepto de subsidiariedad los casos en los que la producción del daño es igualmente imputable a todos los agentes, de forma que cada uno de ellos, individualmente, podría haber causado el daño completo⁸⁸⁶. Observamos que el Tribunal Superior español se ha adherido a la solidaridad en los casos en los que no es posible caracterizar las responsabilidades individuales.

En Brasil, la doctrina mayoritaria ha entendido que el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima o el hecho de tercero no son consideradas causas que excluyen la responsabilidad civil resultante de daños ambientales, acogiendo la teoría del riesgo integral. Los teóricos de la doctrina sostienen que el nexo de causalidad desaparecería solamente con respecto a la negativa de la creación del riesgo, o por el hecho de que el riesgo no tenga ninguna relación causal con el daño. Así, sintetiza al respecto HERMAN BENJAMIN que, considerando el perfil constitucional del bien jurídico tutelado, el Derecho Ambiental refuta las referidas excluyentes, entendiendo que “*si el*

⁸⁸⁴ Partiendo de que el concepto de “medio ambiente” es extensivo a los elementos que lo forman, es decir, al agua, a la vegetación, al aire, a la tierra, etc., de forma que al haberse producido una lesión a un bien privado, incluso con la participación del propietario, el agente co-responsable estará obligado a reparar el daño por haber concurrido a su producción, dando lugar a una responsabilidad solidaria.

⁸⁸⁵ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.136.

⁸⁸⁶ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.190.

*evento se produjo en el curso o en razón de actividades potencialmente contaminadoras, corresponde al responsable de ellas reparar los eventuales daños causados, observando siempre la hipótesis de acción regresiva*⁸⁸⁷.

Contrariamente, Fernando Noronha apunta que son causas de exclusión de la responsabilidad los hechos de terceros y del propio lesionado, refiriéndose a aquellas causas que no tengan relación con la actividad del posible responsable, además de aquellas hipótesis de auténtico caso fortuito o de fuerza mayor, en sentido estricto, que aunque tengan reglas no tienen sin embargo ninguna conexión con la actividad e implicando hipótesis en las que no hay vínculos con la actividad profesional desarrollada. A título complementario, este autor refiere que en determinados casos, que denomina como casos-límite, es admisible que incluso algunos casos fortuitos no pueden considerarse extraños a la actividad profesional⁸⁸⁸.

Toshio Mukai también critica la posición dominante, entendiendo que lo que hace incidir la responsabilidad del contaminador es su actividad lesiva al medio ambiente y a terceros, apartándose *“cualquier actividad que no pueda ser debida al contaminador, tales como la acción de terceros, víctima o no, y, indudablemente, en ese rol, también se podría colocar el caso fortuito (evento causado por la acción humana de terceros) y la fuerza mayor (evento causado por la naturaleza)”*.⁸⁸⁹ En la misma línea, Mário Moacyr Porto recuerda el contenido anteriormente tratado: que la caracterización del motivo de la fuerza mayor resulta de la imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. Así, si el daño es causado por un hecho de la naturaleza, como un estremecimiento sísmico, la fuerza mayor excluye el nexo causal entre el perjuicio y la acción u omisión de aquél a quien se atribuyó la responsabilidad por el perjuicio, pues el daño solo fue producido por el hecho de la naturaleza. *“Si la persona demandada concurrió de cualquier forma al daño, no podrá, es obvio, argüir*

⁸⁸⁷ HERMAN BENJAMIN, Antônio. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. p. 41. En el mismo sentido, se destaca la posición de José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 215, Fábio Dutra Lucarelli. *op. cit.*, p.16, e Nelson Nery Júnior. *op. cit.*, p. 172.

⁸⁸⁸ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p.393. El autor ejemplifica la situación de la tempestad que provoca la caída del avión o la caída de la barrera que protege los autobuses.

⁸⁸⁹ MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.p.61.

*motivo de fuerza mayor [...], pues la fuerza mayor es un acontecimiento anónimo y no imputable al deudor*⁸⁹⁰.

Cabe destacar y recordar que la licitud de la actividad y la preexistencia de factores contaminadores han dejado de ser consideradas como excluyentes de la responsabilidad civil por daños ambientales, conforme al contenido del capítulo III, pues se considera relevante tan sólo la potencialidad del daño. Souza PASQUALOTTO, recordando la decisión del Consejo del Estado Francés, en el caso de *Air France*, donde se rechazaron las licencias administrativas como causa exonerativa, sostiene que *“además de la incompatibilidad con el régimen de responsabilidad objetiva, la licitud no siempre excluye la responsabilidad, incluso cuando se exige la culpa”*. La decisión francesa se refería a un caso en el que los habitantes de la ciudad de Niza reclamaron en contra de la empresa aérea y del ayuntamiento, por los excesivos ruidos causados por las aeronaves y el Consejo de Estado recusó la tesis sostenida por la empresa, que alegaba la licitud de la actividad en razón de la convenida autorización concedida por las autoridades francesas. El Consejo también afirmó que el perjuicio ecológico ocasionado a algunos ciudadanos quebranta el principio de la igualdad en la distribución de las cargas públicas. Por consiguiente, a pesar de ser lícita, la actividad de la empresa imponía a los habitantes de los alrededores del aeropuerto una sobrecarga que no afectaba a los demás ciudadanos, haciéndoles acreedores de una indemnización que les compensara por el insomnio.⁸⁹¹ Así, no se cuestiona la licitud de la actividad o de la legalidad del acto administrativo, sino tan sólo la potencialidad del daño que reside en la propia autorización administrativa.

⁸⁹⁰ PORTO, Mário Moacyr. Pluralidade de causas do dano e redução da indenização: força maior e dano ao meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, v. 77, n.638, Dez. de 1988, p. 09.

⁸⁹¹ SOUZA PASQUALOTTO, Adalberto de. p. 456. En el mismo sentido, LUCARELLI entiende que *“de ninguna forma puede aceptarse que el Estado tenga el poder de admitir agresión a la salud pública. Se debe tomar en consideración, sobre todo, el hecho de que, no pocas veces, el Estado especifica normas y padrones que deben ser respetados actuando en causa propia y que también ejerce actividades dañosas para el medio ambiente. Las normas establecidas por el Poder Público contienen, o deberían contener, las medidas preventivas indispensables para la explotación de la actividad, dejando claro que los riesgos de esta explotación corren por cuenta del explotador y que lo hace gracias a una autorización del Estado, que no se confunde con una orden, caso que no debería justificar la exclusión de su responsabilidad”* op. cit., p.12.

Se observa que la licitud de la actividad podrá servir sólo para impedir la aplicación de sanciones administrativas, hecho que no excluye la responsabilidad civil que deriva de la producción de daños ambientales. A propósito, esto representa la línea adoptada por los diversos convenios internacionales. GOMIS CATALÁ ilustra con la Propuesta de la Directiva Comunitaria cuando prevé que *“el simple hecho de disponer de una autorización de los poderes públicos no eximirá al productor de su responsabilidad”*. La autora también refiere que bajo el régimen de la responsabilidad objetiva se pone de manifiesto que el sujeto que se arriesga y se beneficia deberá soportar el coste de la reparación del daño, que a su vez irá a reflejarse en el precio final del producto⁸⁹².

Con relación a la degradación preexistente, PASQUALOTTO apunta que dicho factor tampoco exonera al contaminador, debiéndose considerar el factor cumulativo de los agentes contaminadores, que pueden manifestar sus efectos dañosos, aunque a veces, mucho tiempo después de su emisión, puede determinar consecuencias imprevistas⁸⁹³.

Finalmente, interesa examinar las circunstancias locales y los riesgos de desarrollo en la óptica de las excluyentes de la responsabilidad civil objetiva derivadas de daños ambientales. GOMIS CATALÁ afirma que la insignificancia o tolerancia del daño atendiendo a las condiciones del lugar constituye, en efecto, más una característica del daño reparable que una auténtica causa excluyente. Mientras, el Convenio del Consejo de Europa, tal y como regula el artículo 8, letra “d”, introdujo un polémico motivo de excluyente, en razón del cual el explotador no será responsable si el daño se refiere a un nivel de contaminación aceptable, contextualizando con las circunstancias locales. Es preciso pues registrar que la Ley alemana tolera los daños no substanciales o perjuicios aceptables de acuerdo con las circunstancias locales, siempre que la instalación de la que deriva el hecho dañoso esté desarrollando sus actividades adecuadamente; es decir, en conformidad con las normas a aplicar y sin que haya acaecido alguna interrupción en la actividad también

⁸⁹² GOMIS CATALÁ, LUCÍA. *op. cit.*, p. 139.

⁸⁹³ SOUZA PASQUALOTTO, Adalberto de. *op. cit.*, p. 458.

considerada como excluyente⁸⁹⁴. Cabe observar que la distinción entre la ley alemana y el Convenio del Consejo de Europa es que la ley introduce un elemento de certeza relevante al exigir que, en todo caso, la instalación haya operado de acuerdo con los standard regulares. Sin embargo, todo dependerá del contenido de estos standard.

En lo que se refiere a los riesgos de desarrollo, definidos como aquellos defectos de los productos que no son conocidos como corolario de los avances científicos y tecnológicos posteriores a su colocación en el mercado, no son considerados causas excluyentes de la responsabilidad civil ambiental en lo que concierne a la energía nuclear, hidrocarburos y transporte de mercancías peligrosas. Sin embargo, compete a los Estados integrantes permitir que los empresarios aleguen que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado del conocimiento científico y tecnológico no permitía descubrir la existencia del defecto⁸⁹⁵.

En Brasil, se destaca lo contemplado en el artículo 12, par. 3. del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que adopta una posición semejante. Para HERMAN BENJAMIN, no es suficiente para el proveedor con probar que, aunque basándose en el conocimiento científico de la época, desconocía los riesgos inherentes, ya que el examen del grado de conocimiento científico no es un hecho tomando como referencia un proveedor en concreto, sino que es importante sólo lo que sabe la comunidad científica en el contexto con el momento histórico del examen⁸⁹⁶.

Ahora, aplicada la teoría de los riesgos de desarrollo a la cuestión ambiental, entendemos que no constituye causa de exclusión de la responsabilidad objetiva, considerando que el agente emprendedor de la

⁸⁹⁴ MARQUES SAMPAIO, Francisco José. *op. cit.*, pp.199-200.

⁸⁹⁵ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, pp.142-143. La autora hace referencia al Libro Verde y los Convenios en materia de energía nuclear, hidrocarburos o transporte de mercancías peligrosas. Concluye la autora que el prestador de servicio se manifiesta de manera más restrictiva en razón de que *“el simple hecho de la existencia o la posibilidad de un servicio más perfeccionado, en el momento de la prestación o posteriormente, no es constitutivo de culpa”*.

⁸⁹⁶ PELLEGRINE GRINOVER, Ada y otros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 115.

actividad debe asumir todos los riesgos, además de que no es posible dejar el daño al medio ambiente sin reparación, frente a su elevado contenido constitucional. Ello se refuerza ante el principio de la precaución, que impone el deber de adopción de medidas dirigidas a evitar la producción de la contaminación.

GOMIS CATALÁ entiende que sea justo que la actividad del sujeto agente pueda ser juzgada de acuerdo con los parámetros científicos y técnicos del momento en el que se producen, destacando que los organismos representantes de los sectores afectados por un sistema de responsabilidad objetiva exigen enérgicamente este motivo de exclusión de la responsabilidad, teniendo en cuenta la velocidad de los avances científicos. Mientras, la autora admite que una interpretación amplia de esa excluyente implica el riesgo de convertir la responsabilidad civil objetiva en subjetiva, de forma que solamente podrá formularse a la luz del principio de la precaución, de modo que no contemple las situaciones en las que las autoridades públicas no reconocieron oficialmente la existencia de la nocividad del producto o del carácter peligroso de la actividad. La excluyente solamente sería válida si no se produjera ninguna duda, en la esfera del ámbito científico, de que era imposible prever los riesgos⁸⁹⁷.

En el mismo sentido, recordando el principio del contaminador-pagador, la autora Maria Alexandra Sousa Aragão defiende que “la contaminación accidental es, por naturaleza, improbable aunque previsible, dando origen al deber de adoptar medidas dirigidas a prevenirlas. Sin embargo, si de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos disponibles resulta del todo impredecible la producción, incluso accidental, de un cierto tipo de contaminación, el principio del contaminador-pagador no

⁸⁹⁷ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p.145. La autora también apunta a que la reparación de los daños producidos al amparo de esa excluyente debería someterse a mecanismos de indemnización conjunta con el fin de garantizar la solución de los problemas ambientales. Afirma la autora: “Por lo tanto, la reparación del daño que se produzca al amparo de esta excepción admitida en tales términos debería someterse, una vez más, a los mecanismos de indemnización conjunta con el fin de garantizar que alguien (la colectividad o el conjunto de operadores) resuelva una situación que no puede permanecer en el olvido”.

determina ni puede determinar la adopción de medidas, públicas o privadas, dirigidas a prevenir un peligro 'inexistente'⁸⁹⁸.

Enseña GOMIS CATALÁ: “... *la consideración del riesgo del desarrollo como causa de exoneración debe admitirse con cautela al objeto de no desvirtuar la verdadera naturaleza de la responsabilidad objetiva. Por lo tanto, como indica G. MARTIN, únicamente podrá formularse a la luz del principio de precaución, de manera que la exoneración no puede admitirse simplemente porque las autoridades públicas no han reconocido oficialmente todavía la nocividad de un producto o el carácter peligroso de una actividad. La exención tan solo será válida si nada absolutamente, en los debates científicos y técnicos, puede plantear una duda*”⁸⁹⁹. Por tanto, no existiendo certeza científica, se aplica la responsabilidad civil objetiva en favor de la víctima lesionada.

5.2 La Identificación del responsable

La identificación del responsable por la causa del daño ambiental ha modificado el sistema de la responsabilidad civil en el Derecho Ambiental, partiéndose de la premisa de no dejar a la víctima y el medio ambiente sin reparación. Con respecto a la incidencia de la causalidad alternativa, la doctrina clásica ya reconocía que, aunque habiendo la participación de varios autores en acto en cuya ejecución uno de los participantes causa daño, todos responden del daño. En ese sentido, recordamos la hipótesis de los territorios industriales, donde las empresas desarrollan sus actividades, aunque independiente entre sí, participan, hasta por la proximidad física, de una actividad industrial común.

El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, en su resumen, sostiene que ‘*La responsabilidad ambiental obliga al causante de daños al*

⁸⁹⁸ SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra. *op. cit.*, p.154.

⁸⁹⁹ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.* p. 145.

*medio ambiente (el contaminador) a pagar la reparación de tales daños. Para que el régimen de responsabilidad sea efectivo tiene que ser posible establecer la identidad de los contaminadores, cuantificar el daño y establecer una relación de causa-efecto, motivo por el cual no constituye un instrumento adecuado para los casos de contaminación de carácter difuso, procedente de fuentes múltiples. Entre los argumentos que justifican la creación de un régimen comunitario de responsabilidad se pueden citar la mejora de la aplicación de tres principios ambientales básicos ('quien contamina paga', cautela y acción preventiva) y de la legislación comunitaria vigente en la materia, la necesidad de garantizar la descontaminación y la restauración del medio ambiente, la mayor integración de los aspectos ambientales en las demás políticas y la mejora del funcionamiento del mercado interior'*⁹⁰⁰.

La identificación del responsable, sin embargo, implica una limitación al sistema de la responsabilidad civil ambiental cuando se observa la actuación del derecho internacional privado. La creación de estructuras de imputación de reparación del daño ambiental depende de la existencia de presupuestos materiales de funcionamiento de la responsabilidad civil. Así, la utilización del esquema de daños concerniente al instituto de la responsabilidad civil está condicionada, al menos, a la posibilidad de identificación del causador de la lesión y a la determinación de un nexo causal. Acontece que muchas veces no es posible realizar tal identificación, *"debiendo, pues, concluirse que las situaciones de responsabilidad se basan en la dogmática de la responsabilidad, sólo pueden reducirse parcialmente los déficit de responsabilidad referidos"*.⁹⁰¹ José de Sousa Cunhal Sendim trata la delimitación de la eficacia espacial y temporal de las normas sobre responsabilidad civil por daños ecológicos y afirma que *"En lo que se refiere al derecho internacional privado, tal perspectiva dogmática se traduce en la defensa de la adopción de normas de conflictos especiales para las cuestiones de la responsabilidad por daños ecológicos y ambientales, en la adopción de normas materiales de derecho internacional privado y en el recurso a normas de aplicación inmediata como método de regulación de cuestiones privadas internacionales.[...] En lo que concierne a la delimitación de la eficacia*

⁹⁰⁰ Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental. *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰¹ SOUSA CUNHAL SENDIM, José de. *op. cit.*, p. 59.

temporal el problema se presenta, con especial importancia, a propósito de las llamadas cargas contaminantes acumuladas. Se traduce, en la esencia, de saber si se debe extender el ámbito de aplicación de las situaciones de responsabilidad por daños ecológicos a hechos que se produzcan antes de su entrada en vigor, de modo que se posibilite la imputación de los daños ecológicos actuales, pero causados en gran medida por conductas anteriores a la aparición de la protección jus-ambiental. Nos parece, sin embargo, que tal solución tendría que derivar de una opción explícita del legislador”⁹⁰².

De lo expuesto sobre los límites temporales y espaciales y, paralelamente institucionales del derecho de la responsabilidad civil ambiental, José de Sousa Cunhal Sendim afirma que el ordenamiento jurídico “*no parece ser apto para resolver la gran parte de los daños de distancia, de los daños causados por las cargas ambientales acumuladas (Altlasten, como por exp.). Los depósitos antiguos de residuos) y de los daños ecológicos causados por poluciones generalizadas (exp.: contaminación atmosférica causada por los escapes de vehículos). En tales hipótesis, habrá que buscar soluciones complementarias a los mecanismos de responsabilidad jurídicamente incorporados en el principio de la responsabilización, en el principio de la repartición comunitaria, o – **no toca los daños individuales** – en la regla básica de soporte de los daños por el lesionado (ubi comoda ibi incommoda)”⁹⁰³. En ese punto recordamos el contenido del capítulo II del presente trabajo, en especial el déficit de producción legislativa entonces examinada.*

En lo que se refiere a la Ley brasileña nr. 6.938/81, se entiende por contaminador la persona física o jurídica, de derecho público o privado, responsable, directa o indirectamente, por la actividad causadora de degradación ambiental. Cabe destacar que, aunque habiendo pluralidad de agentes contaminadores, se caracteriza la solidaridad pasiva en la forma del artículo 942 del Código Civil Brasileño, al prever que: “*Los bienes del*

⁹⁰² *Idem. Ibidem.* pp. 59-60. Apunta el autor, en la p. 60: “*Ahora, sabiendo que este segundo aspecto (el aspecto dinámico) asume una dimensión particular en nuestro tiempo adquiriendo un peso substancial en el Derecho del Ambiente, puede preguntarse si la delimitación de la eficacia espacial y temporal de las normas de esta rama del derecho no debe obedecer a criterios específicos que expresan la axiología jus-ambiental*”.

⁹⁰³ *Idem. Ibidem.* p. 61.

*responsable por la ofensa o violación del derecho de otros resultan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tiene más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación. Párrafo único: Son solidariamente responsables con los autores los coautores y las personas designadas en el artículo 932*⁹⁰⁴. La regla jurídica está concebida en la producción del hecho dañoso único e indivisible que considera la imposibilidad de la segmentación del daño que implica un nexo causal común.

En ese sentido, HERMAN BENJAMIN apunta que incluso cuando el nexo causal no es común, el ordenamiento jurídico-ambiental permite el recurso de la aplicación de la responsabilidad civil colectiva. El fundamento del posicionamiento reside, fundamentalmente, en la indivisibilidad del daño. Así, la responsabilidad ambiental tiene acogida en el propio Código Civil Brasileño, en la teoría general de los actos ilícitos; ***“con mayor ímpetu y fuerza reaparece en la norma constitucional, que delineó de forma indivisible el medio ambiente, ‘bien de uso común de todos’, cuya ofensa ‘están los contaminadores’ (en el plural mismo) obligados a reparar, propiciando, por eso mismo, la aplicación del Art.892, primera parte, del Código Civil, siendo acreedor la totalidad de la colectividad afectada***⁹⁰⁵ (grifo).

Además, conviene subrayar que en conformidad con la previsión del artículo 265 del CCB, *“la solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes*⁹⁰⁶. Ahora, en la medida en que pueden ser diversos los autores de un daño ambiental, tal y como se regula en el artículo 942 del CCB, ya examinado, la obligación de reparar el daño ambiental, cuyo objeto es indivisible, adquiere el *status* de solidaridad cuando son diversos los autores

⁹⁰⁴ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 261.

⁹⁰⁵ HERMAN BENJAMIN, Antonio. **Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental**. p. 38. En la misma página, el autor escribe que “la solidaridad, en este caso, no sólo deriva de atributos particulares de sujetos responsables y de la modalidad de la actividad, sino también de la propia indivisibilidad del daño, consecuencia del hecho de que el medio ambiente sea una unidad infragmentable”. El autor, cuando escribió el texto, hizo referencia al CCB de 1916, ahora revocado. Sin embargo, el contenido de la previsión del citado artículo 892 se corresponde con el artículo 260 del CCB vigente, cuya redacción prevé: *“Si la pluralidad es de acreedores, podrá cada uno de éstos exigir la deuda completa; pero el deudor o deudores dejarán de estar obligados, pagando: [...]”*. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Ed. Verbo Jurídico. Porto Alegre. p. 211.

⁹⁰⁶ *Idem. Ibidem*. p. 211.

del daño ambiental. Hay que interpretarlo en este sentido en la medida en que el artículo 263 prevé que *“pierde la calidad de indivisible la obligación que se resuelve en pérdidas y daños. Párrafo 1. Si, para efecto de lo dispuesto en este artículo, hay culpa de todos los deudores, responderán todos por partes iguales. Párrafo 2. Si es de un solo la culpa, quedarán exonerados los otros, respondiendo sólo aquél por las pérdidas y daños”*⁹⁰⁷. Considerando que el daño ambiental no toma en consideración el elemento de culpa en razón de la responsabilidad civil de la especie objetiva, un daño con proporciones colectivas o incluso individual (indivisible) podrá ser integralmente reparado por uno de los causadores incluso cuando el(los) otro(s) no reúnan un patrimonio suficiente para enfrentarse con la debida reparación. En ese sentido, el artículo 942 del referido dictamen prevé: *Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otros quedan sujetos a la reparación del daño causado; y, si la ofensa tiene más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación*. Párrafo único: *“Son solidariamente responsables con los autores los coautores y [...]”*⁹⁰⁸. En el mismo sentido, la Ley 11.105, de 2005, que regula las normas de seguridad y los mecanismos de fiscalización de actividades que implican organismos genéticamente modificados – OGM y sus derivados –, el artículo 20 prevé la solidaridad de los agentes causadores, independientemente de la culpa⁹⁰⁹.

Es preciso también destacar que el Estado es considerado co-responsable por los daños ambientales y, como tal, podrá componer el contencioso para resarcir los **perjuicios individuales** o colectivos. En sintonía con el capítulo I de ese trabajo, Paulo Alfonso Leme Machado recuerda la responsabilidad del Estado, incluso cuando responde solidariamente con el particular, *“tanto más cuando olvida su deber-poder fiscalizador de fondo*

⁹⁰⁷ *Idem. Ibidem.* p. 211.

⁹⁰⁸ *Idem. Ibidem.* p. 261.

⁹⁰⁹ La Ley nr. 11.105, de 2005, regula los incisos II, IV y V del par. 1. del art. 225 de la Constitución Federal y establece normas de seguridad y mecanismos de fiscalización de actividades que implican organismos genéticamente modificados – OGM y sus derivados, crea el Consejo Nacional de Bioseguridad – CNBS, reestructura la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad – CTNbio, dispone sobre la Política Nacional de Bioseguridad – PNB, y de las otras medidas, en el artículo 20 establece: *“Sin perjuicio de la aplicación de las penas previstas en esta Ley, los responsables por los daños al medio ambiente y a terceros responderán, solidariamente, por su indemnización o reparación integral, independientemente de la existencia de culpa”*. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, [s.d.]. p. 850.

constitucional y legalmente impuesto, cumplido por actos administrativos vinculados y, por tanto, obligatorios”.⁹¹⁰ Sin embargo, ANTÔNIO CHAVES defiende que *“habrá responsabilidad de la Administración solamente cuando el evento dañoso pueda ser atribuido directamente a la omisión del agente público: surge de allí la culpa ‘in omittendo’. Dependerá, así, la responsabilidad solidaria de la Administración de hechos que comprueben que ella tuvo conocimiento del inminente daño y no tomó medidas oportunas; aquí la regla es que acudirá a la responsabilidad solidaria”*⁹¹¹.

Recordamos que las dos interpretaciones derivan de lo contemplado en la Constitución brasileña de 1988, que impone la responsabilidad por la protección ambiental y defensa de la ecología al Poder Público y al particular. Sin embargo, deben distinguirse cuatro situaciones que implican la responsabilidad del Estado: la responsabilidad por las actividades autorizadas por el Poder Público; la responsabilidad por acciones clandestinas o particulares; la responsabilidad por accidentes ecológicos derivados de causas múltiples, sea por dolo o por culpa; y responsabilidad por daños ecológicos ocasionados por hechos de la naturaleza.

En el sentido de la co-responsabilidad del Estado, se registra el Libro Blanco que, al tratar de la perspectiva comunitaria de la responsabilidad ambiental, establece: *“Si el régimen comunitario se aplicara únicamente a los daños ambientales y dejara la responsabilidad por los daños económicos enteramente en manos de los Estados miembros, podrían darse resultados injustos, como que se pagaran menos indemnizaciones, o ninguna, por los daños a la salud que por los daños causados al entorno por el mismo incidente. Además, el interés por la salud humana – que constituye por derecho propio un importante objetivo político – está estrechamente relacionado con la protección del medio ambiente”*⁹¹².

⁹¹⁰ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *op. cit.*, p. 93.

⁹¹¹ CHAVES, Antônio. Responsabilidade no direito ambiental brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.317, pp. 09-24, 1992. p. 10.

⁹¹² **Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental**. *op. cit.*, p. 18. Continua, aún, el texto: *“...el apartado 1 del artículo 174 del Tratado CE afirma que la política de medio ambiente de la Comunidad debe contribuir a alcanzar, entre otros, el objetivo de proteger la salud de las personas”*.

En la responsabilidad por las actividades autorizadas por el Poder Público, concedidas a través de licencias o autorizaciones legales, se adopta la teoría de la responsabilidad objetiva, exigiéndose la existencia de un daño especial al medio ambiente. Cuando la concesión es ilegalmente concedida, de manera inexcusable, se adopta la teoría subjetiva, apoyada en la idea de la culpa. Siendo ilegal la concesión, sin embargo resulta excusable, considerando haber sido concedida en acuerdo con el funcionamiento normal del servicio público y siendo el daño especial y excedente a un considerable margen de tolerancia, también será responsable en razón de la teoría subjetiva. Si la licencia es legal, pero el particular se excede de los poderes concedidos por el Estado, provocando daños, habrá culpa *in omittendo* o *in vigilando* por parte de la Administración. Existe la exclusión de la responsabilidad solidaria administrativa con respecto a la concesión ilegal emitida en razón del funcionamiento normal de servicio, siendo excusable la ilegalidad y desde el momento en que no haya daño especial y que esté incluido entre los parámetros de tolerabilidad.⁹¹³ Sin embargo, conviene dejar constancia de que los conceptos de ilegalidades excusable e inexcusable quedan superados en razón del principio de la legalidad, conforme a lo previsto en el artículo 37, *caput*, de la Constitución Federal brasileña, de 1988,⁹¹⁴ pues si la Administración Pública debe regirse por la legalidad y por algún acto administrativo, al existir un daño ambiental, habrá responsabilidad solidaria del Estado⁹¹⁵.

⁹¹³ DUTRA LUCARELLI, Fábio. *op. cit.*, p. 19. Toshio Mukai distingue entre ilegalidades excusables e inexcusables, para afirmar que “*hay ilegalidades que indican, por su inexcusabilidad, que el servicio funcionó anormalmente y otras ilegalidades que son atribuibles a un funcionamiento normal de los servicios públicos, y éstas pueden dar lugar a la indemnización si el daño constituyó un sacrificio especial, y si no lo constituyó, no existe responsabilidad, pues los daños causados por este tipo de ilegalidad deben ser aquí soportados sin compensación, ya que responden al margen de tolerabilidad de los actos ilícitos.* *op. cit.*, pp 70-71.

⁹¹⁴ Artículo 37 de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “*La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente: [...]*”. ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Ed. Verbo Jurídico. Porto Alegre. p. 31.

⁹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 670-671 sostiene que “*si hubo conducta estatal lesiva al bien jurídico garantizado de tercero, el principio de la igualdad – inherente al Estado de Derecho – es suficiente para reclamar la restauración del patrimonio jurídico del lesionado. Cualquier otra investigación será excluida, por haber configurado ya la situación que se reclama en favor del afectado o del patrocinio del principio del isonomía*”.

La segunda situación se refiere a la forma clandestina de actuación del particular que provoca el daño ambiental, cuando el Estado será responsabilizado desde que se demuestre la existencia de la culpa grave como consecuencia de la injustificable omisión en la fiscalización y ejercicio del poder de policía que le es inherente (obligaciones “*erga omnes*” - capítulo I).

Por consiguiente, se considera que la Administración Pública no debe responder por todos y cualesquiera actos que impliquen daños ambientales, sino por aquellos en que hubo actuación de forma negligente o imprudente. DUTRA LUCARELLI entiende que “*para que sea atribuida esa responsabilidad al Estado, debe verificarse que, de la negligencia dolosa o culposa del funcionario, y, consecuentemente, de la omisión injustificable en el ejercicio del poder de policía, resultará la **lesión al derecho individual**, que emprenderá la oportuna reparación*” (grifo). Más adelante, el autor establece un criterio al afirmar que “*efectivamente, esta culpa grave es un requisito esencial para la verificación en especie de la responsabilidad del Poder Público, no bastando la mera existencia del aparato técnico administrativo destinado al ejercicio de este poder de fiscalización, para caracterizar la responsabilidad civil estatal*”⁹¹⁶.

El Estado podrá ser responsabilizado cuando el daño deriva de hecho de la naturaleza cuya lesividad podría ser evitada si se produjera la actuación normal del servicio público, así como la hipótesis en la que la lesión deriva de una conducta material de terceros, lo cual podría y debería ser evitado por la Administración Pública. En ese sentido TOSHIO MUKAI sostiene “*solamente de forma excepcional debe el Estado prestar indemnización por el daño in omittendo, proveniente de medidas policiales; es decir, sólo en los casos en los que se verificara que la **lesión al derecho individual** resulte de la negligencia dolosa o culposa del funcionario público*”.⁹¹⁷ Así, cabe reforzar que en la estimación de la culpabilidad, es preciso poner muy de manifiesto la contingencia inherente a la limitación normal, pues la Administración Pública no puede responder por todos y cualesquiera eventos dañosos, sino por la

⁹¹⁶ DUTRA LUCARELLI, Fábio. *op. cit.*, p. 20. El autor sostiene que debe demostrarse un funcionamiento del servicio público bajo el “*padrón habitual de su normalidad*”.

⁹¹⁷ MUKAI, Toshio. *op. cit.*, p. 68.

efectiva actuación que resulte de un inferior padrón habitual de su normalidad⁹¹⁸ (grifo).

La tercera situación apunta a los daños ecológicos accidentales, derivados de causas múltiples con culpa o dolo. Cuando el accidente deriva de culpa grave, *in vigilando* o *in omittendo* de la Administración Pública, o incluso contando con la aprobación de la misma, sean legales o no, y derivando de un sacrificio especial, incidirá la responsabilidad civil solidaria; cuando el accidente se produzca independientemente del acto de la Administración o de su omisión grave, no habrá solidaridad. Sin embargo, tratándose de un accidente ecológico que derive de acción u omisión con relación a materiales o equipos de su titularidad o cuya manipulación, vigilancia, fiscalización, entre otros, o, incluso, cuya competencia constitucional y/o legal le competa en cuanto a la explotación, la responsabilidad es directa y objetiva de la Administración⁹¹⁹.

Para finalizar, la cuarta situación, que se refiere a los daños ecológicos ocasionados por hechos de la naturaleza, la doctrina se ha posicionado en el sentido de la responsabilización estatal en base a la teoría de la culpa anónima del servicio. Se trata, por ejemplo, de los casos de inundaciones en las que la limpieza de los canales y de las galerías de aguas pluviales y la canalización de los arroyos no se pusiera a punto antes de la precipitación pluviométrica que era previsible⁹²⁰.

Sobre la contribución de diversa actividades para la causa del daño ambiental, nos interesa el entendimiento del autor español PERALES, que sostiene la distribución interna de responsabilidad entre los agentes, a pesar de que la jurisprudencia y legislación española no adopten la misma orientación. En este sentido, la jurisprudencia y legislación brasileña tampoco

⁹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *op. cit.*, pp. 670-671 escribe que “sólo el examen concreto de los casos que se produzcan podrá indicar si el servicio funcionó bajo el padrón al que estaría adscrito por ley. Donde, en los casos de omisión, la atribución de la responsabilidad estatal depende de que el fallo sea doloso o culposo. Compete al Estado, ante un caso de servicio posible, por resultar inherente al servicio legalmente instituido y que haya revelado, por lo menos, negligente, desidioso o imprudente”.

⁹¹⁹ MUKAI, Toshio. *op. cit.*, p. 72.

⁹²⁰ CHAVES, Antônio. *op. cit.*, p.11.

se adhieren a la teoría del citado autor. A pesar de las divergencias, conviene reflexionar acerca de la sugerencia del autor que señala la jurisprudencia norteamericana que, en razón de la omisión de la C.E.R.C.L.A sobre distribución interna de responsabilidad, estableció los siguientes criterios para esta distribución: la competencia de los sujetos agentes para demostrar su contribución para el acto dañoso; la cantidad de sustancia peligrosa que se puede atribuir a cada sujeto agente; el grado de toxicidad de la sustancia peligrosa; el grado de participación de los sujetos agentes en la generación, transporte, tratamiento, almacenamiento y disposición de la sustancia peligrosa; el grado de cuidado que cada uno de los agentes manifiesta con relación a la sustancia peligrosa, teniendo en cuenta sus características; el grado de cooperación de los sujetos agentes con las autoridades para prevenir el daño. Además de estos criterios, PERALES también añade el status económico de los sujetos agentes y el perjuicio obtenido por los agentes con su conducta⁹²¹.

En una línea semejante, el Libro Blanco, cuando trata de la aplicación del principio de la equidad, establece que *“en determinadas circunstancias, puede resultar injusto que el contaminador tenga que abonar la compensación total de los daños que haya causado. Los tribunales (o cualquier otra autoridad competente como, por ejemplo, un árbitro) podrían disponer de cierto margen de apreciación que les permitiera decidir – por ejemplo, cuando el operador responsable pueda demostrar que los daños fueron causados única y exclusivamente por emisiones explícitamente autorizadas en un permiso – que una parte de la compensación no debe correr a cargo del contaminador, sino de la autoridad que haya concedido el permiso. Convendría definir otros criterios en el marco de esta disposición como, por ejemplo, que el operador responsable haya hecho todo lo posible para evitar el daño”*⁹²².

En la esfera de los Convenios Internacionales, la solución para los problemas relativos a la identificación de los responsables es la denominada ‘canalización’ de la responsabilidad sobre un sujeto predeterminado. GOMIS

⁹²¹ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, p.188. El criterio adoptado por la jurisprudencia norteamericana es denominado *Gore Amendment Factors*.

⁹²² Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental. *op. cit.*, p. 20.

CATALÁ apunta que el mecanismo de canalización es ventajoso en cuanto contribuye a la aplicación de los principios del contaminador-pagador y de la precaución que es inherente a la responsabilidad civil objetiva, estimulando el procedimiento de internacionalización de los costes por parte de la persona predeterminada que, a su vez, debe ser la más relacionada y la más beneficiada por la actividad del riesgo, atendiendo a las circunstancias particulares del sector; atribuye, además, la responsabilidad únicamente al agente que posee el control de la actividad de riesgo; concentra la necesidad de la adopción de medidas de garantía financiera o realización de seguros en las manos de un único agente; y facilita y simplifica los procesos judiciales de responsabilidad⁹²³.

Sin embargo, la doctrina explica que existen dos modelos significativos de canalización, sin refutar el sistema y la responsabilidad solidaria cuando concurren varios responsables como consecuencia de la aplicación de sus mecanismos de canalización: el primero es el de la canalización estricta, centrado en un agente que, normalmente, tendrá el control absoluto sobre la actividad de riesgo, que es el predominante en los acuerdos internacionales y en el ámbito comunitario⁹²⁴. Se observa que el Libro Verde de la Comisión Europea, en mayo de 1993, ya adoptaba la referida canalización, con la advertencia de que ésta debe recaer sobre *“la parte que posea los conocimientos técnicos, los recursos y el control práctico adecuados para realizar la gestión de riesgos más eficaz”*⁹²⁵.

El segundo sistema es el de la canalización múltiple, adoptada como base por la C.E.R.C.L.A norteamericana, que sitúa en un mismo plan una serie de personas potencialmente responsables, de forma que la víctima o el Poder Público puede dirigirse indistintamente a cualquiera de ellos, garantizando, así, la identificación del responsable en la medida en que, aún cuando algunas de

⁹²³ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, pp. 148-149.

⁹²⁴ Este sistema se encuentra respaldado por los Convenios de París y Viena sobre energía nuclear, de 1960-1963, en el Convenio de Ginebra sobre transporte de mercancías peligrosas de 1989, en la Propuesta de la Comunidad Europea sobre residuos, de 1991, en la Convención de Lugano del Consejo de Europa, de 1993.

⁹²⁵ COMISIÓN EUROPEA. **Libro Verde sobre responsabilidad ambiental**. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, mayo 1993. aps.2.13 e 4.2.1, pp. 7 e 26.

las partes indicadas no son encontradas, o son insolventes, siempre será posible canalizar la responsabilidad para la persona en condiciones de reparar el daño. Ese segundo sistema, adoptado por la C.E.R.C.L.A, también lo combina con el de la responsabilidad solidaria a través de un abanico de agentes potencialmente responsables frente a la autoridad pública por la totalidad del daño producido. Son considerados agentes el propietario o explotador de un barco o instalación donde se producen o liberan sustancias peligrosas, el propietario o explotador de una instalación donde se eliminan las sustancias peligrosas, el propietario o poseedor de sustancias peligrosas que organiza con un transportador el transporte para la eliminación o tratamiento de los palets en una instalación de su propiedad o explotada por otro, y el agente que acepta o aceptó transportar sustancias peligrosas para la instalación de tratamiento o eliminación⁹²⁶.

Hay otras situaciones que merecen ser destacadas en virtud de sus peculiaridades. Es lo que se produce en cuanto a la responsabilidad del adquirente de un inmueble anteriormente contaminado. A C.E.R.C.L.A canaliza la responsabilidad para el propietario de la instalación, considerándolo como una parte potencialmente responsable. El hecho de haber una relación contractual entre él y un tercero, aunque siendo el vendedor el que haya provocado o participado en la realización del daño, no es motivo de exclusión de responsabilidad. Ya en el Reino Unido, el entendimiento es, básicamente, el mismo, entendiéndose que el riesgo de responsabilización del adquirente del inmueble es un elemento determinante en el momento de la fijación del precio del bien.

En España, incluso con una laguna legislativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica, por analogía, la interpretación del artículo 1.902⁹²⁷ del Código Civil, en el sentido de que los daños producidos por el inmueble contaminado, después de la operación de compra y venta, son imputables al comprador por el simple hecho de poseer la disponibilidad del bien y por no

⁹²⁶ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 159.

⁹²⁷ Artículo 1902 do Código Civil Español: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). **Código Civil**. 23.ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 464.

haber impedido los daños originados por el vendedor, en conformidad con las sentencias RJ 1952, 2673 y RJ 1963, 5339⁹²⁸. Sin embargo, cabría la excepción por los vicios ocultos, siempre que la contaminación, como defecto del bien inmueble, sea grave y no conocida, y no sea por causa del comprador.

En Brasil, la responsabilización objetiva del adquirente de inmueble contaminado también es controvertida. La jurisprudencia entiende que el propietario que no causó la contaminación no tiene legitimación pasiva *ad causam* y por consiguiente no se le puede aplicar la responsabilidad civil objetiva⁹²⁹.

⁹²⁸ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 177. En las pp. 178 a 181, la autora recuerda que todos los ordenamientos que establecen la responsabilidad del comprador por los daños, en última *ratio* ocasionados por el vendedor, contemplan la posibilidad de contestar la imputación de responsabilidad a través de la alegación de vicios ocultos que implicarían la renuncia del negocio realizado o la exigencia de un precio inferior, o de la denominada *innocent purchaser* que tiene origen en el derecho norteamericano y que es aplicable a los daños ambientales, desde que, en el tiempo de la adquisición, fuesen realizadas todas las investigaciones necesarias con respecto a la propiedad anterior y a los usos consistentes de la propiedad con la práctica habitual o comercial. Además, como resultado del Principio de la Autonomía de la Voluntad, *a priori* podrá ser eludida su responsabilidad mediante el uso de cláusulas contractuales al respecto. Sin embargo, la autora destaca que el uso de cláusulas contractuales, exonerando o limitando responsabilidades, ha sido puesta en tela de juicio por entender que tiene un carácter de ilegalidad, pues resultan contrarias a las leyes imperativas o al orden público. En ese sentido, el artículo 8 de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos establece que la responsabilidad “no podrá quedar limitada o excluida en virtud de cláusula contractual limitativa o exonerativa de responsabilidad”.

⁹²⁹ Acórdão TA nr. 4.863, AC 83.883-5 de Alto Paraná “Acción Civil Pública – Daños al medio ambiente. Obligación de Hacer. Reserva Forestal del 20% sobre el total del área. Legitimación pasiva *ad causam* del propietario del inmueble, que no fue el autor de la deforestación. Se incurre en responsabilidad civil objetiva. El propietario rural que, al adquirir su área de tierras, ya la encontró sin ninguna cobertura forestal, no puede ser responsabilizado por el daño ambiental en el cual no ha intervenido, aunque sea inaplicable la tesis de la responsabilidad civil objetiva”. Sin embargo, hay una línea jurisprudencial diversa con respecto a la adquisición de un inmueble en contra de las reglas del Código Forestal, además de que el comprador no respeta el área de preservación legal, destinándola a fines de cultivo, sin demostrar, al menos, la intención en la recuperación o restauración de la selva devastada. En ese sentido, se sostiene que el comprador que se sirvió al máximo de los recursos que la naturaleza le concedía con reprobable menosprecio a los elementos esenciales a la vida humana y al mantenimiento del equilibrio ecológico. Hoy en día, ya no se concibe la visión del derecho de propiedad destacado de su función social. La propiedad y la selva que la integra, deja de ser un mero instrumento de disfrute y satisfacción personal para suplir las exigencias de la colectividad y propiciar el bienestar general. En este sentido, es preciso resaltar que la propiedad rural, además de ser un bien de producción, desde el punto de vista económico, es un bien de vocación ecológica; es decir, es un bien que propicia el equilibrio ambiental para la conveniencia con el medio.

5.3 La legitimación activa individual en materia de responsabilidad civil ambiental como garantía de un derecho de tercera dimensión

Conviene que nos ocupemos, aunque sea de manera sucinta y genérica, cómo se puede realizar la tutela jurisdiccional individual del daño ambiental, respaldada por el instituto de la responsabilidad civil, a lo que vamos a referirnos seguidamente.

Tradicionalmente, la cuestión de la legitimación activa frente a los Tribunales ha sido presentada bajo la premisa que podrá reclamar un daño todo aquél que lo sufrió. Sin embargo, esta premisa, de marca individualista, es incongruente cuando se basa en conflictos de naturaleza colectiva. GOMIS CATALÁ, en ese sentido, explica que *“El interés colectivo que subyace detrás del daño de la misma naturaleza no puede ser atendido mediante los principios de corte individualista centrados en el interés del particular afectado. Es absolutamente necesario arbitrar nuevos métodos de protección que incidirán directamente sobre las reglas clásicas de la legitimación activa tradicionalmente basadas – al menos en el continente – en la famosa dicotomía Derecho público/Derecho privado que, si bien en otras áreas del ordenamiento jurídico es posible mantener, se vienen abajo en el ámbito de la protección del medio ambiente. Efectivamente, cuando se origina un daño al medio ambiente se produce simultáneamente un atentado a intereses públicos (protección de la naturaleza) y a intereses privados (protección de la salud, de la propiedad): en definitiva se produce un atentado a ‘intereses difusos’ que pertenecen a la colectividad”*⁹³⁰.

⁹³⁰ GOMÍS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, pp. 198-199. Continúa la autora: *Por lo tanto, resulta inviable el principio clásico de la responsabilidad civil por daños en virtud del cual poseen legitimación para demandar sólo aquellos que han sufrido en su patrimonio, moral o material, consecuencias no queridas por el Derecho imputables a otras personas. Esta regla será útil únicamente cuando el medio ambiente dañado sea un bien localizado y propiedad de un individuo o afecte a su integridad física. Ahora bien, tratándose de daños ambientales es sumamente difícil justificar lesiones individualizadas o, incluso, puede haberse producido un ‘daño ecológico puro’, al margen de cualquier connotación patrimonial, de trascendencia colectiva. Por lo tanto, si ante lesiones realizadas tan frecuentemente como la descrita no existe un individuo directa y personalmente afectado – y, en cuanto tal, legitimado activo – será necesario arbitrar nuevas fórmulas de legitimación que, como a continuación se expone, descansarán en el Estado, en el individuo como demandante popular y en las asociaciones del medio ambiente”*.

Conforme a lo ya estudiado, el daño individual comporta la tutela jurisdiccional reparativa individual bajo dos concepciones, donde la segunda deriva de la primera. La primera considera los bienes e los intereses individuales o individuales homogéneos propios y reflejos en el medio ambiente, denominada **microbien**;⁹³¹ la segunda considera los derechos subjetivos fundamentales referentes a la protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado, que a su vez es un derecho fundamental, estudiado en el capítulo I, denominado **macrobien**.

Conviene apuntar una observación al respecto: conforme a lo ya estudiado, todo el daño ambiental tiene carácter transfronterizo. Sin embargo, es posible la producción de un microbien que deriva de un daño ambiental internacional, y que todo el daño ambiental tiene proporciones transfronterizas, teniendo como origen un determinado Estado o una situación internacional⁹³².

⁹³¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica da jurisprudência ambiental**. Coimbra: Coimbra Editora. 1995. p. 93.

⁹³² El presente estudio no tiene por objetivo estudiar las posibilidades indemnizatorias de las que el individuo tiene para requerir la reparación del daño ambiental de carácter internacional. Así, sin la pretensión de profundizar el estudio, se realizan breves manifestaciones al respecto en la obra de PALAO MORENO, Guillermo. **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente** (aspectos internacionales). Valencia : Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, 1998. pp. 17-18. Apunta el autor que *"al margen (aunque sin perder de vista) de las consecuencias de tipo ecológico que se derivan de tales sucesos, en la mayoría de los casos como los mencionados se ha ocasionado un importante quebranto tanto físico como patrimonial a determinados sujetos privados (afectando también, desde luego, a los intereses de diferentes Estados y administraciones públicas). En todos ellos, por lo tanto, se encuentra presente la eventual reclamación que pudieran formular los mismos frente al sujeto causante del menoscabo, ofreciendo los ordenamientos jurídicos diversas vías para canalizar tales pretensiones, en consonancia con la multidisciplinariedad de la materia. Cuando se produce un perjuicio a una persona derivado de un daño al medio ambiente con relevancia internacional, son varias las opciones compensatorias con las que cuenta desde la perspectiva del ordenamiento español. Alternativas que, sin embargo, ofrecen respuestas desiguales y que dependerán, fundamentalmente, de los sujetos involucrados en el supuesto concreto de contaminación internacional y de las circunstancias que rodeen al caso en cuestión. Además, al optar por cualquiera de las mismas, el sujeto perjudicado habrá de tomar en consideración las ventajas e inconvenientes que tanto una como otra ofrecen. De entre las mismas destacan las opciones abiertas tanto por el Derecho Internacional Público, como del Derecho Internacional Privado[...]. En nuestra opinión, el Derecho Internacional Privado constituye, en la actualidad, el mejor marco normativo disponible para que los sujetos privados, perjudicados por un daño al medio ambiente en el que se encuentra presente un elemento extranjero, puedan resarcirse del menoscabo sufrido. Por supuesto, se trata de un ordenamiento que presenta imperfecciones que deben ser corregidas. Sin embargo, estas son de menor importancia que las existentes en los mecanismos jurídicos de carácter resarcitorio que ofrecen otros sectores del ordenamiento en relación a este tipo de supuestos"*.

Considerando el interés individual propio, se pone de manifiesto que el objetivo principal del interesado no es la protección del medio ambiente, es decir, el interés individual con el fin de asegurar inmediatamente un medio ambiente ecológicamente equilibrado, sino el resarcimiento del daño sufrido, ya sea de la lesión material o de la moral, que recae sobre los demás valores de la persona, dentro de la concepción de un microbien. En este sentido, debe insertarse el daño derivado de la pérdida de una chance, recordando que la expresión ‘chance’, de origen francés, significa ocasión favorable, oportunidad. De la ampliación del concepto de daño, como forma del Derecho que acompaña la realidad social, surgió la pérdida de una chance como todo el daño provocado por acto de tercero, que corresponde a la frustración de la expectativa de un beneficio o para evitar una pérdida. Según apunta AGUIAR DIAS, pérdida de una chance es la *“resultante de la disminución de las probabilidades de buen éxito futuro”*^{933 934}.

Sin embargo, en el momento en el que el individuo promueve la acción de responsabilidad civil derivada de un daño ambiental, estará tutelando, de forma indirecta, la protección del propio medio ambiente, en la denominada concepción del macrobien, pues incidentalmente estará contribuyendo a la preservación del medio ambiente de la colectividad.⁹³⁵ Por consiguiente, a pesar de que la demanda se dirija a un interés individual

⁹³³ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2. p. 842.

⁹³⁴ El presente estudio no tiene como objetivo profundizar el estudio sobre la pérdida de una chance – la *perte d'une chance* –, sino que se considera importante insertarlo en el escenario de la responsabilidad civil ambiental individual. Sólo para complementar la muy sumaria explicación sobre la pérdida de una chance, se explica que no se trata de un daño futuro, pues, aunque el daño no esté presente, es cierto que su existencia todavía debe realizarse. Es la certeza de lo que acontecerá en el futuro que lo caracteriza como daño. El daño futuro es previsible. La pérdida de una chance es el daño actual. En el momento de que se produce un hecho surge el daño. La chance frustrada es la que se realizaría en el futuro. Sin embargo, el hecho dañoso detiene e interrumpe una serie de acontecimientos ocasionando el mal. El hecho del que depende el perjuicio ya se encuentra consumado. La situación es definitiva y nada la modificará. Muy apropiadamente, la pérdida de una chance es denominada por GHERSI como *“derecho de chance y se diferencia del lucro cesante pues éste se refiere a una situación de posibilidad económica de ganancias, mientras que aquélla se transforma en evento de acontecimiento potencial aunque simultáneamente mensurable*. Carlos Alberto Ghersi. GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 72.

⁹³⁵ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p.143. *“En efecto, en vista del interés individual propio y del medio ambiente, el objetivo principal del interesado no tiene por objetivo inmediato la protección del medio ambiente, que estará siendo tutelado, de forma indirecta, por la actitud del demandante, eso es, el interés protegido, de forma directa, es la lesión al patrimonio y demás valores de las personas; y, de forma mediata e incidental, el medio ambiente de la colectividad, contribuyendo a su protección y al ejercicio indirecto de la ciudadanía ambiental”*.

particular, se cuestiona la posibilidad por parte del demandante de invocar la especie objetiva del instituto de la responsabilidad civil, pacíficamente aplicada con respecto a la producción de un daño a un concebido macrobien.

Para entender mejor la situación conviene hacer referencia a los ejemplos aludidos por MIRRA, que divide la producción de los **daños ambientales individuales propios** en tres segmentos: **los materiales**, con respecto a la incidencia de daños que implican destrucción o alteraciones de bienes o por la imposición de carácter económico de cualquier forma al individuo lesionado; **los morales**, consistentes en la pérdida de un animal o cualquier otro bien que tenga valor significativo para el propietario lesionado; y **los corporales**, caracterizados por la agresión física o a la salud del individuo, incluyéndose en éstos los gastos médicos y los perjuicios por la eventual absoluta o relativa incapacidad laboral, además de la compensación económica que resulta del sufrimiento derivado de los daños extrapatrimoniales o morales.⁹³⁶ En ese sentido, hacemos notar que las diversas modalidades de daños resultan de los daños directos, indirectos, pérdida de una chance, etc..

Entonces, al emprender la demanda dirigida al interés individual, sean daños materiales y/o morales y/o corporales, MORATO LEITE, inspirándose en MIRRA, defiende que *“aunque con respecto a la protección del interés individual propio, podrá el demandante valerse del aparato específico y fundar su petición en una responsabilidad objetiva, en la forma del citado Art. 14, párrafo 1., de la Ley 6.938, de 1981, probando que su lesión personal se originó de un acto de contaminación o degradación ambiental provocado por el demandado”*^{937 938}.

⁹³⁶ VALERY MIRRA, Álvaro. **A reparação do dano ambiental**. Traducción de *L'action civile publique du droit et la reparation du dammage cause à l'environnement*. Tradução atualizada pelo autor. p.14. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Faculdade de Direito, Universidade de Estrasburgo.Estrasburgo: Universidade de Strasburgo, [s.d].

⁹³⁷ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 143.

⁹³⁸ Artículo 14 de la Ley 6.938/81: *“Sin perjuicio de las penalidades definidas por la legislación federal, estatal y municipal, el no cumplimiento de las medidas necesarias a la preservación o corrección de los inconvenientes y daños causados por la degradación de la calidad ambiental someterá a los transgresores: I-[...] Párrafo 1: Sin que impida la aplicación de las penalidades previstas en este artículo, resulta obligado el contaminador obligado, independientemente de*

Compartimos este mismo sentido, aún haciendo constar que en el Derecho Brasileño la tutela ambiental del interés individual, como homogéneo, podrá ser pleiteada a través de las reglas del derecho civil y del Código de Proceso Civil y legislaciones pertinentes, incluyéndose los mandados de seguridad y de imposición, de la acción popular ambiental y de la acción civil pública, en los términos de la ley 7.347⁹³⁹, de 1985, con las alteraciones introducidas por el Código de Defensa del Consumidor, Ley N. 8.078, de 1990, en los dictámenes de los artículos 6., inciso VI⁹⁴⁰, concernientes a la relación de consumo y medio ambiente⁹⁴¹.

Resulta evidente que las actividades no sostenibles propias de las relaciones de consumo implican la degradación ambiental, como el uso de productos químicos peligrosos, incluyéndose los agrotóxicos y otros, el uso irracional de la madera, de recursos minerales y tantos otros recursos naturales, que, derivados de una economía moderna, caracterizada por la globalización privilegia el interés individual en detrimento del interés ambiental de la colectividad.

No hay que olvidar que el Derecho ambiental y el Derecho del Consumidor tienen en sus orígenes los Derechos Fundamentales de Tercera Dimensión, conforme a lo estudiado en el capítulo I. Se trata de segmentos del

la existencia de culpa, a indemnizar o reparar los daños causados al medio ambiente y a terceros, afectados por su actividad. El Ministerio Público de la Unión y de los Estados tendrá legitimidad para proponer acción de responsabilidad civil y criminal, por daños causados al medio ambiente". Código Civil e Constituição Federal. 12 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 416.

⁹³⁹ MILARÉ, Edis. A Tutela jurídico-civil do ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 0, 1996. En la p. 54 explica que la Ley de la Acción Civil Pública rompe con la caracterización clásica en cuanto a su naturaleza jurídica, pues tradicionalmente tiene naturaleza identificada con un derecho subjetivo, hecho que no prevalece en la L. nr. 7.347/85 –LACP. Se trata de *"un derecho atribuido a órganos públicos y privados para la tutela de intereses no individuales estricto senso"*, sin que prevalezca un perfil subjetivo en cuanto a la naturaleza jurídica de esta especie de acción.

⁹⁴⁰ Artículo. 6. del Código de Defensa y Protección del Medio Ambiente –Ley nr. 8.078. *"Son derechos básicos del consumidor: [...] IV- la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos"*. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Proceso Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2006. p. 666.

⁹⁴¹MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p.143, ejemplifica la cuestión concerniente a la relación de consumo y medio ambiente a través de la adquisición de un aparato que, por contaminación, causa daño a la salud de los consumidores.

Derecho que presentan una estrecha relación, tanto que, con ocasión de la Declaración de la Eco-Rio 92, en la sección I, Capítulo IV, fue previsto que *“Las padrones de consumo son la principal causa del deterioro ambiental”*⁹⁴². Siguiendo esa concepción, STIGLITZ, como nos recuerda MORATO LEITE⁹⁴³, entiende que: *“Hay necesidad del consumo sostenible, como imperativo, en el marco del derecho del consumidor. Consumo sostenible significa satisfacer las necesidades básicas, sin disminuir la capacidad del medio ambiente para las necesidades de las generaciones futuras”*⁹⁴⁴. Así, la legislación brasileña, tal y como regula el artículo 6., inciso VI del Código de Defensa del Consumidor faculta al agente lesionado en relación al consumo y al medio ambiente pleitear indemnizaciones en razón de la propaganda abusiva que afecta a los valores ambientales. Por consiguiente, se concluye que la demanda individual no significa un impedimento para emprender una demanda colectiva, pues ambas representan un ejercicio de ciudadanía ambiental. Por tanto, el consumidor, individualmente considerado, puede, en provecho propio o colectivo, demandar cuando el objeto de la demanda tiene carácter ambiental.

Asimismo, MORATO LEITE recuerda una ley entonces vigente, *“... la Ley 8.974, de 1995, que regula el uso de las técnicas de ingeniería genética, que también posibilita el pleito interindividual reparativo, vinculado al medio ambiente. El artículo 14 de la ley posibilita al tercero lesionado demandar la responsabilidad civil, también, en el sistema de la teoría objetiva. Otrosí, dejando la facultad al Ministerio Público la legitimación de la tutela de la defensa de la colectividad, ya que se trata de un bien ambiental autónomo, conforme al Art. 13, par. 6. (de la mencionada ley). Se destaca que todos los casos de tutela individual asociada al medio ambiente se engarran adecuadamente con los intereses individuales homogéneos”*^{945 946}.

⁹⁴² *Idem. Ibidem.* p. 144.

⁹⁴³ *Idem. Ibidem.* p.144.

⁹⁴⁴ STIGLITZ, Gabriel A.. Consumo sustentable: el derecho del consumidor y la protección del medio ambiente. *En: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 1997. Anais...* Blumenau :[s.n], 1997. pp. 65-72.

⁹⁴⁵ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, pp. 144-145.

⁹⁴⁶ En el mismo sentido, también prevé la Ley nr. 11.105, de 2005 – que establece normas de seguridad y mecanismos de fiscalización de actividades que implican organismos genéticamente modificados y revoca la Ley nr. 8.974, de 1995.

Sin embargo, tratándose de la protección individual de un macrobien ambiental, a través de la acción popular, tiene como fundamento la protección de la capacidad de aprovechamiento del bien ambiental y del ecosistema propiamente dicho que, a pesar de no afectar al interés individual propio exclusivo, protegen un derecho subjetivo fundamental. En Brasil, la acción popular ambiental se verifica de acuerdo con la previsión del artículo 5., inciso LXXIII de la Constitución Federal, observándose que el referido dispositivo está insertado en el capítulo de los Derechos Fundamentales. El citado artículo prevé que *“Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer una acción popular dirigida a anular un acto lesivo al patrimonio público o de entidades en las que el Estado es partícipe, a la moralidad administrativa, al **medio ambiente** y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo comprobada mala-fe, exento de gastos judiciales y del onus del acatamiento”*⁹⁴⁷ (grifo).

Ahora, de esa manera el Poder Constituyente legitima al individuo (léase el interés individual propio), en la calidad de ciudadano, a la protección jurisdiccional del medio ambiente (macrobien). Actuando de esta forma, privilegia la existencia de una democracia social cuya protección al medio ambiente, como un derecho fundamental más, pueda ser exigido a través de la demanda judicial, con la efectiva participación de los ciudadanos para que contribuyan en la búsqueda de un medio ambiente ecológicamente equilibrado. MORATO LEITE sostiene también que *“cuando el legislador hizo legítimo el acceso a la justicia por parte del ciudadano, le proporcionó un instrumento para que éste, cuando desee, pueda ejercer su deber constitucional de practicar acciones dirigidas a la protección del ambiente equilibrado, para las generaciones presentes y futuras. Además, abrió un espacio enorme para la fiscalización del Estado y de todos actos atentatorios al medio ambiente”*⁹⁴⁸.

GOMIS CATALÁ, al examinar el acceso a la justicia en materia de responsabilidad por daños ambientales, cuando trata de la legitimación para

⁹⁴⁷ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, [s.d.]. p. 18.

⁹⁴⁸ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 145.

acción pública el Derecho español, apunta al derecho comparado y sostiene que: *“El hecho de que el Estado se configure como el legitimado ideal para garantizar la efectiva y diligente reparación del medio ambiente afectado no significa que deba ser el único. Efectivamente, como se desprende del cuadro inferior, en la mayoría de los Estados se observa una tendencia progresiva a admitir – vía legislativa o jurisprudencial - el reconocimiento procesal de la protección de los intereses difusos y, por lo tanto, la legitimación activa del individuo o las asociaciones. De este modo se consiguen aliviar los defectos de un sistema antidemocrático basado en el monopolio de la acción en manos del Estado, a la vez que se cumplen [...] los deseos expresados a nivel comunitario e internacional, de ampliar el ius standi a favor de la colectividad, titular legítima del medio ambiente dañado”*⁹⁴⁹.

En cuanto al derecho español, resulta importante destacar la opinión de PERALES, cuando estudia la capacidad de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad civil por los daños ambientales. El autor expone las líneas básicas en que se apoya la jurisprudencia española: *“siempre que se trate de una cuestión entre particulares, entiende la jurisdicción ordinaria; también entiende la jurisdicción ordinaria cuando una de las partes no es un particular pero actúa en relaciones de Derecho privado; deben separarse totalmente las cuestiones civiles de las administrativas, de tal modo que cada cuestión sea resuelta ante el correspondiente tribunal competente; el juez civil tiene competencia para imponer medidas preventivas que eviten futuros daños, y con ello no se están invadiendo las competencias de la Administración ni de la jurisdicción contenciosa; la jurisdicción civil es subsidiaria respecto de las demás jurisdicciones”*⁹⁵⁰.

En el caso de que se verificara una multiplicidad de intereses jurídicos ambientales, conviene aclarar los instrumentos jurídicos inherentes al estudio de los daños ambientales individuales propios. Refiriéndose al Derecho brasileño, MORATO LEITE apunta que *“1. considerando el interés jurídico ambiental individual: a) a través de las reglas específicas del derecho civil, del*

⁹⁴⁹ GOMIS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, p. 204. En las pp. 204-205, la autora examina las legislaciones pertinentes sobre la materia en los Estados Unidos, en Brasil, Holanda, Francia y España.

⁹⁵⁰ PERALES, Carlos de Miguel. *op. cit.*, pp. 347-348.

derecho procesal civil (en la nota a pié de página cita el derecho de vecindad) y demás legislación apta para la tutela individual; b) por medio de la acción popular (Art. 5., LXXIII, Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988) y demás disposiciones aplicables; y c) ya que se trata de intereses individuales homogéneos, como excepción a la regla, las disposiciones aplicables son las de la Ley 7.347.[LACP - Ley de la Acción Civil Pública], de 1985, y del Código de Defensa del Consumidor; 2. considerando los intereses colectivos, *stricto sensu* y difusos: a) la LACP y sus alteraciones posteriores, respetando las reglas de proceso civil; y b) a través del mandato de seguridad colectivo. Así, ya que se trata de intereses jurídicos ambientales propios, incidirán las primeras reglas mencionadas. Se resalta, sin embargo, que, ya que se trata de acción popular, la legitimación activa podrá ser hecha individualmente, pero el objetivo final será siempre un interés colectivo (difuso). También se destaca, que la caracterización de estos intereses o derechos colectivos de la LACP se realizará a través de la modalidad de pretensión deducida en juicio. Un mismo hecho ambiental puede dar origen a la pretensión difusa, colectiva, individualmente homogénea e individual pública o privada, cabiendo, así, al legitimado activo precisar sus ámbitos, con respecto a la formulación de la pretensión jurisdiccional^{951 952}. En esa óptica, se registra que la acción civil pública puede, por ejemplo, proteger los intereses de la vecindad, pero considerados en su colectividad, hecho que puede implicar una demanda judicial individual propia⁹⁵³.

⁹⁵¹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 237.

⁹⁵² El Tribunal Superior de Justicia de Brasil entiende que el Ministerio Público está legitimado para defender los intereses transindividuales, como son los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos (R.ESP 586307/MT), puesto que en las acciones que implican intereses individuales homogéneos, esos intereses transindividuales participan de la ideología de las acciones difusas, como son las de la acción civil pública. En el mismo sentido, se transcribe la siguiente sentencia: "Acción civil pública. Daño Ambiental. Contaminación atmosférica. Quema de leña para calefacción de piscina térmica. Ilegitimidad activa ad causam del Ministerio Público prorrogada. Al Ministerio público le es conferida legitimidad para proponer acciones dirigidas a la preservación del medio ambiente, así como la defensa de intereses difusos o colectivos, como establece el artículo 129, III, de la Constitución Federal. Hipótesis que caracteriza el interés colectivo de la comunidad, ante la contaminación ambiental derivada de la emisión irregular de humo. Sentencia apelada. Apelación presentada (apelação cível n. 70011096013, terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 12/05/2005)".

⁹⁵³ Vamos a referirnos a dos recursos que se presentaron en Brasil. El primero fue apreciado en 1996: "Sentencia: acción civil pública. Daño Ambiental. Contaminación nocturna. Promoción de bailes y fiestas en salón sin aislamiento acústico. Prohibición de funcionamiento después de las veintidós horas. Los clubes sociales y los establecimientos de ocio, sin aislamiento acústico, no pueden, so pena de contrariar los propios objetivos, provocar, a través de bailes y fiestas realizados con equipos con poderosas cajas-de-sonido, la intranquilidad y la

Destacamos que en el presente trabajo tratamos las concepciones del microbien y del macrobien que resultan del estudio del bien ambiental individual propio. Considerando que la acción civil pública – LACP⁹⁵⁴ no ampara el perfil de la protección de un derecho subjetivo y que la propuesta del presente estudio se dirige al daño ambiental individual propio, conviene que examinemos el derecho de vecindad ambiental y la acción popular ambiental, del que seguidamente nos ocuparemos.

perturbación del sosiego nocturno de la vecindad. El ocio no puede perjudicar a la salud. Recurso tramitado (agravo de instrumento n. 596072041, Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Celeste Vicente Rovani, julgado em 24/07/1996)”. Segundo recurso, de 2006, denota la evolución en lo que concierne a la materia en el juicio: Sentencia: acción civil pública. Establecimiento comercial con música en directo y música mecánica. Funcionamiento sin la debida licencia ambiental y de funcionamiento – licencia concedida posteriormente y con su validez expirada –. Contaminación ambiental – decisión correcta – recurso conocido y dispuesto. Con relación a la contaminación sonora, ésta se hacía presente en el momento en que fue concedida la licencia ambiental, y, teniendo en cuenta que la misma fue expedida con carácter temporal, siendo vencido el plazo de ésta, y sin prueba de que fuera renovada, permanecen los fundamentos de la decisión atacada que, en base al permiso provisional, determinó la prohibición y la revoca al establecimiento infractor. Un nivel de ruido superior al permitido, muchas veces pasa desapercibido, pero puede generar estrés, aparición de ciertas enfermedades del oído y hasta sordera. Constatado el daño ambiental por los órganos públicos competentes, a falta de la licencia ambiental obligatoria, se configura correcta la decisión judicial que concedía la licencia provisional, suspendiendo las actividades contaminadoras del establecimiento comercial infractor. La suspensión inmediata de las actividades contaminantes y lesivas para el medio ambiente se impone en atención al principio de la prevención, para evitar una agravación de los daños ya causados y de los que, si no se previenen, podrían producirse en un futuro. En favor del autor de la acción se inserta la prevención y el buen derecho y es evidente el peligro de la tardanza, teniendo en cuenta que, tratándose de bienes ecológicos, la ausencia de medidas cautelares puede tener como consecuencia la irreversibilidad de los daños ambientales e incluso de las personas que trabajan en el citado establecimiento comercial, así como de todo el público que accede a tal establecimiento (agravo de instrumento n. 26307, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 08/08/2006)”.

⁹⁵⁴ Ley nr. 7.347/85 – Regula la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

Art. 4º: “Podrá emprenderse una acción cautelar a los fines de esta Ley e, incluso, para evitar el daño al medio ambiente, al consumidor, al orden urbanístico o a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico y paisajístico.

Art. 5º: La acción principal y la cautelar podrán ser propuestas por el ministerio Público, por la Unión, por los Estados y los Municipios. Podrán ser propuestas también por las empresas públicas, autonomías, fundaciones, sociedades de economía mixta o por asociaciones que: [...].

Art. 6º: Cualquier persona podrá y el servidor público deberá determinar la iniciativa del Ministerio Público, suministrándole informaciones sobre hechos que constituyan objeto de la acción civil e indicándole los elementos de convicción” En: PAIM DE ABREU FILHO, Nyilson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, [s.d]. pp. 631-632. Se observa que la ley no protege la perspectiva de la protección de un interés individual propio.

5.3.1 La legitimación activa individual en el Derecho de vecindad ambiental

Inicialmente, el contenido que debe desarrollarse requiere de una reflexión que deriva del Libro Blanco sobre el acceso a la justicia en las cuestiones ambientales: *“los litigios por daños causados al medio ambiente difieren de los litigios por daños tradicionales, en los que asiste a las víctimas el derecho de presentar denuncia ante las instancias administrativas o judiciales competentes con el fin de salvaguardar sus intereses privados. Habida cuenta de que la protección del medio ambiente constituye un interés público, el Estado (con la sociedad civil) es el responsable primero de la acción que debe llevarse a cabo si el medio ambiente resulta dañado o corre el riesgo de serlo. Sin embargo, ante lo limitado de los recursos públicos disponibles para ese fin, cada vez está más extendida la noción de que la ciudadanía en su conjunto debe sentirse responsable del medio ambiente y ha de poder actuar para protegerlo, en determinadas circunstancias”*⁹⁵⁵. Así, recordamos, nuevamente, que en la escala del microbien se produce aquel tipo de daño ambiental individual reflejo, también denominado como indirecto, que tiene en su origen una demanda que trata de un interés particular del individuo, sin embargo con repercusión en la protección del macrobien que, a su vez, está ligado a los intereses de la colectividad. De esa manera, se caracteriza un **daño ambiental individual reflejo**.

Además, cuando se configura el daño a ser resarcido como daño particular, la legitimación se restringe al sujeto que ha sufrido el daño en sus derechos subjetivos o en sus intereses jurídicamente protegidos o, en general, en su esfera de intereses o atributos personales. Natalia Alvarez Lata destaca que: *“no cabe ninguna duda de que el afectado por el que denominamos ‘daño tradicional’- patrimonial o extrapatrimonial – está legitimado para interponer la acción de responsabilidad civil”*⁹⁵⁶.

⁹⁵⁵ Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental. *op. cit.*, p. 24. Al contenido se ha añadido que *“La Comisión se ha referido a la necesidad de reforzar el acceso a la justicia en su Comunicación al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación del Derecho comunitario de medio ambiente”*.

⁹⁵⁶ ÁLVAREZ LATA, Natalia. *op. cit.*, p. 1936.

A pesar de que algunos autores de la doctrina entiendan que el derecho de vecindad no implica una tutela directa del medio ambiente, defendemos que ese derecho está perfectamente contextualizado con el Derecho ambiental, constituyéndose en un precioso instrumento de protección jurisdiccional ambiental. A este propósito, Maria Del Carmen Sanches-Friera González resalta que: *“las relaciones de vecindad tienen dos presupuestos fundamentales: uno de orden social, representado por el sistema general de convivencia y otro de orden jurídico encarnado por el derecho de propiedad. Ambos, dice el profesor Hernández Gil, se condicionan recíprocamente. [...] En aquellos sistemas en donde la propiedad está sometida al cumplimiento de una función social, el derecho de vecindad viene a ser expresión de las consecuencias derivadas de ésta. Sucede así cuando el dato social, en vez de actuar como mero presupuesto, asume la función de fin, con lo que, en lugar de ser meramente corrector del ejercicio de los derechos, los conforma positivamente de manera que sirven a los intereses generales de la sociedad”*⁹⁵⁷.

Ese daño individual deriva de una relación de vecindad y, como tal, también se constituye en una llamada obligación *propter rem*, sin embargo con la característica de producir una lesión patrimonial o extrapatrimonial que sufre el propietario en su bien, o la enfermedad que contrae una persona, originada de un daño ambiental. Por tanto, MORATO LEITE sostiene que: *“se entiende, de hecho, que existe una tutela jurisdiccional limitada a la protección ambiental, puesto que depende de una acción voluntaria del individuo que sufrió un malestar de vecindad, pero no se puede negar la contribución refleja en la protección al medio ambiente”*⁹⁵⁸. En el mismo sentido, Maria Del Carmen Sanches-Friera González apunta que: *“Este cúmulo de influencias hace que*

⁹⁵⁷ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, pp. 31-33. La autora hace referencia al derecho de propiedad que dejó de ser un concepto en razón del ejercicio de la función social, influyendo en las relaciones de vecindad. En la p. 32 de la citada obra, escribe: *“Así tenemos que, el concepto de propiedad era un concepto absoluto y de esta manera las limitaciones por razón de vecindad tuvieron por causa la utilidad privada, es decir que el fundamento de las mismas se encontraba en el interés de la propiedad individualmente considerada, entendiéndose como restricciones al derecho de cada propietario en la medida en que lo exigiera el ejercicio del derecho de propiedad de los vecinos propietarios, en cambio, hoy en día, operan como restricciones legales por interés social, dado el concepto del derecho de propiedad: la función social de este derecho exige una subordinación de los intereses particulares a los colectivos”*.

⁹⁵⁸ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p.146.

*las soluciones aportadas a lo largo de la historia para resolver los problemas de vecindad, que parecen descansar en una organización social basada en la agricultura y el artesanado, resulten hoy inapropiadas, así como ana crónicas algunas formulaciones todavía vigentes. Sin embargo constituyen hoy día, merced a una necesaria actualización, el cauce más apropiado con que cuenta el Derecho privado para la defensa y protección del medio ambiente*⁹⁵⁹.

Las relaciones derivadas del Derecho de vecindad se caracterizan por ser *propter rem*, cuyo fundamento es el deber de no perjudicar al vecino acreedor y, paralelamente, el deber de soportar algunas incomodidades o malestares. Existe claramente, la protección resultante de una necesidad social que implica dos aspectos: el derecho del poseedor del bien al ejercicio de sus actividades en su respectivo inmueble, siempre que no perjudique a sus vecinos, y, por consiguiente, el derecho de que estos exijan el cese de las actividades nocivas e insoportables practicadas por terceros. Antônio Fernando Pinheiro Pedro apunta que existen varias incomodidades de vecindad intolerables y que, cuando se produzcan, tienen una connotación ambiental al lesionar el derecho del vecino. Es la situación, por ejemplo, de la emisión de gases contaminantes por una industria que afectan particularmente a la salud de los vecinos colindantes, la contaminación sonora causada por un establecimiento comercial que deteriora la calidad de vida y la salud de los vecinos⁹⁶⁰.

Además, la relación de vecindad se constituye en derechos que se confunden con la historia de la humanidad. Conviene observar que, incluso en el período anterior al de la expansión de la industrialización que provocó la crisis ambiental (Capítulo I), ya había reglas jurídicas que, a pesar de ser genéricas, posibilitaban, de forma indirecta, el ejercicio de su tarea en la relación medio ambiente y lesión interindividual. En esa perspectiva, MORENO TRUJILLO⁹⁶¹, que se adhiere al Derecho de vecindad como instrumento de tutela del medio ambiente, recuerda que las acciones derivadas de la relación

⁹⁵⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, p. 33.

⁹⁶⁰ PINHEIRO, Antônio Fernando Pedro. Breves Considerações sobre os conceitos radicacionais de uso da propriedade e direitos de vizinhança face ao novo ordenamento ambiental: direito de agir pelas vias tradicionais. **Revista de Direito Ambiental**, n. 0, pp. 131-137, 1996. p.133.

⁹⁶¹ MORENO TRUJILLO, Eulalia. **La protección jurídica privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deteriora**. Barcelona: JMB editor, 1991. p. 65.

de vecindad se constituyen en instrumentos que, dentro de la legislación jurídica privada, fueron instituidas anteriormente a la crisis ambiental.

Intentando amparar el derecho individual de vecindad en la esfera ambiental, el derecho positivo brasileño, como regula el artículo 554 de su Código Civil, cuya vigencia inició en 1916, es decir, muy anterior a la crisis ambiental actual, preveía que *“El propietario, o inquilino de un edificio tiene el derecho de impedir que el mal uso de la propiedad vecina pueda perjudicar la seguridad, el sosiego y la salud de los moradores”*⁹⁶². En el mismo sentido, el Código Civil brasileño vigente, prevé en su artículo 1277: *“El propietario o el poseedor de un edificio tiene el derecho de hacer cesar las interferencias perjudiciales a la seguridad, al sosiego y a la salud de los que lo habitan, provocadas por la utilización de la propiedad vecina”*⁹⁶³.

Aquí, aunque sea breve, conviene destacar una reflexión sobre las aguas en el derecho de vecindad del CCB de 2002⁹⁶⁴. El artículo 1291 se encuentra en el Libro III (Del Derecho de las Cosas), Título III (De la

⁹⁶²RIBEIRO LOPES. Mauricio Antonio (coord.). **Código Civil**. *op. cit.*, p. 181.

⁹⁶³PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, [s.d.]. p. 295.

⁹⁶⁴ Dentro de las temas desarrollados por el CCB de 2002 está el de las aguas, reglamentado en la Parte General, Libro II (De los Bienes), Título Único (De las Diferentes clases de bienes), Capítulo III (De los Bienes Públicos) – arts. 99, I y 100. En la parte especial, está previsto en el Libro III (Derecho de las Cosas), Título III (De la Propiedad), Capítulo V (De los Derechos de Vecindad), Sección V (De las aguas) y Sección VII (Derecho de Construir – artículos 1.288 a 1.296 y 1.309-1.310). En efecto, FIORILLO, Celso Pacheco, sostiene que el CCB de 2002 repite *“visión del siglo pasado como normas del siglo XXI, principalmente para Brasil y en relación a su estructura de aguas, pudiera continuar ligadas a valores con concepciones pensadas y creadas en un momento histórico y dentro de una cultura absolutamente diferente respecto al momento y a la cultura de los días actuales”*. PACHECO FIORILLO, Celso. *Águas no Novo Código Civil (Lei 10.406/02)*. In: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7, **Anais...** Direito, Água e Vida. São Paulo: [s.n], 2003. v.1. p.402. Más adelante, “en la p. 403, en consonancia a lo anteriormente ya expuesto en el presente estudio, continúa el autor: *“De este modo, el agua, al ser definida constitucionalmente como ejemplo didáctico de ‘bien esencial a la sana calidad de vida’, pasó a ser caracterizada jurídicamente como bien ambiental (Art. 225 de la Constitución Federal)...”* conviene recordar, aquí, el contenido del capítulo I del presente trabajo. En la p. 404, concluye el citado autor: *“Por consiguiente, el agua, por determinación superior, pasó a ser regulada en función de las relaciones jurídicas establecidas a partir del dictamen constitucional, Es decir, reglamentada en función de su naturaleza jurídica (naturaleza jurídica de bien ambiental según lo indicado en el mencionado art. 225 de la Carta de la República) y armonizada en base al orden económico del capitalismo (art. 1., IV y 170 y segs. de la Carta Mayor). De ahí la posibilidad de incluir el agua, como un bien ambiental, en las diversas relaciones jurídicas absolutamente adaptadas al orden económico del capitalismo (Relaciones de Consumo, Orden Económico), etc. siempre en función de la posibilidad de administrar su uso; jamás en función de un ‘derecho de propiedad’”*.

Propiedad), Capítulo V (De los Derechos de Vecindad), Sección V (De las Aguas). Su redacción no tiene una disposición correspondiente en el CCB de 1916. El análisis presente se utiliza en los principios del Derecho Ambiental, reconociendo en el agua un recurso precioso, garantizador de la vida. Prevé el artículo 1.291 que *“El poseedor del inmueble superior no podrá contaminar las aguas indispensables para las primeras necesidades de la vida de los poseedores de los inmuebles inferiores; las demás aguas, en el caso de contaminar, tendrá el efecto y la obligación de remendar, resarciendo los daños que éstos sufrieron, si no es posible la recuperación o el desvío del curso artificial de las aguas”*⁹⁶⁵. Ahora, valiéndonos de la reflexión de Maria Collares Felipe da Conceição y Evandro Bastos Sathler ⁹⁶⁶, se cuestiona la primera parte del artículo. Si el poseedor (o el propietario) no puede contaminar, ¿cuáles serían las consecuencias en caso de contaminar? ¿Se aplicaría el mismo tratamiento previsto en la segunda parte del citado artículo? ¿Cómo diferenciar las aguas indispensables para las primeras necesidades de la vida de los poseedores de los inmuebles inferiores con relación a las demás aguas? Así, los autores demuestran que la redacción del artículo en cuestión es de dificultosa aplicación en razón de las siguientes deficiencias: *“En la relación de vecindad entre poseedor de inmueble superior e inferior, existe una dificultad manifiesta en cuanto a la contaminación de las aguas imprescindibles para las primeras necesidades de la vida del inmueble inferior; ausencia de valoración de lo que vienen a ser las primeras necesidades de la vida; de acuerdo con la segunda parte del artículo, las demás aguas que el poseedor del inmueble superior vendrá a recobrar, pero faltan criterios para definir la forma de como deberá ser interpretada la expresión ‘demás aguas’; falta el criterio, también para diferenciar la contaminación eventual de las aguas imprescindibles para las primeras necesidades de la vida con relación a las demás aguas”*⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Porto Alegre : Verbo Jurídico, [s.d]. p. 296.

⁹⁶⁶ FELIPE DA CONCEIÇÃO, Maria Collares e BASTOS SATHLER, Evandro . As águas no Direito de Vizinhança: breve abordagem do artigo 1.291 do Novo Código Civil sob a ótica do Direito Ambiental. *En*: BENJAMIN, Antonio Herman(org.). CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7, Anais. Direito Água e Vida. São Paulo: [s.n], 2003. v.1. p. 663-673. p. 667.

⁹⁶⁷ *Idem. Ibidem.* pp. 672-673.

Al examinar un pleito con apoyo en el artículo 1.291, Vladimir de Freitas Bastos apunta que cabe al poseedor del inmueble inferior proponer una ‘acción solitaria’, contratando abogado, haciendo frente a los gastos judiciales, ya que la relación está ligada al poseedor del inmueble superior y el poseedor del inmueble inferior, pero en la fase ejecutoria, considerando la falta de recursos del poseedor del inmueble superior, ¿cómo se recuperaría la calidad del agua? ¿o resarcido los daños soportados por los ocupantes del inmueble inferior? ¿o desviando el curso artificial de las aguas?⁹⁶⁸

En España, el Código Civil prevé los artículos 590⁹⁶⁹ y 1908⁹⁷⁰ 1908 como reguladores del tema. El artículo 590 está insertado en la Sección Séptima (De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones) del Capítulo II (De las servidumbres legales) del Título VII (De las servidumbres) del Libro Segundo (De los bienes de la propiedad y de sus modificaciones); el artículo 1908, en el Capítulo II, Título XLI, Libro Cuarto dentro “De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia”. Se denota, entonces, que hay relaciones de vecindad de efectos jurídicos reales (artículo 590) y relaciones de efectos jurídicos obligacionales (artículo 1908).

Considerando los presupuestos socio-económicos que inciden en el actual concepto de derecho de la propiedad, la doctrina española trata de configurar una teoría general de las relaciones de vecindad que responda a la cuestión del límite al que está obligado el propietario o poseedor al soportar

⁹⁶⁸BASTOS FREITAS, Vladimir. **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 137.

⁹⁶⁹ Art. 509: “Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las fincas o edificios vecinos”. En **Código Civil**. op. cit., pp. 263-264.

⁹⁷⁰ Art. 1.908: “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.: Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en un lugar seguro y adecuado. 2.: Por los humos excesivos, que sean nocivos para las personas o las propiedades. 3.: Por la caída de árboles colocadas en lugares de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4.: Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materiales contaminantes, contruidos sin las precauciones adecuadas en el lugar en que estuviesen”. En: **Código Civil**. op. cit., p. 467.

una forma de utilización o aprovechamiento de un edificio ajeno que le cause molestia o aun cuando desvalorice de cualquier forma su propiedad. Maria Del Carmen Sanches-Friera González apunta: *“Es lugar común en la doctrina la referencia a los anotadores de Ennecerus, en cuanto ponen de manifiesto, como una de las lagunas más notorias de nuestro Código Civil, es la ausencia de un precepto general sobre las inmisiones, lo que ha llevado a que este tema se plantee de forma casuística y fragmentaria y con una sistemática no demasiado afortunada. Es por eso que la doctrina es unánime al considerar que, a pesar de la dificultad que ofrece el quererlas reducir a un concepto unitario, es necesario realizar una obra de sistematización para conducir la dispersa regulación legal a categorías y conformaciones que clarifiquen el significado de sus disposiciones, de modo, que en razón a su finalidad, (evitar inmisiones dañinas) a las relaciones de vecindad corresponderá limitar, armonizar, compatibilizar los intereses contrapuestos individualmente protegidos por los más variados derechos subjetivos. Sin embargo, como expone González-Alegre no se debe estimar suficiente construir una dogmática general sobre las relaciones de vecindad, sino que es de la mayor importancia la determinación del principio que las haya de fundamentar”*⁹⁷¹. Aquí, se evocan los principios ambientales estudiados en el primer capítulo del presente estudio.

A pesar de la pluralidad de disposiciones sobre las relaciones de vecindad en el Código Civil español y, al mismo tiempo, de la falta de previsión legal específica, los preceptos (artículos 590 1908) se completan recíprocamente y crean las bases para la construcción de una teoría general, puesto que el artículo 1908, *“en cuanto sienta una responsabilidad por determinadas inmisiones, establece, implícitamente, la prohibición de las que por dar lugar a responsabilidad hay que reputar ilícitas. Por otro lado, el*

⁹⁷¹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, p. 42. En la misma página expone la autora: *“Es muy claro, dice el profesor Hernández Gil, que diversos preceptos incluidos en el Código Civil entre los relativos a las servidumbres legales o en la parte relativa a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, presuponen limitaciones y relaciones de vecindad y aunque es verdad que en el Código Civil falta la expresión y la noción de relaciones de vecindad, esa falta se da o aprecia en la superficie semántica de las normas, si bien penetrando en la estructura profunda de las mismas llega a identificarse con la ayuda de los conceptos, de forma que los citados preceptos son perfectamente reconducibles a esa categoría dogmática que, como tal, el Código Civil desconoce”*.

artículo 590, al prohibir determinados actos, en consecuencia tachables de ilícitos, da base legal de responsabilidad en cuanto se produzca un daño. Si se tiene en cuenta, añaden, que nada abona el carácter taxativo de tales preceptos y que ambos se rigen por el propósito legislativo de evitar inmisiones peligrosas o nocivas, o simplemente molestas en la finca del vecino, se llegará a la conclusión de que, aunque con técnica imperfecta y casuística, nuestro Código Civil prohíbe toda inmisión perjudicial que no sea conforme al uso o a los reglamentos y, en último extremo, al criterio de buena vecindad, basado en la buena fe. Del artículo 590.2 se deduce, como criterio definitivo, la evitación de todo daño a las propiedades que dependen de las relaciones y utilización de otra finca”⁹⁷².

Conviene observar que el derecho civil tradicional abarca el derecho de vecindad. Dentro de su concepción tradicional, se incluyó el medio ambiente en el derecho civil como uno bien autónomo (sea en el Derecho Civil brasileño o en el Derecho Civil español), incluso porque las instituciones civilistas están centradas en el antropocentrismo (Capítulo I) y la crisis ambiental es reciente, si se compara con todo el período de la existencia de la humanidad. Así, se hace necesario una relectura de las reglas del derecho civil, desvinculándose del individualismo radical y utilizándose conjuntamente con todo el aparato legal ambiental para aplicar bien las reglas civilistas bajo la óptica ambientalista que, a su vez, incorpora un derecho fundamental de tercera generación. A este propósito recordamos los contenidos de los capítulos I y II⁹⁷³.

⁹⁷² *Idem. Ibidem.* pp. 45-46. En la nota a pié de página, la autora también menciona la importante Sentencia de 12 de Diciembre de 1980: “*El problema de las inmisiones por humos, gases o emanaciones tóxicas, y el resarcimiento de los daños causados por la ‘immissio in alienum’, concreto aspecto de las relaciones de vecindad son resueltos en el Derecho comparado...acudiendo a los principio de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias, atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles... si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser deducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 de dicho Cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908, pues regla fundamental es que ‘la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina’*”.

⁹⁷³ En ese sentido, interesa transcribir el pasaje del texto de CAVEDON, Fernanda de Sales y otros. *Função ambiental da propriedade urbana e áreas de preservação permanente: a proteção das águas no direito urbano.* En: BENJAMIN, Antonio Herman(org.). **Direito, Água e Vida.** São Paulo: [s.n.], [s.d.]. vol. II: “*El nuevo Código Civil, a pesar de insertar nociones de carácter socioambiental con respecto a la Propiedad, no hace mención expresa a la Función*

Así, no existiendo una normatividad específica, corresponde al derecho civil, aun cuando sea tradicional, encontrar soluciones a las demandas interindividuales de vecindad que, a su vez, se ven reflejas en el bien ambiental. A través de la virtualidad reguladora genérica que caracteriza el derecho civil, las innovaciones traídas por el bien ambiental implican remodelaciones aplicables al derecho de vecindad, que pasa de ser un instrumento inicialmente dirigido sólo al derecho de propiedad, a un elemento con repercusiones extensivas a la salud y a la calidad de vida de las cuales el individuo es acreedor, siempre en razón de un medio ambiente ecológicamente equilibrado⁹⁷⁴.

Además, las reglas del derecho tradicional de vecindad, aplicadas en una perspectiva del bien ambiental, manejan cuestiones concernientes a la función social de la propiedad, en caso de que se deba observar el uso tolerable de la propiedad, proporcionando, así, indirectamente, el ejercicio de la tarea de la ciudadanía ambiental⁹⁷⁵. De esta forma, se destaca un factor positivo, es decir, que el derecho de vecindad, para su configuración, independientemente de la idea de culpa, es conforme a lo anteriormente analizado⁹⁷⁶.

Social y Ambiental y no presenta especificaciones en lo que concierne al contenido de las mismas y a las limitaciones que comportan. Tal innovación es insuficiente e incluso inadecuada frente a los dispositivos constitucionales, dejando de emplearse definitivamente esta terminología en el ámbito del Derecho Civil. Tampoco esta concepción fue incorporada a los demás dispositivos del Código referentes a la Propiedad, concretamente en lo que se refiere al derecho de vecindad y al uso nocivo de la Propiedad, que pueden considerarse como instrumentos de protección ambiental”.

⁹⁷⁴ MARTIN MATEO, Ramon. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v. I. p. 161. *“En definitiva, se trata de una cuestión polémica que a la postre precisa de criterios sociales para determinar hasta que punto se considera normal un cierto uso y cuando rebasa el nivel de tolerancia que deben soportar los titulares de predios ajenos, y si vulneran precisamente la reglamentación administrativa que remite el Código Civil. Lo que mas dudoso es cuanto la invocación de estos Reglamentos para la determinación de los límites civiles de la licitud de las conductas vecinales.*

La diferencia de lo que hay sucedido en otros regímenes donde reclamaciones de trascendencia ambiental, la jurisprudencia española en base a estas relaciones es excepcional. Pero de todas formas, y en términos validos, también para otros ordenamientos europeos, puede efectivamente afirmarse que las reclamaciones sobre la base de la regulación de la vecindad constituyen un remedio relativo solo adecuado para combatir los danos ambientales en un numero restringido de casos”.

⁹⁷⁵MENEZES LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para a proteção do ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, v. 7, p. 46, jun 1997.

⁹⁷⁶ HERMAN BENJAMIN, Antonio. **Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental**. pp. 34-35.

Se observa, sin embargo, que ese acceso a la justicia está limitado, y que la demanda podrá ser ejercida solamente por el poseedor del bien contiguo y no todos los individuos. CANOTILHO entiende que debe haber una ampliación y redefinición conceptual del significado de vecindad cuando se aplica a la protección ambiental, pasándose del vecino contiguo al vecino distante afectado, por ejemplo, por contaminación del aire⁹⁷⁷. Incluso adhiriéndose a esta línea, la legitimación activa para la demanda es reducida. MORATO LEITE también sostiene que la demanda de vecindad tiene una protección reactiva, eso es, cuando la lesión ambiental ya se produjo, lo que dificulta la protección del bien ambiental, considerando que, como regla general, la protección ambiental tiene un carácter fundamentalmente preventivo. Incluso, en lo que se refiere al contenido del derecho de vecindad, el autor prevé que el Poder Judicial tenderá, cada vez más, a recibir una mayor demanda de derechos de vecindad procedente de la producción de daños ambientales en razón del aumento y de la proliferación de las especies de contaminación, como la provocada por el uso de agrotóxicos o por irradiación nuclear, que, a su vez, no existían en el pasado⁹⁷⁸.

Considerando la concepción del daño ambiental, la cuestión del límite de la tolerabilidad con relación al derecho de vecindad conviene que sea objeto de una relectura, pues se producen muchos daños que, a pesar de provenir de una instalación regularmente autorizada y considerada normal, en el derecho de vecindad ambiental no se debe tomar en cuenta un concepto estático, sino dinámico y asociable al daño ambiental. Paulo Afonso Leme Machado destaca que *“La contaminación que perjudica los seres humanos, de un modo persistente y cumulativo, como también la naturaleza, no se la puede considerar como un inconveniente normal, sino anormal, en la relación de vecindad”*.⁹⁷⁹ En ese sentido, HERMAN BENJAMIN apunta que un concepto estático de uso normal de la propiedad implicaría verdaderas *“perpetuaciones de degradaciones ambientales”*, bajo el amparo de un derecho anterior que

⁹⁷⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, v. 128, n.3, 857/3.858, dez. 1995/1996. p. 268.

⁹⁷⁸ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, pp. 149-150.

⁹⁷⁹ LEME MACHADO, Paulo Afonso. *op. cit.*, p. 249.

tiene el riesgo de provocar agravaciones de la cuestión ambiental, llegando incluso hasta desigualdades sociales.

Así, MORATO LEITE sostiene que *“se verifica la necesidad de una amplia actualización normativa de este derecho de vecindad que, construido en el siglo pasado, no está en plena sintonía con el perfil ambiental. No se puede restringir el acceso a la justicia a los propietarios y usufructuarios, en relación con el pleno ejercicio de la ciudadanía ambiental”*. Más adelante, sigue el autor afirmando que, *“Quizá, si todos los ciudadanos ejercieran su derecho de vecindad, la función social ambiental sería más respetada y podría servir de forma educativa para la concienciación del problema en su sentido colectivo. No obstante las dificultades existentes y el uso limitativo e incidental de la tutela ambiental individual de vecindad, ésta se fortalece y debe ser considerada como un mecanismo jurisdiccional individual de la protección ambiental”*.⁹⁸⁰ Compartimos esta opinión, aunque entendemos que el derecho de vecindad no puede ser considerado como superado en la medida en que, a pesar de que las reglas sean antiguas, sintonizan con la teoría del derecho y con la concepción del derecho ambiental, siendo un instrumento precioso para la superación de la crisis del propio Derecho.

5.3.2 La legitimación activa individual y la acción popular ambiental

Como punto de partida, conviene examinar, aunque sea brevemente, los orígenes históricos de la acción popular para que, de esta manera, se comprenda como este instrumento se convirtió en un medio de acceso a la justicia del ciudadano en la protección ambiental, considerando, concretamente, las nuevas exigencias sociales.

La acción popular tiene su origen en el derecho romano, siendo uno de los instrumentos jurisdiccionales más antiguos que se caracteriza como

⁹⁸⁰ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p.151.

pionero en la tutela de los derechos de carácter colectivo en sentido *lato*. Con respecto a su origen, no existía una noción bien delineada de Estado, donde el individuo que ejerciese el *status civitatis* podía solicitar intentando tutelar un bien, un derecho o un interés que no le pertenecía, directamente, pero que se consideraba como de importancia directa para los intereses de la colectividad. En aquella época, ya había una estrecha relación entre el ciudadano y la *res pública*, haciendo surgir un sentimiento institucionalizado de que esta *res* pertenecía de algún modo a cada uno de los integrantes de la sociedad romana. Sin embargo, se pone de manifiesto que ya en la acción popular romana, los derechos y los intereses difusos eran protegidos como acción de naturaleza privada. Así, a pesar de que los intereses difusos eran desconocidos en aquel tiempo, su concepto y la caracterización de intereses o derechos difusos, ya se encontraban implícitos en la acción popular romana, procurando su tutela.

Trazadas esas breves consideraciones, conviene definir la acción popular. Para BIELSA, “*es el medio jurisdiccional idóneo para defender, **unido al interés personal, el interés de la colectividad referida a una entidad pública**: Nación, Estado o Municipio. La concurrencia de ambos intereses no es accidental, sino necesariamente jurídica; es decir, se trata de una solidaridad de intereses, que pueden ser de orden económico – o más propiamente patrimonial – de orden moral y cívico, pero encima de todo, se trata siempre de intereses de orden jurídico-político*”⁹⁸¹. Para BOLZAN, “*Sintéticamente se puede decir, entonces, que la acción popular es un instrumento jurídico puesto a disposición del ciudadano, y solo a él, para contener la práctica de actos lesivos producidos en contra de los bienes especificados en la norma constitucional*”⁹⁸².

Sin duda, la realización del ejercicio de este instrumento jurisdiccional legitima y confiere mayor transparencia, control y fiscalización a los actos

⁹⁸¹ BIELSA, Rafael. Ação Popular e o poder discricionário da administração. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1955, v.157. p. 31.

⁹⁸² BOLZAN DE MORAIS, José Luiz . **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 196.

practicados por el poder público⁹⁸³. El derecho a un medio ambiente adecuado es un verdadero derecho subjetivo, por tanto los ciudadanos, en cuanto titulares de ese derecho lesionado, son los perjudicados y deben estar habilitados para exigir la reparación del daño ambiental. En esa óptica, CABANILLAS SANCHEZ concluye que *“Esta posibilidad debe admitirse cualquiera que sea la jurisdicción competente”*⁹⁸⁴.

Así, se constituye como un destacado medio de defensa de la ciudadanía ambiental que abre espacio a la intervención directa del individuo y como una verdadera posibilidad de ciudadanía que hace posible un medio ambiente ecológicamente equilibrado como bien perteneciente a la colectividad. El ciudadano puede pasar de mero beneficiario y destinatario de la función ambiental ejercida por el Estado hasta ocupar una posición positiva, es decir, interviniendo directamente al ejercer su responsabilidad social compartida. Se atribuye legitimación al ciudadano que pasa a ejercer la defensa del interés de la legalidad y colectividad, sin tener que invocar y demostrar un interés personal en el acto lesivo al medio ambiente.

María Calvo Charro, cuando se ocupa de la importancia de la acción popular como instrumento de defensa del medio ambiente, subraya que: *“La razón de dedicar todo un epígrafe a la acción popular radica en la importancia de este instrumento jurídico para la defensa medioambiental frente a las infracciones que implican el deterioro y degradación de nuestro entorno. La trascendencia de esta acción para la protección del medio ambiente en general radica, en palabras de FERNÁNDEZ DE VELASCO, en que en ella desaparece todo exclusivismo individual y sólo se mantiene la idea objetiva del*

⁹⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. En esta óptica, el autor sostiene que se trata de un *“instituto procesal civil, otorgado a cualquier ciudadano como garantía política constitucional para la defensa del interés de la colectividad, mediante la puesta en marcha del control jurisdiccional correctivo de actos lesivos del patrimonio público, de la moralidad administrativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural”* (grifo).

⁹⁸⁴ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *op. cit.*, pp. 190-191. En la misma p. 191, el autor escribe que *“Las personas individuales y asociaciones ambientales deben considerarse legitimadas en cuanto titulares de un derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente adecuado. La funcionalidad del sistema exige la creación de una fiscalía ambiental especializada, entre cuyas funciones se incluya su papel de actor en demanda del resarcimiento del daño ambiental”*.

*servicio público, del respeto debido a la norma jurídica, del freno impuesto a todo exceso administrativo, significando que el ciudadano se convierte en guardaespaldas de la Ley que garantiza su derecho, en este caso, el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado*⁹⁸⁵.

Así, MORATO LEITE escribe que *“El derecho del ciudadano, a título individual, de acceso a la justicia jurisdiccional de la protección ambiental hace surgir la figura del **derecho subjetivo al medio ambiente**, ecológicamente equilibrado, que **no es incompatible con la autonomía del bien ambiental**. No hay que olvidar que el bien ambiental es de manifiesta relevancia para la colectividad y caracterizado, conforme a lo ya visto, como bien jurídico propio y autónomo, tutelado en sí y por sí mismo. Paralelamente a esas varias facciones del bien jurídico ambiental, **no existe una preclusión y tampoco desaparece la hipótesis de un ambiente configurado, incluso, como un derecho subjetivo de todo y de cualquier ciudadano en su tutela jurisdiccional con el objetivo de protegerlo en su categoría de macrobien***⁹⁸⁶ (grifos).

En el mismo sentido, María Calvo Charro explica que *“La acción popular no exige ninguna cualidad especial para estar legitimado, no es una facultad de reaccionar en defensa de derechos o intereses propios, sino una institución que se halla a extramuros de los derechos subjetivos y de los intereses directos; de ahí su importancia para la protección de la naturaleza, con base en la ‘indispensable solidaridad colectiva’. Así pues, la acción pública implica el apoderamiento de todos los ciudadanos con una acción reactiva frente a cualesquiera transgresiones de la referida ordenación y, por tanto, la exención en esta materia del requisito de la acreditación de la legitimación ad causam, es decir, del interés del accionante en el asunto concreto, por la presunción legal iures et de iure de que tal interés concurre de suyo en la posición simple de ciudadano uti cives*⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ CALVO CHARRO, María. **Sanciones Medioambientales**. Madrid: Marcial Pons, Universidad Carlos III, 1999. pp. 164-165. La obra citada, de Fernández de Velasco, es *La acción popular en el Derecho Administrativo*, Madrid, Réus, 1920, p. 73.

⁹⁸⁶ MORATO LEITE, José Rubens. *op cit.*, p. 153-154.

⁹⁸⁷ CALVO CHARRO, María. *op cit.*, p. 165.

En esta concepción, la protección ambiental, a través la acción popular, es el ejercicio de un derecho subjetivo fundamental de carácter difuso de la colectividad y accionable individualmente por los ciudadanos, con mayor valor cuando aún está consagrado en los textos constitucionales de sus respectivos países (Vid. capítulo I del presente trabajo). En ese sentido, la acción popular ambiental es un remedio jurídico para reparar los daños ambientales individuales, pues se produce la protección en la escala colectiva, inherente a la capacidad ecológica, y en la escala subjetiva, relativamente al derecho de todos, usufructuado individualmente con respecto a la protección de la calidad de vida. CANOTILHO comparte esta opinión cuando afirma que *“Si desde el punto anterior salió reforzada la idea de existencia de un nuevo valor que reviste cada vez mayor importancia para la comunidad jurídica organizada – valor ese que, al menos en este sentido, es sobretodo entendido en su dimensión pública o colectiva – importa en todo caso mostrar todavía que esta propia naturaleza no perjudica (sino, al contrario, refuerza) la circunstancia del ambiente al ser asumido como un derecho subjetivo de todo y de cualquier ciudadano individualmente considerado. Esto está claro si comprendemos que el ambiente, a pesar de ser un bien social unitario, está dotado de una indiscutible dimensión personal”*⁹⁸⁸. Así, se trata, de hecho, de un derecho fundamental en su doble naturaleza, pues son considerados, por un lado, derechos subjetivos y, por otro, se constituyen como elementos fundamentales de orden objetivo de la comunidad. Sin embargo, conviene precisar que, al haber sido catalogado como un derecho ambiental individual, reconocido como un derecho subjetivo al ambiente, no permite olvidar su carácter de bien jurídico unitario de toda la colectividad.

El tratamiento conferido al medio ambiente a través de la Carta Constitucional brasileña, implica concluir que la actuación de la protección del medio ambiente no se restringe a la dimensión de tarea exclusiva del Estado. Conforme a lo estudiado en el Capítulo I y IV, la protección ambiental está catalogada en el rol de los derechos y garantías fundamentales, análogos al

⁹⁸⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998. pp. 26-27. En el mismo sentido, MORATO LEITE, en las p. 154-155 de la *op. cit.*, también se posiciona como partidario de incluirla en la categoría de **daño ambiental individual**.

derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos de lo establecido en el artículo 5., *caput*, e inciso LXXIII de la Constitución Federal⁹⁸⁹. Así, hace surgir un verdadero derecho subjetivo fundamental del ciudadano, dirigido a proporcionarle mayor conciencia ecológica, transformándolo de mero beneficiario de los objetivos del Estado a co-participador de las tareas que implican la protección ambiental⁹⁹⁰.

En Brasil, la acción popular ambiental se aplica en los términos de la recepción de la ley fundamental a las disposiciones reglamentarias de la Ley 4.717, de 1965. Conviene observar que la acción popular ambiental habilita al ciudadano a tutelar tanto la defensa del erario público o patrimonio público como de la moralidad pública, inherentes a la protección ambiental y al bien difuso ambiental. Así, protege el bien ambiental en dos concepciones relacionadas entre sí: la primera versa sobre el patrimonio público asociado con el medio ambiente. MORATO LEITE cita el ejemplo del patrimonio público ambiental con referencia a un Parque Nacional, de titularidad del Estado. Habiendo producido un acto lesivo perjudicial a este bien, se abre acceso al Poder Judicial, al ciudadano, con la finalidad de proteger este patrimonio público. Así, el objeto de la protección es el patrimonio público *stricto sensu*, y no el macrobien ambiental de la colectividad que, a su vez, es el objeto de la segunda concepción, y, al mismo tiempo, co-relacionada con la primera. Para esa segunda concepción, el autor ilustra el acto lesivo que provoca

⁹⁸⁹ Constitución de la República Federativa de Brasil – Artículo 5.: “*Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...] LXXIII – cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular dirigida a anular un acto lesivo al patrimonio público o de una entidad en la que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, resultando el autor, salvo comprobada mala fe, exento de los costes judiciales y del onus del acatamiento*”.

Se observa, sin embargo, que este dispositivo constitucional es auto-aplicable, no siendo dependiente de regla reglamentaria en conformidad con lo prescrito en el artículo 5., par. 1. de la propia Constitución Federal: “*Las normas definidoras de los derechos y de las garantías fundamentales tienen aplicación inmediata*”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. pp. 15-18.

⁹⁹⁰ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 156. El autor cita un texto de Rui Medeiros, *En: MEDEIROS, Rui. O ambiente na constituição, Revista de Direito e Estudos Sociais*, v. 35, n.1-4, p. 387, jan./dez. 1983 (Lex Edições Jurídicas) cuando apunta que: “*El derecho fundamental al ambiente no se reduce a interés público monopolístico representado por los poderes públicos. El llamado interés público presupone, en efecto, un plus de protección o una protección diversificada de un bien público, por un lado, y particular, por otro. Esto quiere decir que, aun cuando la pluralidad a la que se reconoce el interés coincida tendenciosamente con la totalidad de los ciudadanos, aquél no se confunde con el interés estrictamente estatal*”.

contaminación atmosférica en el contexto en el que está protegido, en el caso, un bien perteneciente a la colectividad como un todo⁹⁹¹.

En España, Maria del Carmen Sanches-Friera González señala que *“en materia civil cabe accionar en al área de Derecho ambiental pero no en base a una acción pública que hoy día no existe en el ordenamiento civil. Esta ausencia de defensa del medio ambiente, desde ámbitos privados, explica [...] la preocupación doctrinal por el problema de la legitimación procesal y la invocación de la necesidad de una acción popular que permita a cualquier ciudadano la legitimación para reclamar por daños al medio ambiente. Por cuanto la defensa del ambiente y de la naturaleza exigen contar con instrumentos procesales que posibiliten una intervención judicial que implique la ampliación de la receptividad del Derecho hacia nuevos valores asumidos por las sociedades modernas. [...] En definitiva, aunque desde todos los ámbitos se proclama la necesidad de una acción popular, hoy día, dada la inexistencia de una regulación expresa que la contemple, no parece que pueda ser admitida. Pues si, por un lado, ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la posibilidad de que un ciudadano, pueda acudir a los Tribunales en defensa de un interés no concretado, por otro tampoco parece factible ni desde la óptica de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni de la normativa de la propia Constitución”*⁹⁹². Así, la regulación de la acción popular es examinada por la doctrina a partir de la previsión del artículo 45 de la CE, examinado en el capítulo primero del presente estudio. Sin embargo, el citado precepto no contiene ninguna referencia expresa acerca de la acción popular en materia de medio ambiente, sino que se desprende del texto fundamental una acción pública genérica sobre todo en lo que está relacionado con el medio ambiente.

⁹⁹¹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p.162.

⁹⁹² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. *op. cit.*, pp. 264-265. Continúa la autora, en la p. 265-266: *“En efecto, para la posibilidad del ejercicio de la acción popular en defensa del medio se esgrimió el artículo 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial (B.O.E. núm. 157, de 2 de Julio de 1985) en cuanto establece que ‘los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley’. Lo que ocurre es que para la admisión por esta vía se requiere, como el mismo artículo dice: ‘en los casos y formas establecidas por la ley’, el desarrollo en este sentido del mismo, desarrollo que aun no se ha efectuado”*.

Maria Calvo Charro, cuando estudia la aplicación del artículo 45 a la materia de la acción popular⁹⁹³, explica que *“el Tribunal Supremo parece acoger por vez primera la posibilidad de hacer derivar una acción pública directamente del Art. 45 de la Constitución, rompiendo así el trasnochado paralelismo entre legitimación para ejercer acciones judiciales y unos perjuicios palpablemente localizados en el patrimonio jurídico del recurrente. El efecto de la acción popular no sería en estos casos sólo represivo y ex post, es decir, una vez que el daño ya ha sido ocasionado, sino que también gozaría de un importante efecto preventivo, ex ante, puesto que la posibilidad de ser llevado ante la jurisdicción contencioso-administrativa por cualquiera puede hacer que los posibles destructores del medio ambiente natural se retraigan en cierta medida antes de iniciar su actividad”*⁹⁹⁴.

Con propiedad, la autora reproduce partes de la Sentencia de abril de 1989 cuando sostiene que el Tribunal Supremo introdujo una *“flexibilización de los antiguos criterios rigoristas en materia de requisitos habilitantes para el acceso a los Tribunales”* afirmando que *“...la distinción entre derechos e intereses legítimos que aparece en el Art. 24 no hay que verla como la expresión de dos conceptos diferentes o contrapuestos, de mayor robustez o densidad el primero, debilitado o de menor solidez el segundo. Antes al contrario, esa distinción hay que verla como expresión del propósito de ampliar la esfera de protección del ciudadano, a fin de que se hallan en los contornos, imprecisos por naturaleza, de las facultades subjetivas. Como el Art. 45 reconoce a ‘todos’ el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo además el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación (para accionar)... es negar lo evidente. ...De manera que ese Art.*

⁹⁹³ CALVO CHARRO, María. *op. cit.*, p. 171. La Sentencia citada por la autora es la del 25 de abril de 1989 (ponente, Gonzáles Navarro; ar. 3233).

⁹⁹⁴ GOMÍS CATALÁ, Lucía. *op. cit.*, pp. 209-210, cuando examina la acción popular en España, afirma que las dificultades procesales desaparecerían si *“el legislador admitiera la acción popular facultando a cualquier sujeto, tenga o no interés personal en el caso, para ejercer una acción en defensa de los intereses ambientales implicados. No obstante, a pesar de las indudables virtudes que se desprenden de la acción popular referidas a su sentido democrático, a su consideración como manifestación de la solidaridad social y como irrefutable garantía jurídica, la mayoría de la doctrina ha visto siempre a la acción popular no como el instrumento ideal que garantiza la protección procesal de los intereses colectivos al medio ambiente sino como una verdadera fuente de problemas relacionados, por un lado, con la proliferación de litigios infundados y entorpecedores de la acción de los tribunales y, por otro, con su posible utilización como mecanismo de extorsión y chantaje”*.

45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo para los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, para hacerlos eficazmente operativos. Por todo ello, es claro que el recurrente tiene legitimación sobrada para acceder a los Tribunales de justicia a plantear la cuestión aquí debatida...⁹⁹⁵. Así, cualquier persona que tenga capacidad procesal podrá deducir una pretensión procesal, cuya admisibilidad no podrá oponer ningún obstáculo de condición del sujeto o de una determinada actitud con relación a la causa del litigio.

Hay que dejar constancia, de que la incidencia mayor de la acción popular ambiental recae sobre la tutela de los intereses o derechos difusos, cuyo objeto no puede ser confundido con los interés públicos o especialmente particulares. En lo que se refiere al derecho subjetivo público, el objeto tiene el interés del propio Estado y de los entes públicos⁹⁹⁶. Hay que añadir también en esta distinción, los derechos o los intereses colectivos, *stricto sensu*, correspondientes a los intereses determinados y particulares de determinados grupos o categorías.

En lo que se refiere a la distinción de los intereses específicamente particulares, observamos que se relacionan con los intereses específicos de los individuos de forma exclusiva. Así, la diferencia entre la tutela jurisdiccional subjetiva, mediante la acción popular, para las demás acciones de carácter individualista está en el hecho de que, a pesar de ser identificable como un interés individual de todos, la tutela mediante acción popular se destina a la protección de un bien jurídico de dimensión colectiva o difusa, cuyo resarcimiento no se hace directamente a favor del individuo, sino indirectamente, pues la colectividad es la favorecida en función de la connotación social. Por otro lado, las acciones de índole individualista se basan en un interés propio cuyo resarcimiento, patrimonial o extrapatrimonial, se destina al individuo directamente, de forma exclusiva y personal. Sin embargo, el individuo particularmente lesionado podrá valerse de la decisión

⁹⁹⁵ CALVO CHARRO, María. *op. cit.*, pp. 170-171.

⁹⁹⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 82.

judicial que reconoce la producción del daño ambiental a través de la acción popular ambiental, cuyos resarcimientos favorecen la colectividad para, con una acción de índole individual, pleitear el resarcimiento en función de la lesión patrimonial o extrapatrimonial que le fue causada por el agente contaminador.

Conforme a lo estudiado en los puntos iniciales del presente capítulo, la acción popular ambiental se dirige a una desconstitución de un acto lesivo y a la condena de los responsables del poder público o de terceros al restablecimiento de lo que anteriormente denominamos *status quo ante*, no obstante la posibilidad de que pueda incidir la reparación por pérdidas y daños. Por consiguiente, *“forma parte de esta tutela jurisdiccional la posibilidad de obtener, por esta vía, la reparabilidad del daño ambiental, a título individual, con dimensión colectiva difusa en relación con el bien protegido”*⁹⁹⁷.

Sin embargo, cuando se afirma que *“...obtener, por esta vía, la reparabilidad del daño ambiental, a título individual,...”* conviene realizar algunas consideraciones sobre la legitimación activa. Se afirma que el ciudadano es parte legítima y, para tal, debe ser cuestionado el concepto de ciudadano. Adoptándose una acepción genérica, en lo que es pertinente a la acción popular, ciudadano es la parte a quien la ley expresamente atribuyó legitimación para defender en juicio un derecho a la gestión eficiente y correcta del patrimonio público, *stricto sensu*, y, también, los actos lesivos a los intereses difusos y ambientales.

Para la Ley brasileña nr. 4.717, de 1965, arts. 1º, párrafos 3º y 4º⁹⁹⁸, se exige que el ciudadano sea brasileño y en pleno ejercicio de sus derechos

⁹⁹⁷ MORATO LEITE, José Rubens Morato. *op. cit.*, p.157.

⁹⁹⁸ Ley n. 4.717/65 – De la Acción Popular: artículo 1º: *Cualquier ciudadano gozará de legitimidad para pleitear la anulación o la declaración de nulidad de actos lesivos al patrimonio de la Unión, del Distrito Federal, de los Estados, y de los Municipios, de las entidades autárquicas, de las sociedades de economía mixta (Constitución, art. 11, par. 38), de las sociedades mutuas de seguro en las cuales la Unión represente a los asegurados ausentes, de las empresas públicas, de los servicios sociales autónomos, de las instituciones o fundaciones para cuya creación o coste, haya concurrido o concorra el tesoro público con más del 50% (un cincuenta por ciento) del patrimonio o de la receta o ingreso anual, de empresas incorporadas al patrimonio de la Unión, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, y de cualquier sujeto jurídica o entidades subvencionadas por los cajas públicas. [...] Par. 3º: La prueba de la ciudadanía, para el ingreso en juicio, será hecha con el título electoral, o con documento que a él le corresponda. Par. 4º: Para instruir la inicial, el ciudadano podrá requerir*

políticos; es decir, el pleno ejercicio de votar y de ser votado. Sobre este particular, se perciben algunas discusiones con respecto al ciudadano legitimado para valorar la acción popular. Se cuestiona, por ejemplo, si el extranjero residente en el País tiene legitimación a este derecho fundamental, cuya respuesta es positiva en razón de lo previsto en el artículo 5º, *caput*, de la Constitución Federal, anteriormente transcrito. Por ser un dispositivo auto-aplicable, confiere al extranjero residente en el País la posibilidad del ejercicio de ese derecho subjetivo fundamental.

MORATO LEITE apunta que *“La ciudadanía, por la disposición constitucional antes mencionada, fue ampliada en el sentido de extender al extranjero el derecho subjetivo fundamental a la acción popular ambiental, desde en el momento en que pruebe estar residiendo en el País. A pesar de que no se haya reglamentado este derecho al extranjero, se considera plausible, su existencia y vigencia en el sistema jurídico brasileño, considerando su inmediata aplicabilidad, en los términos de la ley fundamental”*⁹⁹⁹. En ese sentido, en la medida en que el legislador constituyente reconoció al extranjero residente en el País el derecho a la acción popular fundamental, le concedió espacio para el pleno ejercicio de un derecho subjetivo fundamental, intercomunitario, en la protección al medio ambiente. El autor continúa afirmando que *“anduvo bien el constituyente en este aspecto, pues el extranjero, al ejercitar esta ciudadanía, estará protegiendo un bien que alcanza una perspectiva intercomunitaria y de carácter transfronterizo”*¹⁰⁰⁰. Sobre estos aspectos, nos remitimos al contenido del capítulo I del presente trabajo.

El autor se detiene en el análisis de un punto que considera cuestionable cuando se hace referencia a la defensa del patrimonio público, *stricto sensu*, a través de un extranjero, pues en esta hipótesis se trata de la protección de este bien en función de un acto lesivo practicado por el mal uso

a las entidades, a las que se refiere este artículo, los atestados y las informaciones que considere necesarias, bastando para eso indicar la finalidad de las mismas”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 540.

⁹⁹⁹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p.163.

¹⁰⁰⁰ *Idem. Ibidem.* p. 164.

de la administración pública. En este caso, se ve que la ciudadanía está más ligada a la verificación de los actos de disfunción practicados por su representante y, así, más adecuados a las exigencias impuestas por la ley. Eso conduce a afirmar que *“sólo el ciudadano elector, en esta hipótesis, estaría legitimado para demandar en virtud de un acto lesivo al patrimonio público, estricto sensu. Sin embargo, sí resulta acertado afirmar que la ciudadanía ambiental hoy se relaciona muy próximamente con cuestiones transfronterizas, dada la dimensión del problema, por lo que se llega a la conclusión de que, tratándose de patrimonio público, pero asociado al medio ambiente, no habría obstáculo para que la defensa popular fuese ejercida por el extranjero, residente en el País”*¹⁰⁰¹ (grifo).

La legitimación pasiva de la acción popular ambiental también debe ser destacada. Conforme a lo anteriormente examinado, la regla general es la de que todos aquellos que de alguna manera contribuyen a la lesión del daño deberán componer el polo pasivo de la relación procesal. A este propósito defendemos que el mismo es aplicable también con respecto a la acción individual.

Por consiguiente, todas las personas, sean de naturaleza privada o pública, de la administración directa o indirecta, pueden configurar el polo pasivo de la demanda. En este sentido, la propia Ley 4.717/65, tal y como contempla el artículo 6.¹⁰⁰², prevé que deberán ser citados todos aquéllos que, de algún modo, contribuyeron a la producción del acto lesivo, sea por acción o por omisión, incluso los que de él se hayan beneficiado. La obligatoriedad de insertar todos los litisconsortes necesarios o co-reos son un presupuesto para el desarrollo válido de la acción popular. En ese sentido, al tratarse de un derecho fundamental, recordamos el contenido del artículo 225, par. 3.¹⁰⁰³ de

¹⁰⁰¹ *Idem. Ibidem.* p. 164.

¹⁰⁰² Ley nr. 4.717/65 – De la Acción Popular: artículo 6.: *“La acción será propuesta contra las personas públicas o privadas y las entidades referidas en el art. 1., contra las autoridades, funcionarios o administradores que hayan autorizado, aprobado, ratificado o practicado el acto impugnado, o que, por omisión, hayan dado oportunidad a la lesión, y contra los beneficiarios directos del mismo”*. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal.** p. 542.

¹⁰⁰³ Constitución de la República Federativa de Brasil – Párrafo 3. del artículo 225: *“Las conductas y las actividades consideradas lesivas al medio ambiente someterán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas,*

la Constitución de la República Federativa de Brasil que no restringe la legitimación pasiva, permitiendo que todas las personas podrán ser incluidas en la parte pasiva de la demanda ambiental ¹⁰⁰⁴.

Para una mejor configuración de la legitimación pasiva, MORATO LEITE examina el concepto de acto, afirmando que *“La demanda ambiental popular tiene como presupuesto de aceptación y de caracterización de la legitimación pasiva un acto lesivo al bien ambiental o patrimonio público, estrito senso. Este acto debe ser entendido en una concepción ecléctica, que tanto puede ser un acto administrativo como un acto cometido por el particular, pero relacionado con las actividades del Poder Público. Ello porque la acción popular ambiental no está dirigida única y exclusivamente a la corrección de las disfunciones administrativas, y puede venir a anular un acto del particular, sujeto al control administrativo”*¹⁰⁰⁵. El autor continúa apuntando que, en este sentido, es un acto de contaminación atmosférica causado por empresas que no ha obtenido licencia, debiendo ser desconstituído el acto material del particular que causó el daño ambiental, a pesar de que sea necesaria la participación del poder público, que dejó de ejercer su control de fiscalización.

En lo que concierne a la acción popular ambiental, conviene destacar la cuestión referente al pedimento y a la causa de pedir. Muchas veces, el pedimento se confunde con la finalidad de la acción, que, a su vez, implica poner fin a una controversia en razón de una actuación jurisdiccional. Este pedimento debe ser entendido como el objeto que es solicitado al Poder

independientemente de la obligación de reparar los daños causados”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. p. 97.

¹⁰⁰⁴ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. **Ação popular**: proteção do erário público, do patrimônio cultural e natural e do meio ambiente. São Paulo: RT, 1994. p. 109, indica las personas que, de forma general, componen el polo pasivo de la demanda. *“a) la persona jurídica de derecho público interno, y/o entidad de la Administración indirecta, pudiendo ser autarquía, sociedad de economía mixta, sociedad mutua de seguro, en la cual la Unión represente los asegurados ausentes; empresa pública; servicio social autónomo; institución o fundación con participación de capital público por lo menos en un cincuenta por ciento del patrimonio o ingresos anuales; empresa incorporada al ente político, personas jurídicas o entidades subvencionadas por las cajas públicas; b) los agentes que participaron directa o indirectamente del acto, por acción u omisión, autorizando, aprobando, ratificando, concurriendo, en fin, de algún modo, o dando ocasión, por omisión, para que el mismo se produjera y, por consiguiente, para que se produjera la lesión: autoridades, funcionarios, administradores y también el responsable por la evaluación inexacta, si fuera el caso; c) los beneficiarios directos del acto o de la omisión culposa”*.

¹⁰⁰⁵ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 168.

Judicial, pudiendo ser inmediato cuando se refiere a la providencia judicial pleiteada; es decir, a la condena, declaración, constitución, ejecución, etc., o mediato, que sería más una visión del derecho subjetivo del bien de la vida anhelado, es decir, el dinero, la cosa, la desconstitución del acto, entre otros.¹⁰⁰⁶ Por tanto, considerando la característica de la acción popular ambiental, el pedimento inmediato tiene naturaleza desconstitutiva-condenatoria; el mediato, la no permanencia del acto lesivo a los bienes de naturaleza pública y difusa. Así, se solicita la supresión del acto que causará¹⁰⁰⁷, causa o causó la lesión ambiental, desconstituyendo y condenando el demandando a restablecer el *status quo ante* que podrá implicar una indemnización en especie, a través del instituto de la responsabilidad civil.

La causa de pedir son los hechos y los fundamentos jurídicos del pedimento que *“no significan nada más que la descripción clara y precisa del acontecimiento que fue razón de ser de la demanda y de la categorización jurídica de ese mismo acontecimiento”*.¹⁰⁰⁸ Sin embargo, no podemos olvidarnos que en la acción popular ambiental, la causa de pedir está fundamentada en el derecho subjetivo que hace posible la protección de un acto lesivo al bien de la colectividad. Sin embargo, MORATO LEITE recuerda la duda doctrinal en cuanto a la causa de pedir que debe caracterizar la lesividad conjuntamente con la ilegalidad, o si la primera ya engloba la segunda. Así, señala que *“En la hipótesis de demanda popular de naturaleza pública, strito senso, a lo que parece, en la mayoría de los casos, hay que demostrar en la causa de pedir esta doble incidencia, lesividad e ilegalidad. Ya que se trata de un bien de naturaleza difusa, se cree que sólo existe la necesidad de demostrar el acto lesivo, pues este de pedir sí se caracterizaría como un acto ilegítimo, considerando que el bien protegido no tiene titular exclusivo y es de responsabilidad solidaria de la colectividad, dificultando*

¹⁰⁰⁶ CARVALHO, Milton Paulo de. **Do pedimento no processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992. p.92, define el pedimento como *“el contenido de la demanda, la pretensión procesal, el objeto litigioso del proceso, la aspiración del demandante, de que para aquella parcela de la realidad social que se contempla en la demanda y que está resultándole perjudicial, sea dada la solución conforme al derecho y según su modo de entender”*.

¹⁰⁰⁷ CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *op. cit.*, p. 61., defiende la posibilidad de la acción en razón de una lesión ambiental futura al sostener que: *“Se cuida, pues, un pedimento en un tiempo constitutivo, negativo y condenatorio, cabiendo recordar que también se admite el pedimento cautelar, para la hipótesis de lesión virtual o inminente”*.

¹⁰⁰⁸ CALMON DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 8, p.189.

mucho la prueba de la ilegalidad. Esta tiene relevancia a partir de la constatación de que muchas lesiones ambientales son independientes de un acto material del agente político y pueden ser actos practicados directamente por el particular".¹⁰⁰⁹ Y, en ese sentido, el citado autor ejemplifica con la posibilidad de un daño inminente en que no hay ilegalidad, sino amenaza de lesividad, como cuando los particulares firman un contrato de prestación de servicios con cláusula de que la parte contratada usará productos agrotóxicos prohibidos con respecto a la ejecución de su obligación, cuyas aplicaciones podrán causar contaminación atmosférica que perjudique la salud de la población. Así, **la simple amenaza de lesión ya caracterizaría la causa de pedir**¹⁰¹⁰.

En ese sentido, valiéndose de la acción ambiental individual resultante de los derechos de vecindad ambiental, entendemos que el individuo, incluso cuando aún no haya resultado lesionado, podría valerse de una inminencia de producción de daño ambiental, a través de una solicitud liminar, para promover la respectiva acción. Por consiguiente, el pedimento deja de enfocar la noción clásica del instituto de la responsabilidad civil, eso es, el de la reparación, para implicar una obligación de no hacer, cuyo propósito es tan sólo el de prevenir (óptica preventiva) la práctica del acto o la amenaza del acto capaz de causar el daño, aplicándose el principio de la prevención (capítulo I). Actuando de esta forma, incluso en interés estrictamente particular, el individuo actúa en consonancia con los intereses de la colectividad, intentando proporcionar un tratamiento adecuado a un bien que pertenece a todos anónima e indivisiblemente.

Finalmente, conviene examinar los efectos condenatorios de la acción popular ambiental. La citada demanda goza de una doble naturaleza jurídica, por tanto la procedencia implicará la supresión del acto lesivo y la condena del

¹⁰⁰⁹ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 173.

¹⁰¹⁰ En el Derecho Brasileño, es admisible la tutela liminar en la demanda liminar, pues en conformidad con el par. 4., artículo 5 de la Ley 4.717, de 1965, "*En la defensa del patrimonio público cabrá suspensión liminar del acto lesivo impugnado*". PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal** *op. cit.* p. 542. Por tanto, la previsión se extiende a la protección del bien de naturaleza pública y difusa, atribuyendo al juez un medio cautelar como forma de prevenir actos o amenaza de actos capaces de lesionar bienes de la colectividad. A tal efecto, se exige que el autor pruebe solamente el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*.

demandado al pago de las pérdidas y de los daños; es decir, la procedencia de la acción confirma la producción de la lesión ambiental y, por corolario, condena al causador a recomponer el bien lesionado¹⁰¹¹.

Tal y como hemos analizado ampliamente en el presente trabajo, la condena obligará al demandado a la restitución del bien *status quo ante*, a través de la acción de ejecución de hacer o no hacer (cuando el contaminador causador deberá dejar de hacer), y si no fuera posible ejercitar esta, mediante un resarcimiento pecuniario, observándose que la supresión del acto es automática, pero la condena depende de la ejecución forzada para su realización. Por tanto, la acción popular ambiental podrá generar una responsabilidad civil por daño ambiental que, aunque no siendo preventiva será reparativa *in natura* o en especie.

Por analogía, en la acción individual fundamentada en los derechos de vecindad, entendemos que, por regla general, resultará la condena en especie, abarcando los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, sin perjuicio de que también se deba aplicar al causador del daño una obligación de hacer o no hacer. Sin embargo, aunque se admitiera la referida acción en razón de la producción de un daño inminente y aunque no se hubiera producido una lesión al patrimonio de la víctima, cabría indemnización por la eventual lesión extrapatrimonial, además de que el inminente causador pase al polo pasivo de una obligación de no hacer.

¹⁰¹¹ Ley nr. 4.717/65 – De la Acción Popular: artículo 11: “La sentencia que, juzgando proceda de acción popular, decreta la invalidez del acto impugnado, condenará al pago de las pérdidas y los daños a los responsables por su práctica y a los beneficiarios del mismo, poniendo de manifiesto la acción regresiva contra los funcionarios causadores del daño, cuando incurran en culpa”. PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). *op. cit.*, p. 543.

6 CONCLUSIONES BAJO LA TEMÁTICA

La dinamicidad de la sociedad contemporánea ha dado lugar a descubrir el umbral de un mundo nuevo, abriéndose a una nueva perspectiva de la vida en la medida en que tiene presente las innovaciones que han supuesto los avances de la ciencia en las varias actividades humanas. El paso hacia el nuevo milenio implica enfrentarse a los nuevos desafíos que derivan del avance de las ciencias naturales, de la economía globalizada y de la debilidad del ordenamiento jurídico para armonizar las dificultades que emergen de las nuevas situaciones. El hombre *“comienza a ser considerado como un ser cósmico, planetario, social e individual, despertando una nueva era de conocimientos y desafíos”*¹⁰¹².

En el marco de estas dificultades, producto de esta nueva realidad, se ubica el escenario ambiental. El momento actual que vive la sociedad exige otro comportamiento tanto en la producción como en el consumo, a pesar de la

¹⁰¹² SÉGUIN. Elida. **O Direito Ambiental**: Nossa Casa Planetária. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. XV.

limitación de los recursos naturales y de las exigencias impuestas por la sociedad industrial. El Planeta Tierra está enfermo. Se encuentra sometido a un ritmo acelerado. La búsqueda de la preservación del medio ambiente nunca ha estado tan presente en la sociedad. No se trata de un movimiento pasajero o modismo, ya que donde haya seres humanos habrá impactos causados al medio ambiente. El examen de la denominada libre competencia y el secular principio de la autonomía de la voluntad de la sociedad contemporánea hacen referencia al incentivo de un desarrollo no sólo económico y social, sino totalmente insostenible bajo el enfoque ambiental. El medio ambiente ha sido utilizado de manera antidemocrática y claramente lesiva a las visiones transfronterizas e intergeneracionales. El uso abusivo de los recursos naturales se encuentra inserto en diferentes y convergentes contextos: sociales, económicos, políticos, entre otros, que no pueden ser despreciados a la hora de construir la defensa jurídica de los intereses de la colectividad. Así, *“de la denominación y transformación de la naturaleza resulta que el jurista emprenda la tarea nada fácil de comprender lo público en la perspectiva de lo privado, lo privado en lo público, la sociedad en el Estado y el Estado en la sociedad, La economía en la ecología, coordinando las manifestaciones antes presentadas de forma segmentada”*¹⁰¹³.

El contexto de la sociedad contemporánea y el consiguiente desarrollo de las legislaciones, que tienen como objetivo el de regular la protección del medio ambiente en los textos constitucionales del mundo, implica estudiar el fenómeno de la preservación ambiental como un nuevo desafío. Respetando el momento histórico, la *“sociedad contemporánea ya no vive el dilema de los años 50: Socialismo o Barbarie, sino otro dilema: Sostenibilidad o Barbarie”*¹⁰¹⁴.

Resulta sorprendente ver al hombre preocupado por la cultura y el mercado precisamente por aquello que él mismo produce intensivamente para sí. El hombre está ‘cosificado’ y está dejando (o ya dejó) de ser dueño de su

¹⁰¹³ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 212.

¹⁰¹⁴ PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. En: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002. p. 691.

propio destino, de su propia cultura y, consecuentemente, de su propio medio ambiente. No obstante, esa paradoja no es resultado sólo del desarrollo de la ciencia y de la tecnología, sino también de los límites de la organización social y política de los hombres en torno a esa tecnología y ciencia y de la consiguiente producción económica llevada al extremo en el momento de que rebasa la capacidad de las relaciones sociales mercantiles que la originaron. El pensamiento conservador admite que un mayor desarrollo científico-tecnológico superará esa crítica situación, pero olvidando la necesidad de los cambios de organización social de la producción. Esa organización presupone un sistema positivo de normas jurídicas realizadas mediante la fuerza impositiva del Estado, expresión de las fuerzas hegemónicas de la sociedad, que asegura un relativo equilibrio entre los segmentos sociales conflictivos e incluso antagónicos. Por ello, es difícil tener una perfecta ecuación entre los intereses del capital y los intereses ambientales. Se abre, aquí, un conflicto que solamente podrá ser dirimido con la actuación y movilización permanente de toda la sociedad. De eso es necesario tener conciencia crítica y, en función de esta conciencia, la ciudadanía ambiental debe ejercitar, democráticamente, las prácticas sociopolíticas compatibles con la transformación de la orientación productiva global y de las relaciones sociales responsables de la apropiación privada de las riquezas del mundo.

Una nueva comprensión holística de los fenómenos naturales y sociales, así como de las relaciones y de las interacciones medioambientales y de la sociedad, conduce a la humanidad a revisar su posicionamiento ante el medio en el que vive y en el que se inserta, aun cuando esa búsqueda sea tardía y lenta. El ser humano ya es consciente de su dependencia de la biosfera y de la necesidad de relacionarse armoniosamente con ella. En ese contexto, se inserta el Derecho, que tiene como objetivo primordial, mediante sus ordenamientos y sanciones, estudiar y visualizar las formas más eficaces y los medios más adecuados de ordenar y organizar la sociedad, dando a sus miembros la seguridad indispensable para la convivencia social armoniosa, incluyendo ahí, necesariamente, una indispensable relación saludable con el medio ambiente.

En esa visión, considerando el papel ejercido por el Derecho en la sociedad contemporánea, cabe observar que *“la responsabilidad es el corolario necesario de un derecho”*¹⁰¹⁵, siendo las sanciones derivadas de las normas jurídicas, las piedras fundamentales de todo derecho. Sin ellas, la ley estaría muerta en la medida en que delinquir no conllevaría ninguna punición. Por tanto, se pone de manifiesto que las responsabilidades y las sanciones creadas, reguladas y sancionadas por el derecho son, en principio, instrumentos capaces de ordenar la sociedad de manera estable y hacerla respetar, tratando de suplir su nueva necesidad fundamental: relacionarse de forma armoniosa con el medio ambiente.

Conviene hacer aquí una precisión: por ser una rama nueva del Derecho, el Derecho Ambiental (responsabilidades y sanciones) está todavía erigiendo sus bases científicas y filosóficas. Así, se sirve de conceptos y reglas procedentes de otras Ramas del conocimiento jurídico, como la teoría clásica de la responsabilidad procedente del Derecho Civil y del Derecho Penal. Por tanto, *“Nuevas teorías hacen que surjan nuevas formas de entrever viejas verdades. Nuevos Derechos despuntan para acompañar la evolución científica. Entre ellos el Derecho Ambiental, regulando la relación del hombre con el medio en el que vive y que legará para las generaciones futuras”*¹⁰¹⁶. Sin embargo, el Derecho Ambiental pone de manifiesto una gama de discusiones que van más allá de su materialidad, que no se resuelven sólo en la esfera procesal, ya que es tratado como un hito epistemológico de la propia ciencia que apunta hacia un nuevo horizonte de reflexión jurídica. Para estudiar el medio ambiente, se parte de una visión sistemática e interdisciplinar en la medida en que el tema abarca todas las áreas del conocimiento humano. Por consiguiente, es indudable la importancia del estudio en la óptica del Derecho constitucional. Considerando que la dimensión objetiva de las Constituciones se concreta en acciones del poder público, la articulación de un verdadero derecho subjetivo (medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona) implica interrogantes y dificultades de articulación del medio ambiente con los

¹⁰¹⁵ Transcripción de la sentencia pronunciada en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Espanha versus Bélgica), 2ª. fase, CIJ n. 3, *apud* RAMOS PEREIRA, Luís César. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional**: a saga da responsabilidade internacional do Estado. São Paulo: Ed. LTR, 2000, p. 116.

¹⁰¹⁶ SÉGUIN. Elida. *op. cit.*, p. XVI.

demás intereses protegidos en las Constituciones y en la estructura infraconstitucional del Derecho. En este sentido, CANOSA USERA, cuando se ocupa del Derecho ambiental en la perspectiva Constitucional, sustenta que se trata de una rama *“...de contenido incierto, de estructura abierta, cuya regulación es acuciante porque no basta la disposición constitucional para su plena satisfacción”*¹⁰¹⁷.

Tratándose la cuestión bajo la óptica constitucional, cabe observar que el medio ambiente y las generaciones futuras se convierten en beneficiarios autónomos de los resultados procedentes de obligaciones comunitarias y solidarias, compartidas entre todos los miembros titulares de ese interés público relacionado con la protección del ambiente, que no es un interés que pueda ser distribuido o individualizado. Aquí, se destaca una innovación con respecto a la teoría clásica del Derecho ambiental en la medida en que ésta trata de un interés que está relacionado con la posibilidad de disponibilidad directa e individualizada de titulares. Se tiene un interés relacionado con la protección del bien ambiental de forma que el contenido del derecho fundamental está relacionado no con la disponibilidad del titular, tradicionalmente concebida como la noción de interés, sino directamente con la protección de los beneficiarios, implicando una auténtica inversión en el sistemática liberal de la teoría clásica de los derechos.

La organización de los sistemas jurídicos de protección al medio ambiente en las sociedades contemporáneas – que son auténticas sociedades de riesgo -, se encuentra con grave dificultades dogmáticas que pasan inmediatamente por la cuestión de su concreción ante una nueva relación de choque que se establece entre la protección de los derechos humanos típicos (derechos de la persona humana) y de los nuevos derechos fundamentales que derivan de las necesidades ecológicas (derechos fundamentales biodifusos). Paralelamente a ese sistema de protección de los derechos humanos relacionados con los intereses biodifusos, surge el principio de la

¹⁰¹⁷ CANOSA USERA, Raúl. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2000. p. 18.

obligatoriedad de la intervención estatal como exigencia del cumplimiento de los deberes fundamentales¹⁰¹⁸.

Conviene recordar que el elenco de los derechos humanos que contemplan las Constituciones del mundo incorporan conceptos evolutivos que han requerido una interpretación esencialmente dinámica, de modo que los tratados acerca de los derechos humanos han sido considerados como instrumentos vivos. Cançado Trinidad, cuando trata de la dimensión temporal presente en la propia concepción de los diversos instrumentos de derechos humanos, apunta que *“el sentido de las disposiciones de los tratados acerca de los derechos humanos ha evolucionado en la medida en que ha intentado dar respuesta a las modificaciones de las condiciones sociales; y hay que continuar teniendo en cuenta, el rumbo de los cambios sociales generales, en un proceso esencialmente dinámico de evolución del derecho internacional de los derechos humanos a través de la interpretación”*¹⁰¹⁹.

Además, considerando la necesidad de coordinación de los tipos de intereses y necesidades diferenciados y complejos de la protección del medio ambiente en una sociedad de riesgo, surge el Derecho ambiental como una rama jurídica contemporánea que, por regla, actúa incidiendo sobre las realidades que solamente son cognoscibles ante las calidades de seguridad y certeza científica; es decir, también como informadores de los paradigmas clásicos del Derecho. En la medida en que el Derecho ambiental tiene dificultad de hacer efectivo el principio de la prevención (certeza científica del daño), se potencia aún más la dificultad de efectivación del Derecho ambiental cuando se trata de la cuestión de prevención. Es en ese sentido donde la protección jurídica del ambiente en las sociedades de riesgo, *“revela toda la*

¹⁰¹⁸ ARAÚJO AYALA, Patryck de. Tempo ambiental, necessidades ecológicas e o princípio constitucional da proporcionalidade no Direito Brasileiro. En: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002. p. 649. Apunta el autor: *“Una marca de identidad de la organización de los sistemas jurídicos de protección del ambiente en las sociedades de riesgo, exige necesariamente la coordinación tensa y trágica de una composición de derechos y deberes, considerando datos y necesidades ecológicas, al lado de datos y necesidad de protección de la dignidad de la persona humana, en posición de isonomía e igual dignidad jurídica, que culminarán obligatoriamente en los problemas de decisión”*.

¹⁰¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 61.

*integridad y la pertinencia de la propuesta de la relación que puede establecerse con respecto a los interesantes problemas que destacan en el análisis dogmático del tiempo ambiental*¹⁰²⁰.

Limitándonos a la perspectiva de la presente temática, se ha estudiado el Derecho Ambiental y la incidencia del daño ambiental individual en la escala del interés transindividual. Como la teoría de la responsabilidad civil clásica se fundó a partir de una visión individualista del sujeto lesionado, resulta dificultoso y desafiante aplicarla a los nuevos conceptos derivados del Derecho Ambiental, tales como: intereses meta-individuales, difusos, colectivos. Resulta, pues, imprescindible, el reciclaje de los conocimientos de los operadores del Derecho que actúan con el Derecho Ambiental con el propósito de que se dirijan a una nueva conciencia jurídica. Por tanto, para desarrollar la temática en cuestión se ha observado el orden vertical del ordenamiento jurídico, desde el estudio de las dimensiones de los derechos humanos que conciben el orden constitucional hasta la ordenación de la legislación infraconstitucional en lo que se refiere a la responsabilidad civil ambiental.

Solamente abordando la evolución del Estado de Derecho se hace posible comprender, por parte de la comunidad de los juristas, una realidad tan interdisciplinaria como es la cuestión del medio ambiente. Y, es a partir de esta aproximación que hemos pretendido acercarnos a la evolución de los Derechos Humanos hasta llegar a los factores que han determinado y determinan la preocupación global para el medio ambiente. Hemos recordado que los Derechos Humanos han sido redefinidos en diferentes momentos históricos en conformidad con las exigencias y crisis que la sociedad ha experimentado en cada momento histórico determinado. Así, *“el Derecho Ambiental es el nuevo hito jurídico emancipatorio que permitirá la ampliación de la ciudadanía en el siglo XXI”*¹⁰²¹.

La disposición de tratar acerca del tema de los daños ambientales que se proyectan en los intereses transindividuales encuentra su fundamento en el

¹⁰²⁰ ARAÚJO AYALA, Patryck de. *op. cit.*, p. 650.

¹⁰²¹ PORTANOVA, Rogério. *op. cit.*, p. 690.

Principio número uno de la Declaración sobre el Medio Ambiente de la Asamblea de las Naciones Unidas, de Estocolmo, 1972: *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”*¹⁰²². De los reflejos sobre el enunciado contenido en el citado principio aparecen dos componentes importantes del nuevo derecho: una definición del derecho al medio ambiente y un vínculo entre medio ambiente y Derechos Humanos. Aquí, se constata, y es lo que se ha pretendido desarrollar en la presente investigación, la dimensión dinámica y moderna de ese nuevo derecho, especialmente contemplado en las Constituciones española y brasileña.

Así, se ha pretendido destacar la evolución de los Derechos Humanos, a partir de su primera dimensión, es decir, de los derechos civiles y políticos, vinculándose los derechos individuales a la libertad, a la propiedad, a la seguridad y a las diversas formas de opresión. Se trata de derechos caracterizados como fundamentales por la tradición de las instituciones político-jurídicas de la modernidad occidental, surgidos a lo largo de los siglos XVIII y XIX como expresión de un escenario histórico marcado por las ideas del iusnaturalismo secularizado. El Estado Liberal de Derecho, fundado en la promesa de la dominación de la naturaleza, no favoreció la protección ambiental. Basado en el liberalismo e inspirado en la teoría económica del *laissez-faire*, legitimó una incursión desmedida con relación al medio ambiente. Sin embargo, aún antes de su preanunciado fin, debido a los conflictos sociales provocados por las profundas desigualdades en el ámbito socioeconómico, empezaba a surgir una nueva concepción de la naturaleza, en el conjunto del movimiento que reclamaba una alternativa de representación estatal.

Surge, entonces, la segunda dimensión de los Derechos Humanos plasmados en los derechos sociales, económicos y culturales, derechos exigibles por el Estado y por el ciudadano. Son derechos fundados en los

¹⁰²² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *op. cit.*, p. 250.

principios de la igualdad, con alcance positivo, puesto que no son contra el Estado sino que confían la garantía y la concesión a todos los individuos por parte del poder público. Tales derechos – como el derecho al trabajo, a la salud, a la educación – tienen como sujeto pasivo al Estado. En la contextualización histórica de los citados derechos, están presentes el proceso de industrialización y las dificultades socioeconómicas que han marcado la sociedad industrial en las primeras décadas del siglo XX. La socialización alcanzó la política y el Derecho, ya que la libre iniciativa pregonada en la primera dimensión se consolidaba en la segunda dimensión, bajo el título de la generación de la riqueza a través de la explotación de los recursos naturales en la medida en que se difundía el mito de la inagotabilidad de los recursos naturales. El Estado Social de Derecho parecía contener los atributos suficientes para una eficaz tutela del medio ambiente, cuanto más se consideraban los derechos colectivos como uno de sus elementos impulsores. Sin embargo, perdido en los exacerbados debates entre las fuerzas económicas y políticas quedó confinado a la posición de mero Estado asistencial. Además, a pesar de su actuación social, no consiguió librarse del liberalismo, permitiendo un crecimiento económico inconmensurable. Tales disfunciones posibilitaron una propagación de los daños ambientales sin precedentes.

Así, como consecuencia de esa evolución, que no es más que una exigencia del propio hombre, surgió la tercera dimensión de los Derechos Humanos, referidos a la solidaridad y a la fraternidad. Surgió el Estado Democrático de Derecho, fruto de la crisis del capitalismo y de los movimientos sociales y trajo consigo la preocupación política y jurídica por el medio ambiente, hasta el punto de que, por ser un modelo abierto (lo que permite su constante actualización conceptual y dogmática), deba ser concebido como un Estado de derecho, constitucional, democrático, social y ambiental. Por consiguiente, la concreción de la vertiente ambiental del Estado contemporáneo va más allá, de forma mínima, de su inclusión de los diversos textos constitucionales del mundo que fueron concebidos a partir de la década de los setenta (véase la Constitución española y la Constitución Brasileña). Así, Mercedes Franco Del Pozo, cuando aborda los derechos de tercera generación, apunta que *“los principios sobre los que se basan (indivisibilidad,*

*interdependencia y solidaridad), los problemas y evidencias que han propiciado la aparición del derecho humano a un medio ambiente saludable, y su plasmación, centrándonos en el plano internacional, en distintos textos legales*¹⁰²³.

Puesto que el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado está inscrito en esta dimensión, se trata de un tipo de “*derechos meta-individuales, derechos colectivos y difusos, derechos de solidaridad. La nota característica de esos derechos ‘nuevos’ es la de que su titular ya no es el hombre individual (tampoco regulan las relaciones entre los individuos y el Estado), sino ahora lo que concierne a la protección de categorías el grupos de personas (familia, pueblo, nación), y no se encuadran ni en lo público ni en lo privado*”¹⁰²⁴. La emergencia y la profundización de los intereses transindividuales recoloca, bajo nuevas bases, el debate acerca de una dicotomía entre el derecho estatal y el derecho social. El derecho estatal comienza a enfrentarse con intereses de colectividades determinadas o no, abriendo éste en una nueva vertiente, que maximiza la relación entre el orden jurídico estatal y las normas jurídicas sociales, siendo estas especialmente de rasgo comunitario, de vínculo y de colaboración, características propias del Derecho social. El planteamiento de esas cuestiones alcanza su mayor exponente con la aparición de los intereses transindividuales, concretamente los intereses difusos vinculados a la idea de una sana calidad de vida y, en su concepto más amplio, al medio ambiente, considerándose que éste debe siempre protegerse en relación al sistema ambiental, así como a su aprovechamiento para uso del ser humano. Como muestra, basta la (re)lectura de otros derechos ya clásicos, como el derecho a la salud, en el sentido de que ya no hay lugar para individualidades exclusivas.

¹⁰²³ FRANCO DEL POZO, Mercedes. **El derecho humano a un medio ambiente adecuado**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000. (Cadernos de Derechos Humanos, n.8), p. 9.

¹⁰²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *op. cit.*, pp. 7-8. Subraya el autor: “*Al reconocer los derechos de tercera dimensión, es posible percibir posiciones diversas entre los autores brasileños: a) Interpretación envolvente acerca de los derechos de solidaridad o fraternidad (Lafer, Bonavides, Bendin, Sarlet): se incluyen aquí los derechos relacionados con el desarrollo, la paz, la autodeterminación de los pueblos, el medio ambiente sano, la calidad de vida, el derecho de comunicación etc.; b) interpretación específica acerca de los derechos transindividuales etc.; (Oliveira Jr.) se reúnen los derechos de titularidad colectiva y difusa, adquiriendo importancia el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor*”.

En este sentido, merece una breve reflexión el Derecho ambiental internacional, como depositario de la tercera generación de los Derechos Humanos: una primera línea de expansión afecta las formas o modalidades de la responsabilidad de los Estados. Así, junto con la figura clásica de la responsabilidad internacional derivada de la práctica de actos ilícitos, se ha delineado, gradualmente, la noción de responsabilidad internacional de los Estados por las consecuencias perjudiciales al medio ambiente en el que *“el protagonismo de los Estados ha experimentado así una tendencia a la ampliación, que se ha manifestado tanto en lo que respecta a la capacidad de responsabilidad pasiva como a la capacidad de responsabilidad activa. En relación al primer aspecto, hemos asistido a una expansión de los supuestos en los que el Estado puede encontrarse con que se le atribuye la conducta originaria de una violación o de un daño medioambiental internacional. Al hilo de la jurisprudencia reciente del Tribunal Internacional de Justicia, se ha ido abriendo camino la idea de que los Estados deben asumir la responsabilidad resultante de acciones de particulares que actúen con su autorización, dentro de su jurisdicción o bajo su control”*¹⁰²⁵. Por tanto, el interés público puede derivar de una conducta privada cuando el interés transindividual es soberano.

En ese Estado Democrático de Derecho (Estado Democrático Ambiental), el derecho individual excluyente (egoísta) cede lugar al compartir el derecho social, entendido éste en un sentido maximizado. El establecimiento de los intereses transindividuales, especialmente los del medio ambiente, permite que se hable de una integración conjunta entre estos intereses y la regulación normativa en los límites del orden jurídico estatal, imponiéndose una revisión de la idea del hombre poseedor de la naturaleza; es decir, destaca la interacción hombre-naturaleza. Hay una alteración de la relación individualista, prevista en los derechos clásicos tales como el derecho de propiedad, para que produzcan un nuevo vínculo basado en el compromiso común (función social). En el mismo sentido, debe replantearse el instituto de la responsabilidad civil cuando trata del daño ambiental individual. De ese modo, la planificación y la gestión del medio ambiente son compartidas entre el

¹⁰²⁵ JUSTE RUIZ, José. Tendencias actuales del derecho internacional y del medio ambiente. En: VALLE MUNIZ, José Manuel (Coord.). **La Protección Jurídica del Medio Ambiente**. Pamplona: Editorial Aranzadi SA , 1997, pp. 39-40.

Poder Público y la sociedad, ya que el medio ambiente, como fuente de recursos para el desarrollo de la humanidad, se eleva a un nivel maximizado dentro del rol de los denominados 'bienes comunes del pueblo'. Por tanto, un daño ambiental individual es un daño causado a un bien común del pueblo.

Con todo, la crisis ambiental plantea la necesidad de introducir reformas al Estado, incorporando normas en el comportamiento económico y produciendo técnicas para controlar los efectos contaminantes, tratando de resolver las externalidades sociales y ambientales generadas por la irracionalidad del capital. Las vías abiertas por las formulaciones innovadoras de los derechos ambientales no han obtenido, aún, el estatus de un paradigma nuevo en la medida en que todavía están entreabiertas las puertas de la reincorporación del modelo jurídico tradicional dominante (primera dimensión de los derechos humanos); es decir, como sucede con la indemnización por el daño ambiental en la que no puede excluirse la idea mercantil de reparar sólo al individuo.

El camino abierto por los derechos difusos propone un replanteamiento no sólo con relación a nuevos mecanismos que difieren de un derecho tradicional, sino también de una formulación jurídica asentada bajo nuevas bases, con aplicación efectiva. Así, por ejemplo, el estudio de los intereses difusos abarca más que una calidad geográfica o económica - perspectiva transfronteriza. Se debe replantear, también, la transformación sufrida por el Derecho en lo que se refiere a los aspectos procesales, a los mecanismos de refuerzo que apuntan al cumplimiento de normas. La incorporación constitucional de protección al medio ambiente y de promoción de la sana calidad de vida, se reducen, con respecto a la situación incipiente del Estado y genera un estado conflictivo entre los nuevos y los tradicionales derechos.

Así, en el orden de la evolución de los Derechos Humanos, dando especial énfasis a la tercera dimensión, citamos a HEGEL, cuando apunta que *“no es difícil ver que nuestro tiempo es de nacimiento y de paso hacia un nuevo período. El espíritu rompió con su mundo de existencia y representación*

y está a punto de sumergirse en el pasado, y (se dedica) a la tarea de su transformación. La frivolidad y el tedio que se propagan de lo que existe y el presentimiento indeterminado de lo desconocido son indicios de algo distinto que se aproxima. Ese desmoronamiento gradual es interrumpido por la aurora, que revela la claridad, la imagen del nuevo mundo”¹⁰²⁶.

La caracterización de tal información, ya estudiada por Hegel y citada por Habermas, centra la idea del conflicto acerca de la modernidad, que ya preocupaba al hombre de aquellos tiempos. Y ahora, ¿cuál es el destino del hombre cuando se encuentra con la velocidad de la información, la evolución del planeta, el medio ambiente para las futuras generaciones, el conflicto económico, la dimensión de los Derechos de la Bioética, de los Derechos Virtuales, de los Derechos Emergentes? Afirma Habermas: *“un presente que se comprende, a partir del horizonte de los nuevos tiempos, como la actualidad de la época más reciente, debe de reconstituir la ruptura con el pasado como una renovación continua”¹⁰²⁷.*

En ese contexto, Lenio Luiz Streck, citado por WOLKMER, apunta que *“mirando la inmensidad de su texto, obtenemos la nítida impresión de que algunas cosas tienen ‘nombre’; los juristas se limitan – cuando lo hacen – a apuntarlas con el dedo (...) ¡Parecen ‘significantes’ a la espera de significaciones! Esto sucede por la ausencia de una adecuada precomprensión, que es la condición para todos y cualquier método interpretativo”¹⁰²⁸.* Por esto, el presente tema se ha desarrollado bajo la óptica de la tercera dimensión de los derechos humanos, sin dejar de recordar la lección de que la comprensión implica una precomprensión que, a su vez, es prefigurada por una tradición determinada en que vive el intérprete y que modela sus prejuicios.

Con todo, en la medida en que se avanza en la conquista de salvaguardar los nuevos derechos y renovar los derechos tradicionales en la

¹⁰²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 10-11.

¹⁰²⁷ *Idem. Ibidem.* p. 11.

¹⁰²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2004. p. 337.

óptica del paradigma ambiental, el instituto de la responsabilidad civil resulta ser un significativo instrumento que se suma a la tarea de la preservación del medio ambiente. Por consiguiente, debe adecuarse y adaptarse a las necesidades exigidas por la complejidad del bien ambiental y de su protección. Se hace imperativo una relectura del derecho civil y la inclusión de la protección de los daños ambientales en la visión transindividual. Asimismo, en el contexto del derecho ambiental, deben apuntarse tres formas de tutela del medio ambiente: preventiva, represiva y reparativa. Aquí, conviene recordar lo que apunta María Del Carmen Sánchez –Fiera González: *“Sin embargo el carácter comunitario de los conflictos ambientales pugna con la comprensión individualista del sistema tradicional civil, pensado para resolver conflictos entre particulares. En este tema de lo individual y lo colectivo reside una de las mas mayores dificultades que en el ámbito privado encuentra la protección jurisdiccional preventiva del daño por alteraciones ambientales, dado que, dentro del marco ideológico liberal del Código Civil, dirigido a la protección de derechos subjetivos, la protección del medio ambiente parece encontrar el obstáculo de que no encajan claramente los conceptos de titularidad y legitimación, ni tampoco las situaciones tutelables son previamente delimitables sin una clara referencia a un concreto derecho subjetivo lesionado”*¹⁰²⁹.

El instituto de la responsabilidad civil evolucionó desde una característica de venganza privada para alcanzar el carácter del alejamiento de la idea de culpa, aun cuando continúe examinándose la responsabilidad subjetiva. El perjuicio debe ser reparado, incluso cuando se trate de un acto lícito. Como resultado de la idea de riesgo, la responsabilidad objetiva incide en la sociedad actual en razón de la peligrosidad de las actividades contemporáneas y en base a la posibilidad de que la víctima se quede sin ninguna reparación. Tratándose de la teoría objetiva, Aguiar Días apunta: *“no podemos, por ningún motivo, permitir que el derecho del individuo todopoderoso alcance, no a otro individuo, sino a toda la colectividad. En la doctrina del riesgo nítidamente democrática, no se llega jamás a la*

¹⁰²⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen. **La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S A. pp. 23-24.

*consecuencia de afirmar el principio, aparentemente individualista, sino, en esencia, de sentido opuesto, nítidamente autocrático, de que el derecho de uno puede perjudicar al otro, puede sobrepasar las rayas de la normalidad y hacer de su titular un pequeño monarca absoluto*¹⁰³⁰. Por tanto, no hay medios de exención para reparar daños en la medida en que la teoría objetiva surge como un medio para resolver cuestiones. Partiendo de la premisa de justicia, la víctima debe ser resarcida para que pueda mantenerse la equidad.

Bajo los lemas de justicia y de equidad, la doctrina concibió innumerables teorías para la exclusión de la responsabilidad, incluso con la creación de cláusulas que excluían o alejaban la responsabilidad como consecuencia del crecimiento industrial. No obstante, el progreso comercial e industrial no son limitadores de la reparación. La prioridad de la reparación a la víctima debe ser la directriz, con la ayuda legislativa en el sentido de eliminar el concepto de culpa y determinar la indemnización en cualquier caso, en aquellos casos en que se presente daño. Así, lo ideal sería un sistema que efectivamente permita a la víctima la reparación de su daño de la manera más rápida, tal y como ha desarrollado la teoría objetiva del riesgo, con mayor razón si tenemos presente la época tecnológica en que vivimos, en que los daños son más frecuentes. Así, ampliar las fronteras de la responsabilidad civil y trazar el perfil moderno y prospectivo para alcanzarlas, pautadas por la justicia y equidad, implica ir más allá de la culpa, sin excluirla, mientras tanto, avanzando más allá de la responsabilidad individual, sin descartarla¹⁰³¹.

A pesar de que la responsabilidad civil ejerza una función reparativa, la reparación se aplica bajo una perspectiva teleológica; es decir, la sanción se refleja sobre toda la sociedad, *“lo que nos lleva a concluir que el daño no repercute sólo en el patrimonio individual del individuo lesionado, ya que traduce una sanción que trata de obligar a otros individuos a abstenerse de realizar el mismo acto, en los mismos contextos de la sanción penal”*¹⁰³².

¹⁰³⁰ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

¹⁰³¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El Perfil de la Responsabilidad Civil al Finalizar el Siglo XX. *En*: KELEMANJER DE CARLUCCI, Aida. **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot SA, [s.d.]. p. 16.

¹⁰³² FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **A composição do dano em um modelo solidarista**. *En*: Ensaios sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade. HIRONAKA,

En este sentido hay que comprender el carácter pedagógico del instituto de la responsabilidad civil. Paulo Freire apunta que la educación es un proceso de metamorfosis social que deriva de la propia condición humana, permitiendo al hombre reflexionar sobre la propia existencia en el sentido de intentar de ser más, de descubrirse, de reflexionar sobre sí mismo¹⁰³³. En ese contexto, las leyes pretenden influir en el comportamiento humano, especialmente en aquellas acciones que conllevan una sanción, que tratan de obligar a que otros individuos se abstengan de la práctica de actos lesivos, como es el caso de la responsabilidad civil. Sin embargo, considerando que la previsión de consecuencias es inherente a todo el sistema, la función educativa no puede atribuirse exclusivamente a la responsabilidad civil. Este instituto puede ser uno de los factores, pero deben concebirse diversas acciones conjuntas que apunten al objetivo de la prevención de los daños. Cuando la materia es la protección del medio ambiente, se potencia su afirmación. Leonardo Boff subraya que *“para cuidar del planeta necesitamos todos pasar por una alfabetización ecológica y revisar nuestros hábitos de consumo. Hay que desarrollar una ética del cuidado”*¹⁰³⁴.

Bajo tal premisa, el hombre debe reflexionar sobre la libre iniciativa en la sociedad contemporánea. No es suficiente la mera elaboración de normas jurídicas para una sociedad incapaz de cumplirlas. Antes, resulta necesario construir una cultura global de respeto al medio ambiente, respeto a la vida y a los derechos intergeneracionales¹⁰³⁵ y esa construcción pasa por una profunda reeducación ambiental que gestione, *“simultáneamente, la posibilidad de apertura para que todos puedan participar en el debate sobre el futuro del Planeta, y así ejercer una ciudadanía ambiental, en la búsqueda de soluciones que posibiliten la convivencia social armoniosa, lo que implica,*

Giselda Maria Fernandes Novaes; _____. (coord.). Porto Alegre: Magister Editora, 2007. p. 280.

¹⁰³³ FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989, p. 27.

¹⁰³⁴ BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 134.

¹⁰³⁵ SILVA, Danny Monteiro da. Direito, Relações Internacionais e Meio Ambiente. In: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002. p.132.

necesariamente, una relación positiva entre la humanidad y el medio ambiente”

1036.

Tal vez la construcción de esta concienciación sea la gran contribución que debemos al orden jurídico, que ha dejado de limitarse a definir a quién pertenece un determinado bien o interés, aun cuando sea privado o público. Ahora se interesa por el control público de bienes o intereses que no pueden ser apropiados individualmente bajo pena de que estén perdidos para todos. Cabe recordar que incluyen los derechos de tercera generación que implican responsabilidades individuales y transindividuales.

Considerando que el principio del orden económico se concibe a través del respeto al medio ambiente, la libre iniciativa solamente puede ser practicada cuando se observan determinados parámetros. Aquí, conviene recordar que las normas jurídicas solamente son obedecidas si la sociedad percibe en ellas criterios de justicia y no sólo por el hecho de estar acompañadas de alguna sanción. Así, debe observarse el equilibrio entre la libre iniciativa de los hombres y sus derechos y deberes sociales, en la medida en que estos pueden presentar conflictos¹⁰³⁷, el Derecho debe buscar el equilibrio, hecho que caracteriza la responsabilidad civil.

Paralelamente, se observa que en el sistema globalizado en que vive el Planeta, el avance tecnológico de los medios de producción ha desarrollado la teoría objetiva de reparación de daños. La libre iniciativa remite a la práctica de actos rotulados como lícitos, es decir, reglas que impidan la práctica de actos ilícitos. Sin embargo, cuando se está ante actividades lícitas causadoras

¹⁰³⁶ Entre los diversos autores que sostienen una opinión semejante cabe destacar a CALVO CHARRO, María. **Sanciones Medioambientales**. Marcial Pons SA, Madrid, 1999, p. 191: Al tratar acerca de la educación ambiental, la autora escribe que “*Su importancia radica, pues, en constituir un método para prevenir las futuras infracciones, tanto administrativas como penales, que sobre el medio natural se pueden producir y que, en ocasiones, tienen su causa simplemente en una situación de desconocimiento. Medidas penales, administrativas y civiles de nada sirven si el respeto al medio ambiente y la modificación de las pautas de comportamiento, tanto individuales como colectivas, sobre el medio natural no se intentan previamente por el camino de una educación ambiental que capacite a las nuevas generaciones en esa necesaria toma de conciencia, les permita asumir los contenidos obligacionales cada vez más extensos y rigurosos y actuar de modo más decisivo y objetivo en una sociedad cada vez más participativa.*”

¹⁰³⁷ TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2 ed. Paris: Economica, 1989. p.23. Al disertar, el autor cita a Kant.

de daños, objeto de la responsabilidad objetiva, no siempre se vislumbra el carácter preventivo pedagógico ya que, para el futuro económico de la sociedad, estas actividades deben ponerse en práctica para, eventualmente, evitar poder causar daños. Por tanto, *“estamos ante una aparente paradoja: se tiene la impresión de que el Derecho trata de impedir la realización de actos lesivos, a la vista de sus consecuencias; por otro lado, tenemos normas que traducen signos de irresponsabilidad para quienes no detentan bienes y que puedan responder por el incumplimiento”*¹⁰³⁸. Análogamente, conviene recordar que los intereses poderosos, o grandes *lobbies*, trabajan a partir de una *“interpretación económica del Derecho de Daños”*¹⁰³⁹.

No obstante, la verdadera función de la responsabilidad civil es el mantenimiento del equilibrio roto, ya sea en la óptica de un daño individual o transindividual. En ese sentido, João Baptista Villela sostiene que *“en la teoría de la responsabilidad civil, lo que se intenta obtener, en último análisis, es la restauración de una igualdad destruida; cualquiera que sea el fundamento que se le dé – culpa o riesgo – es un resultado igualitario que se objetiva”*¹⁰⁴⁰.

En relación al pensamiento del instituto de la responsabilidad civil, cabe destacar a Caio Mario Da Silva Pereira: *“la evolución de la responsabilidad civil gravita en torno a la necesidad de auxiliar a la víctima, lo que ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a por delante de los códigos, en cuyos principios constrictores se encontraban el desarrollo y la aplicación de la buena justicia”*¹⁰⁴¹. Se busca un sistema de responsabilidad civil que tenga por objetivo una cantidad cada vez más pequeña de víctimas no resarcidas, tanto en la escala de la víctima individual o transindividualmente considerada, como en la proyección del daño individual sobre el transindividual. Es indudable que

¹⁰³⁸ FALAVIGNA, Maria Clara Osuan Diaz. *op. cit.*, p.286.

¹⁰³⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. La responsabilidad hacia el siglo XXI. En: CARLUCCI, Aisa Kemelmajer; CABANA LÓPEZ, Roberto M. **Derechos y garantías en el siglo XXI**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, [s.d.]. p. 121.

¹⁰⁴⁰ VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 22-1, 2ª. quinzena., nov. 1991, cad. 3:489-490.

¹⁰⁴¹ SILVA PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de Direito Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.3. p. 362. Como ejemplo, el autor escribe acerca del elemento de la culpa considerándolo como insuficiente para cubrir todo la gama de los daños resarcibles y apunta que *“fue preciso recurrir a otros medios técnicos, y aceptar, venciendo esta resistencias cotidianas, que en muchos casos el daño es reparable sin el fundamento de la culpa”*.

las técnicas de resarcimiento han hecho frente al aumento de los riesgos de los daños derivados del progreso tecnológico e industrial, *“transformando el daño individual sufrido por la víctima singular en un daño social difuso [...] se trata de reconstruir la entera estructura de la responsabilidad civil de tal manera que sea adecuada para atender a la nueva función de tutela de los intereses colectivos y difusos”*¹⁰⁴². Por tanto, en el momento de esa evolución contemporánea, se constata el derecho de alguien que ya no es víctima de daños, tanto en la visión del micro como del macro bien ambiental. Este carácter preventivo del acaecimiento de daños debe desarrollarse en el sistema de responsabilidad civil, paralelamente al espacio siempre ocupado por la reparación de los daños ya acaecidos.

Giselda Maria Fernandes Nuevas Hironaka apunta que *“hay un nuevo sistema que debe construirse, o, al menos, hay un sistema ya existente que exige transformación, pues las soluciones teóricas y jurisprudenciales hasta aquí desarrolladas, y a lo largo de toda la historia de la humanidad, se encuentran en crisis, exigiendo una revisión con relación al mantenimiento de lo justo. Se estructura, paulatinamente, un sistema de responsabilidad civil que ya no se sostiene sólo por los tradicionales pilares de la antijuridicidad, de la culpabilidad y del nexo de causalidad. Se organiza un sistema que no rechaza – como antes se rechazaba, por resultar absolutamente inaceptable – la existencia de un daño injusto, y por ello indemnizable, derivado de una conducta lícita. Se presenta, en la actualidad, un sistema de responsabilidad civil que ya no parte de la responsabilidad independientemente de la culpa de quienquiera que sea. Las preguntas que insisten en ocupar la mente del investigador y del observador social son: ¿Cuál es la efectiva razón de resarcir? ¿Cuál es el verdadero presupuesto del deber de indemnizar? ¿Cuál es el nuevo límite y contenido de la reparación? ¿Cuál es, entonces, el hito teórico de la responsabilidad civil, en este tiempo de los primeros inicios del nuevo milenio? Sobre eso se plantea lo que se denomina responsabilidad presupuesta, mientras una responsabilidad de nuevo perfil, se abre mediante un criterio que la fundamente y justifique,...es decir, un verdadero criterio de*

¹⁰⁴² CABANILLA SANCHEZ, Antonio. **La Reparación de los Daños ao Medio Ambiente**. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1996. pp. 48-49.

imputación de la responsabilidad sin culpa, elevado a la categoría de règle à valeur d'ordonnancement juridique"¹⁰⁴³.

En el Derecho contemporáneo, el pluralismo de fuentes, la multiplicidad de subsistemas puede dar la impresión de una asistematicidad que desemboca en una inseguridad jurídica. Debe establecerse un sistema estable para delimitar el campo de los argumentos permitidos y, paralelamente, flexible para mantenerse abierto a las modificaciones. Un Derecho sistematizadamente capaz de elaborar conceptos operativos, sustentados en todo el sistema y "*aptos para resolver problemas complejos de interacción*"¹⁰⁴⁴. La incidencia de un criterio sobre el instituto de la responsabilidad civil, especialmente en la esfera de la preservación ambiental, que esté dotado de cualidades suficientes que abarquen hipótesis dañosas, ya acaecidas o no, es un estudio desafiante para el Derecho¹⁰⁴⁵. Es indudable que la concepción principiológica de sustentación de esa reconstrucción sistemática debe tener una estrecha vinculación con la dignidad de la persona humana; es decir, con el elemento que es el sustentáculo de la construcción jurídica a través de sus fuentes: legal, doctrinal, jurisprudencial, entre otras. "*Todo exactamente para que el derecho, pensando en su génesis, cumpla su papel más extraordinario, el papel de responsable de la viabilidad de la justicia y de la paz social*"¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴³ FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. *En*: FERNANDES NOVAES HIRONAKA Giselda Maria; OSUNA DIAZ FALAVIGNA, Maria Clara (coord.). **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister Editora, 2007. pp. 150-151.

¹⁰⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo. Nuevos Paradigmas del Derecho Privado. *En*: KEMELMANJER DE CARLUCCI, Aida; LÓPEZ CABANA, Roberto M. **Derechos y garantías en el siglo XXI**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. p. 158.

¹⁰⁴⁵ La autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, en la p. 151 de la ya citada obra, aclara: "*No es simple encontrar un criterio así, que sea portador de calidades que le permitan posicionarse como un denominador común de variadas hipótesis dañosas, ya acaecidas o no, ni tampoco que sea un criterio que tenga calidades y atributos tan suficientes que puedan abarcar todas las hipótesis, sometiéndolas a su determinación de responsabilización. No es simple encontrar un criterio así, porque no se busca sólo un criterio tan general que pueda, bajo una calidad de mejor seguridad, constituirse en un fundamento esencial e intrínseco de un sistema de responsabilización futura. Pero se busca un criterio que pudiera, perfectamente, si se determina con respecto a estas intenciones y exigencias primordiales, cuales sean, que el número de víctimas de daños que no sean resarcidas fuese un número – cada vez y siempre – significativamente menor*".

¹⁰⁴⁶ *Idem. Ibidem.* pp. 151-152.

La crisis del sistema clásico de la responsabilidad civil exige una reflexión crítica que implique la elaboración de una revisión del instituto a través de la relectura de la propia historia de los pueblos, de la comunicación entre derecho y sociedad, de los hechos de la vida como factores de influencia del camino trillado por la esfera jurídica de la humanidad. En ese sentido, Milton Santos recuerda que la era de la globalización incide sobre la sociedad moderna y, en relación a la globalización, *“más de lo que cualquier otra antes de ella, exige una interpretación sistémica cuidadosa, que permita que cada cosa, natural o artificial, sea redefinida con relación al todo planetario”*¹⁰⁴⁷.

Partiendo de este contexto, en la cuestión de la responsabilidad civil ambiental, ¿qué es lo que se entiende por actividad peligrosa? El concepto no podrá ser cerrado y determinado, sino esencialmente dinámico, acompañando el estado de la técnica que el mundo globalizado vaya determinando. Actividades que actualmente se consideran peligrosas podrán dejar de ser así consideradas ante el perfeccionamiento de los medios preventivos aptos para evitar el daño. Paralelamente, determinadas actividades con relación a las cuales no existía, o no se identificaba el carácter de peligro, pueden llegar a ser caracterizadas como peligrosas por ser resultado de noticias técnicas de investigación o, incluso, a través del hallazgo de nexos reales con daños que, aparentemente, no guardan relación con la actividad determinada. Como corolario, el concepto variará en función del nivel de evolución técnica de una sociedad. Sin embargo, tratándose los daños ambientales en la óptica transfronteriza, se presenta otro desafío para el instituto de la responsabilidad civil, puesto que a pesar de que una actividad no sea considerada peligrosa por una determinada sociedad, puede que después, el ordenamiento jurídico que la regula, la califique como peligrosa para otra sociedad. Con todo, en el caso de que se produjera el daño, el mismo alcanzará una dimensión global.

Toda la temática vinculada al contexto general de la ciencia jurídica tiene como característica la de traer consigo las mismas preocupaciones y desafíos en orden a revelar cuál es el mejor camino que debería seguirse. No resulta diferente con relación al instituto de la responsabilidad civil,

¹⁰⁴⁷ SANTOS, Milton. **Por uma globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 171.

especialmente con respecto al ámbito de la cuestión ambiental. *“Obviamente, no hay cómo negar, que el instituto de la responsabilidad civil es un instituto que pertenece ancestralmente a la estructura general del derecho civil, y es parte de este sistema global de experiencias sociales unidas de modo pleno, coherente y dinámico. El movimiento propio de este sistema jurídico es responsable de la imposibilidad de su cierre en sí mismo, o de la cristalización de sus cometidos, principalmente con relación a algunos de sus principios y a algunos de sus valores históricamente inmutables. La renovación, pues, no perjudica la ordenación sistemática, sino que la revitaliza y le concede – o trata de concederle – una perenne adecuación a los nuevos deseos y a las nuevas necesidades, fruto de las exigencias de un nuevo tiempo, pero siempre bajo la misma tabla valorativa mayor que es la búsqueda, eternamente, de la realización de lo justo y de lo ecuánime¹⁰⁴⁸.*

En ese sentido, se determinan las dimensiones espacial (interés transfrontericio) y temporal (interés intergeneracional) del derecho ambiental bajo la visión de la dignidad de la persona humana. Se debe anhelar un criterio general de fundamento del régimen objetivo de responsabilidad civil, no buscándolo únicamente en la solución legal casuística, sino mediante un criterio que trate de atender también más eficientemente los derechos de las víctimas de daños, teniendo en cuenta los principios constitucionales de la solidaridad social y de la dignidad de la persona humana como resultantes de la tercera dimensión de los Derechos Humanos.

Conviene recordar que la dignidad de la persona humana constituye la ‘piedra basilar’ del sistema jurídico de los países civilizados, siendo su protección el objetivo mayor del Derecho. Es este principio el que debe orientar

¹⁰⁴⁸ FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. *op. cit.*, p. 157. Nas pp. 157-158, la autora continúa reflexionando: *“El fundamento y la justificación del instituto, así como el fundamento y la justificación de la propia ciencia del derecho, encuentran su base de sustentación y de reflexión en la clásica dicotomía de concepción filosófica del fenómeno jurídico que lo contempla, ora bajo las luces del jusnaturalismo, ora bajo la perspectiva del positivismo jurídico. Así, y si la sistematicidad es el principal argumento a favor de la cientificidad del conocimiento jurídico, como bien subraya Tércio Sampaio Ferraz, entre otros importantes jusfilósofos nacionales y extranjeros epistemológicamente el asunto se desarrolla a través de caminos divergentes entre sí, pero que, a diferencia de lo que se pueda imaginar, no hacen estéril ese ámbito de búsqueda del objeto de la investigación jurídica y de su cientificidad, sino que, por el contrario, constituyen un claro ejemplo del fortalecimiento filosófico de la ciencia jurídica”.*

la integración entre el orden nacional e internacional. La dignidad de la persona humana se sitúa en la cúspide de los derechos humanos y es el primer fundamento de todo el sistema constitucional donde la idea de dignidad se encuentra ínsita en cualquier ser humano, por el simple hecho de serlo, existiendo la posibilidad de una fácil identificación de la violación del principio en el caso concreto. Así, no hay ningún impedimento a su aplicación en la práctica social, además de que resulta posible registrar las violaciones reales contra la dignidad humana. En ese marco, es imprescindible que el poder jurisdiccional observe las normas y principios del sistema de los derechos humanos, teniendo muy presente los conflictos sociales y, por tanto, sin olvidar tampoco los conflictos individuales que repercuten en el ámbito social.

Los derechos humanos se caracterizan por su indivisibilidad, vinculada al concepto de dignidad de la persona humana. La indivisibilidad exige que todos los derechos previstos en las declaraciones sean respetados, tanto los políticos y civiles como los económicos, sociales y culturales; es decir, se toma como parámetro el conjunto de normas que deben respetarse en su integralidad para hacer posible la efectiva existencia de los derechos humanos. La interdependencia se refiere a los derechos humanos en especie, poniendo de manifiesto que *“sólo el reconocimiento integral de todos esos derechos puede asegurar la existencia real de cada de ellos, ya que sin la efectividad de goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales”*¹⁰⁴⁹, carentes de efectividad.

Además, una de las respuestas a la crisis del normativismo es la aplicación de una teoría hermenéutica que subraya la importancia de la comprensión del Derecho, ya que el tener presente sólo la norma, resultaba insuficiente. Por tanto, es necesario comprender el Derecho en el contexto de la sociedad, siendo la norma jurídica un deber formal. En ese sentido, a partir de los Derechos humanos y su incidencia sobre el ordenamiento constitucional e infraconstitucional, la *“hermenéutica es, por tanto, un intento de mantener la*

¹⁰⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Max Limonad, São Paulo, 1998. p. 79.

*estructura normativa ampliándola a sus fuentes de producción de sentido*¹⁰⁵⁰. Por consiguiente, es necesaria la aplicación de una noción más amplia, que considere e incluya reglas, principios, directrices políticas y una mayor participación de la sociedad. En ese particular, la búsqueda de la reparación del daño ambiental individual tiene fuerte implicación en el contexto social.

Conviene recordar, aquí, que las normas fundamentales del Derecho privado (léase 'responsabilidad civil') se encuentran contempladas en la Constitución, en los tratados, en las costumbres, en los códigos, en los principios, identificándose por ser susceptibles de argumentación jusfundamental, siempre derivadas de la generación de los Derechos Humanos que las orientan. Cumplen, pues, una función 'fundante', puesto que originan normas que derivan de las nuevas dentro del ordenamiento jurídico. Como tal, tienen también una función interpretativa porque sirven para orientarse en la interpretación adecuada a los fundamentos del Derecho privado. En ese particular, también *"tienen una función integradora, ya que son un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento jurídico"*¹⁰⁵¹. Y, conectando el contenido del Derecho Privado con el Derecho Ambiental, puede constatarse que la protección del medio ambiente se manifiesta como un principio informador de la política social y económica, *"de la creación legislativa y de la interpretación del Derecho objetivo"*¹⁰⁵² que, a su vez implica los valores de la dignidad de la persona humana.

Debe recorrerse el camino hacia una responsabilidad universal por el bien de las futuras generaciones. Por tanto, la efectividad de la responsabilidad civil se distanciaría de los actuales padrones de reparación. Por consiguiente, es necesaria una alteración de conducta. Sin embargo, el pensamiento moderno busca el dominio sobre el entorno para poder modificarlo. A la vez en el que la humanidad adquiere tecnologías, también profundiza en responsabilidades. En ese particular, debe establecerse una conexión entre el daño extrapatrimonial ambiental y el derecho de la personalidad, partiendo de

¹⁰⁵⁰ SEVERO ROCHA, Leonel. **Epistemología Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p.187.

¹⁰⁵¹ LORENZETTI, RICARDO. *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁵² MORENO TRUJILLO, Eulália. **La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro**. Barcelona: Bosch Editor, 1991. p. 323.

que se trata de una configuración de *numerus apertus* y susceptible de nuevos desdoblamientos. Así, *“la protección jurídica del medio ambiente tiene una doble valencia, que abarca un derecho del hombre y de la capacidad de mantenimiento del ecosistema. Se trata de una visión antropocéntrica amplia y ligada al derecho de la personalidad, dado que se refiere a la calidad de vida de la colectividad. Se ha observado que el derecho al ambiente funciona como un bien instrumental al desarrollo de la personalidad humana”*¹⁰⁵³.

Ante los conflictos de intereses inherentes al modelo de la humanidad contemporánea, la efectivación de la esencia preventiva del derecho ambiental es un ideal que debe lograrse, pero a corto o a medio plazo, ya que a largo plazo pondría en riesgo la existencia de la humanidad en razón de la velocidad del crecimiento poblacional y del desgaste de los recursos ambientales que son finitos. En ese sentido, cabe a los operadores del derecho poner en práctica los dictámenes de la moderna legislación ambiental, imbuidos del espíritu conservador de la humanidad, y no conservador de un derecho en crisis. Por tanto, los derechos tradicionales deben entenderse a la luz de los nuevos derechos.

Es así como, el tradicional derecho de propiedad pasa de individualista e ilimitado (primera generación) a la propiedad vinculada a una función social (segunda generación) y, finalmente, debe incorporar los valores ambientales, integrando su contenido también una función ambiental (tercera generación). En ese sentido, Santiago Guerra Filho apunta las dimensiones de los Derechos Humanos, dado que los derechos preexistentes adquieren nuevas dimensiones a partir de la aparición de nuevos derechos. Más importante es que los derechos que surgen en una determinada dimensión, cuando aparecen en un orden jurídico que ya trae derechos de la dimensión sucesiva, asume una nueva dimensión, ya que los derechos de generaciones más recientes se convierten en un presupuesto para que puedan entenderse de forma más adecuada –y, consecuentemente también, para que puedan realizarse mejor-. Así, por ejemplo, el derecho individual de propiedad, en el contexto en que se reconoce la segunda dimensión de los Derechos humanos,

¹⁰⁵³ MORATO LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 321.

sólo puede ejercerse observando su función social, y con la aparición de la tercera dimensión, observando igualmente su función ambiental¹⁰⁵⁴.

En la estela de la socialización de las relaciones jurídicas y del instituto de la responsabilidad civil, la *“objetivación de la responsabilidad demuestra una tendencia socializadora del derecho, considerando el interés social en que se involucra el hecho de la indemnización. Se trata de la responsabilización por riesgo de la actividad de una justicia distributiva, dado que es justo que el agente que desarrolla una actividad peligrosa para la sociedad y que de ella saca beneficio, soporte también las lesiones que causa”*¹⁰⁵⁵.

Conviene recordar aquí, la publicización de las relaciones de derecho privado en razón de la constitucionalización de las relaciones eminentemente privadas como instrumento que trata de dar coherencia al sistema jurídico civil. Por otro lado, Herman Benjamin apunta que a través de la *“constitucionalización sustituimos el paradigma de la legalidad ambiental por el paradigma de la constitucionalidad ambiental, donde la constitucionalidad toma el lugar de la legalidad en su función de vehículo y salvaguardia de valores esenciales, firmándose, a partir de ahí, (...) un orden público ambiental constitucionalizado”*¹⁰⁵⁶. Una importante ventaja de cuño formal, que deriva de la constitucionalidad, es la de que se permite la constitucionalidad de los actos normativos infraconstitucionales. Continúa el autor: *“y tal conformidad con las calidades constitucionales no se satisface sólo con la actuación positiva de acuerdo con la constitución. Exige más, pues omitir la aplicación de normas constitucionales, cuando la Constitución así lo determina, constituye también una conducta inconstitucional. En aquel caso, tenemos la inconstitucionalidad por acción; en éste, por omisión, tanto por dejarse de practicar un acto legislativo, como por la displicencia en la afirmación del acto ejecutivo (...) Por último, la norma constitucional, especialmente en países con firme tradición*

¹⁰⁵⁴ SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 40.

¹⁰⁵⁵ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, pp. 314-315.

¹⁰⁵⁶ HERMAN BENJAMIN, Antonio. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. *En: _____*.(org.) **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002. p.96.

*constitucional, es una poderosa herramienta exegética, siendo usada en lo cotidiano de la práctica administrativa o judicial; puede ser una verdadera guía para la buena comprensión de la norma infraconstitucional por jueces, administradores y otros destinatarios*¹⁰⁵⁷.

En el mismo sentido, el instituto de la responsabilidad civil debe continuamente renovarse, acompañando el proceso de evolución y transformación de los derechos, tratando de adecuarse a los nuevos derechos de orden social y ambiental incorporados en los ordenamientos jurídicos en cuyo vértice está el orden constitucionalizado. Como derecho generado en la primera dimensión de derechos, marcados por la concepción de libertad y autonomía del individuo, la responsabilidad civil, que estaba basada en un daño derivado de la culpa del agente, evolucionó hacia la teoría del riesgo de la actividad como objeto de reconceptuación, fruto de la funcionalidad social y ambiental de las instituciones jurídicas traídas por las dimensiones subsiguientes, que expanden la titularidad de los derechos al grupo social y al rol de los bienes protegidos, dentro de los cuales están los bienes ambientales. El Derecho contemporáneo se entiende como un Derecho calificado por una función social y ambiental. En la estela del raciocinio, el daño individual ambiental, estudiado en la primera dimensión a través de una visión privada, tiene relieve social cuando incide en las premisas de la tercera dimensión.

Análogamente, la idea del riesgo corre el riesgo de ser imprecisa para determinar los fundamentos de la responsabilidad civil ambiental en la medida en que su noción nació vinculada a una perspectiva limitada a los impactos de las actividades humanas en el medio ambiente, es decir, en la visión antropocéntrica, estaba vinculada al impacto sobre el patrimonio de un individuo, y dentro de los estrechos límites de su compromiso económico. La sociedad contemporánea presenta actividades humanas que conllevan una posibilidad lesiva inimaginable, motivando un fundamento más adecuado para

¹⁰⁵⁷ *Idem. Ibidem.* pp. 96-97. En la transcripción, el autor cita la obra de SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.p. 48. Na p. 97, continúa Herman Benjamin: *"Precisamente porque la protección constitucional del medio ambiente se sitúa en una posición elevada en la jerarquía de las normas, sirve de guía para la relectura del derecho positivo nacional y, concretamente, para equilibrar los intereses en conflicto"*.

la responsabilidad civil ambiental. La idea de riesgo, a pesar de su pretensión de hacer objetivas las situaciones en las que se puede imputar responsabilidad a alguien, parece no absorber toda la complejidad de los problemas ambientales contemporáneos.

Aquí, el problema adquiere otra dimensión: no se reduce solamente “a la definición clara de quién deba responder por el daño al medio ambiente, sino por qué debe responder”¹⁰⁵⁸. Hoy en día, es universalmente aceptada la responsabilidad en razón de una muerte global, haciendo posible que se sustente la efectividad de la responsabilidad civil ambiental independientemente de su positivación ya que la responsabilidad por los impactos ambientales negativos no surge en el plan de la conciencia individual, sino que deriva de una exigencia moral en razón de la necesidad de preservar las posibilidades de existencia de las generaciones presentes y futuras. Así, se confiere mayor nivel de legitimación al carácter solidario de la responsabilidad civil por daño ambiental.

Cuando se ocupa de la especificidad del daño ambiental, PRIEUR recuerda que “*Los fenómenos que afectan al medio natural se caracterizan por su complejidad. Pero es preciso, especialmente, poner de manifiesto los siguientes elementos que raramente se encuentran en los daños no ecológicos: las consecuencias dañosas de una lesión al medio ambiente son irreversibles (no se reconstituye un biotipo o una especie en vía de extinción), estando vinculadas al progreso tecnológico; la contaminación tiene efectos acumulativos y sinérgicos, que hacen que éstas se sumen y se acumulen, entre sí; la acumulación de daños a lo largo de una cadena alimentaría, puede tener consecuencias catastróficas (...); los efectos de los daños ecológicos pueden manifestarse mucho más allá de las proximidades vecinas (...); son daños colectivos por sus propias causas (pluralidad de autores, desarrollo industrial, concentración urbana) y sus efectos (costes sociales); son daños difusos en su manifestación (aire, radioactividad, contaminación de las aguas) y en el establecimiento del nexo de causalidad; tiene repercusión en la medida en que implica agresiones principalmente a un elemento natural y, por*

¹⁰⁵⁸OLIVIERA BARACHO JUNOR, José Alfredo. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 323.

traslación, a los derechos individuales".¹⁰⁵⁹ También se constata que los intereses difusos se explican y justifican con relación a los sujetos individuales y sus derechos, por "*consiguiente, cuando se habla de los derechos colectivos al final se está hablando de los individuos*"¹⁰⁶⁰. En el sentido inverso, en una vía de doble sentido, el daño ambiental, cuando es individual, tiene por traslación el interés bajo una óptica difusa. Es más: los intereses transindividuales se manifiestan y se expresan a través de las acciones o actuaciones de los sujetos individuales. Así, los intereses transindividuales "*tienen presentes, tanto al principio como al final, a los individuos y sus derechos*"¹⁰⁶¹.

Obviamente, para llevar a cabo el examen del daño ambiental, es necesario explorar la complejidad de los problemas ambientales que, conforme ya hemos citado, merecen un esfuerzo de imaginación y de perspicacia de los operadores del derecho. Observamos que, a la vez que las presentes generaciones disfrutan de un tipo de confort y de un conjunto de facilidades impensables para las generaciones pasadas, se aprecian también graves riesgos para la supervivencia de las futuras generaciones. Se trata de una adquisición perversa, la forma de producción de la impensable comodidad de hoy es la potencial responsable por el impensable desánimo de mañana en razón de los graves riesgos creados por el modelo de civilización contemporáneo.

Cabe añadir, también, que resultan relevantes los problemas de orden funcional e institucional en la cuestión del daño ambiental. En el plan funcional, porque tradicionalmente el instituto de la responsabilidad civil se ha concebido para solucionar hechos acaecidos de manera excepcional, fuera de una normalidad, cuando la sociedad contemporánea presenta los daños ambientales como rutinarios en las relaciones económicas y sociales en razón del riesgo; en el institucional, porque nos encontramos con Poderes Judiciales que, desestructurados e inoperantes para solucionar las disputas procedentes de un Estado Democrático Ambiental, aún no han logrado asimilar la

¹⁰⁵⁹ PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 3. ed. Paris: Dallz, 1996, p. 844.

¹⁰⁶⁰ LÓPEZ COLERA, Nicolás. **¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos**. Barcelona: Ariel, 2000, p. 107.

¹⁰⁶¹ *Idem. Ibidem.* p. 108.

relevancia del tema. Con todo, la responsabilidad civil ambiental debe ejercer una función social –función social de la responsabilidad civil en razón de su carácter de solidaridad–. La funcionalidad de los institutos jurídicos corresponde a una corriente de pensamiento en base a la cual, el jurista no debe afrontar la construcción del Derecho solamente a partir de su enfoque científico, dirigido exclusivamente a una estructuración sistémica de sus elementos constitutivos, sino ocuparse de investigar los resultados económicos y sociales de las construcciones dogmáticas que se hayan formulado.

La responsabilidad civil, especialmente la ambiental, en la estela del derecho de propiedad y del contrato, queda adscrita a seguir esa tendencia doctrinal, sobretodo porque encuentra respaldo en las disposiciones constitucionales aplicables en la sociabilidad como principio informador del derecho civil, resultante de la tercera dimensión de los derechos humanos. En palabras de Francisco Amaral: *“prestar al derecho una función social significa considerar que los intereses de la sociedad se superponen a los del individuo, sin que eso implique, necesariamente, la anulación de la persona humana, justificándose la acción del Estado por la necesidad de acabar con las injusticias sociales. Función social significa no individual, siendo criterio de valoración de situaciones jurídicas conexas al desarrollo de las actividades del orden económico. Su objetivo es el bien común, el bienestar económico colectivo. La idea de función social debe entenderse, por tanto, con relación al cuadro ideológico y sistemático en que se desarrolla, abriendo la discusión en torno a la posibilidad de que se realicen los intereses sociales, sin desprestigiar o eliminar los del individuo [...] el recurso a la función social demuestra la conciencia política jurídica en el hecho de que se realicen los intereses públicos de modo diverso a lo hecho hasta entonces, propuesto por la ciencia tradicional del derecho privado, liberal y capitalista”*¹⁰⁶².

En definitiva, la función social debe considerarse un principio general, una directiva más o menos flexible, una indicación programática que no colisione ni se convierta en ineficaz para los derechos subjetivos. Por el contrario, los orienta al respectivo ejercicio en la dirección más apropiada con

¹⁰⁶² AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5 ed. rev. , atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 367-368.

el bien común y la justicia social. No existe una argumentación diferente con respecto a que la función social de la responsabilidad civil, ya que se configura como un criterio de valoración de la determinación de la responsabilidad en materia ambiental, y constituye la única vertiente segura y capaz de hacer viable el servicio a los dictámenes de ciudadanía y justicia socioambientales en relación al fundamento de la obligación de indemnizar por daños ambientales.

En relación al proceso civil, los operadores del Derecho, dentro de un Poder Judicial lento e injusto, deben atreverse a romper con un instrumental teórico y procesal arraigado en viejas verdades que ignoran nuevos institutos como la función social. La injusticia no debe formar parte de la esencia de la naturaleza humana. Intrínseco al pensamiento humano, junto con el sentimiento de justicia, se encuentra la idea de que a cada acción corresponde una reacción. Así, para que se preserve el orden jurídico, resulta imprescindible mantener este equilibrio, protegiendo derechos y reprimiendo conductas contrarias al Derecho.

Por tanto, tratándose de un daño ambiental individual, considerando el carácter social del derecho contemporáneo, incluso cuando se trata de una acción propuesta para reparar interés individual, la intervención del Ministerio Fiscal debe ser, al menos, obligatoria para que se examine la conveniencia de proponer medidas colectivas (esfera administrativa, penal o incluso civil), puesto que el bien ambiental es de tutela pública. La premisa parte de la propia definición de daño ambiental. Conforme a lo que hemos venido presentando, el citado daño suele encontrarse en dos categorías distintas en razón de que el daño al medio ambiente atiende a la vertiente de la salud y a los bienes de las personas (microbien) y, paralelamente, al medio ambiente natural como tal (macrobien). GOMIS CATALÁ apunta que *“en el primer supuesto, el daño al medio ambiente se integra en la categoría de los denominados daños personales, patrimoniales o económicos, todos ellos sometidos al ámbito del Derecho privado. En el segundo supuesto, el daño al medio ambiente engloba lo que la doctrina ha denominado daño ecológico puro, ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconducen este tipo de daño a la*

esfera del Derecho público, donde cobran especial protagonismo la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal. No obstante, la especificidad del daño al medio ambiente exige superar la citada dicotomía Derecho público/Derecho privado puesto que, por una parte, sus límites no coinciden en todos los Estados, como lo revela un análisis comparado del concepto de propiedad privada y, por otra, los intereses que se pretenden proteger con la reparación del daño al medio ambiente – entendido en la doble vertiente apuntada – ni son públicos ni privados”¹⁰⁶³. Así, parece aconsejable aplicar el mismo régimen de protección al medio ambiente, sea micro o macro bien.

Conviene recordar que la tutela jurisdiccional ambiental reparativa individual, se puede verificar tomando en consideración los bienes y los intereses individuales o individuales homogéneos propios y reflejados en el medio ambiente (microbien) y, paralelamente, teniendo en cuenta los derechos subjetivos fundamentales, en relación a la protección del derecho fundamental al medio ambiente (macrobien). Cabe destacar que los bienes jurídico-ambientales parecen protegidos como forma de tutela de los intereses públicos, pero también como forma de tutela (como reflejo) de los intereses individuales, tanto el individual puro o los comunes a ciertos grupos de personas identificables. Así, a pesar de que la ley trate esencialmente de la protección del interés público ambiental, tutela, simultánea y específicamente también de los intereses individuales¹⁰⁶⁴. Por tanto, se utilizan las reglas del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil.

La acción del derecho de vecindad es un ejemplo característico de la primera hipótesis, pero también debe considerarse el mecanismo jurisdiccional como un medio indirecto de protección al medio ambiente, puesto que la demanda tiene como base un interés propio del individuo en el microbien ambiental y no en el bien ambiental difuso de la colectividad. Se trata de una forma restrictiva de protección jurídica, considerando que depende de una acción voluntaria del individuo, pero no puede negarse su contribución

¹⁰⁶³ GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Navarra: Ed. Aranzadi, 1998, p. 306.

¹⁰⁶⁴ SOUSA CUNHAL SENDIM. José de. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 39.

reflejada en esta tutela. MORATO LEITE apunta que *“de hecho, las innovaciones traídas por el bien ambiental han supuesto una remodelación del derecho de vecindad, que pasa de ser un mero instrumento ligado al derecho de propiedad para tener una repercusión más amplia, en áreas como la salud y la calidad de vida del individuo, con respecto al medio ambiente. Para la utilización de estas reglas civilistas, por tanto, conviene hacer una relectura, desvinculándose del antropocentrismo radical y utilizando conjuntamente todo el aparato legal ambiental”*¹⁰⁶⁵.

Además, bajo la óptica difusa, el ciudadano tiene la facultad de, a título individual, ejercer directamente el derecho fundamental al medio ambiente como un copartícipe y no sólo como un mero beneficiario en la protección jurisdiccional del bien ambiental. En ambas hipótesis, surge un derecho subjetivo fundamental del ambiente que es compatible con la autonomía del bien jurídico ambiental. En primer lugar, porque la protección del bien y del interés individual, incluso en la óptica del microbien, tiene carácter reflejo al bien y al interés difuso; en segundo lugar, porque el individuo tiene la facultad de exigir la protección del macrobien que, por vía refleja, le conduce a una sana calidad de vida, a la actual (generación presente) y a sus herederos (generaciones futuras), incluso cuando el interés es social.

En relación a la clasificación e identificación del daño ambiental, hay una bifurcación en su extensión; es decir, tanto patrimonial y/o extrapatrimonial. Se constata, por parte de los operadores del derecho, una apertura del daño moral por el hecho de residir en las molestias o incomodidades producidas por el deterioro del entorno ambiental, fundamentadas en un derecho a una calidad de vida o a una calidad ambiental como resultado de los derechos fundamentales clásicos (re)interpretados. La intimidad o la inviolabilidad del domicilio, por ejemplo, se consideran como tal. Análogamente a los derechos públicos, subjetivos, civiles, políticos, entre otros, se encuentran los derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión suprema es el derecho a la calidad ambiental. Además, en su concepción extrapatrimonial, el daño

¹⁰⁶⁵ MORATO LEITE, José Rubens. *op. cit.*, p. 315.

ambiental abarca una caracterización más incluyente y solidaria en la medida en que, simultáneamente, es un derecho individual (subjetivo) y transindividual (objetivo) al medio ambiente ecológicamente equilibrado, caracterizándose como una lesión a un derecho fundamental de todos. Por tanto, el lesionado puede ser alcanzado, simultáneamente, en su esfera individual y en su interés difuso. En un ambiente con aceptables condiciones de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física del individuo, sino también ciertas calidades emocionales y estéticas del entorno ambiental en el que vive el hombre. Se trata de valores inmateriales de la colectividad, ligados a un derecho fundamental, intergeneracional y transfronterizo.

En lo que se refiere a la configuración del daño ambiental individual, la legitimación de la acción de reparación civil se restringe al sujeto que sufrió el daño en su derecho subjetivo o en su interés jurídicamente protegido. Se trata de un daño tradicional. En el mismo sentido, la Administración pública también tiene legitimación cuando se trata de daños sufridos por los bienes patrimoniales del propio Estado (en ese sentido, el Estado también es potencialmente víctima de daños ambientales y, por analogía, considerado como víctima de daño ambiental, al igual que el individuo). Sin embargo, la mayoría de los daños producidos a los bienes públicos (en la perspectiva análoga individual) se reparan a través de un procedimiento sancionador correspondiente siempre y solamente cuando el daño tiene origen en una infracción administrativa prevista en la ley (principio de la legalidad). No obstante, bajo la óptica de la responsabilidad civil, se sustenta que la Administración pública tiene legitimación para exigir la reparación independientemente de que el autor del daño haya incurrido o no en la práctica de una infracción administrativa, es decir, incluso sin la observancia del principio de la legalidad. Bastaría con configurar los elementos de la responsabilidad civil: acción (omisión), daño y nexos causal. Por extensión, el Estado tendría legitimación para valerse de la acción de reparación civil para cualquier daño ambiental, y no sólo por aquéllos que afectan los bienes públicos, con el propósito de proteger y mejorar la calidad de vida, actuando el

Estado como guardián del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras¹⁰⁶⁶.

Por todo lo expuesto, parece justificarse la incorporación de un tratado de responsabilidad civil ambiental, con nuevas formas de legitimación activa. Natalia Álvarez Lata apunta que *“su inclusión no responde al estudio de una ley especial – que no lo hay, por ahora – sobre esta materia ni tampoco a la moda de abanderarse con lo verde – aunque los últimos acontecimientos casi obliguen a ello-, sino que son las peculiaridades del daño ambiental, que se proyectan en la propia acción de responsabilidad civil”*¹⁰⁶⁷. Teniendo presente la heterogeneidad y complejidad que el estudio requiere, se exige que den a los operadores del derecho tratamiento especial para la temática, con un sistema abierto, operable, concebido para acompañar la evolución de las relaciones sociales. Fundamentalmente, la dificultad reside en la especificidad de la materia, en la propia tipología del daño ambiental en la medida en que los paradigmas tradicionales del daño resarcible (sea en pecunia o *in natura*) presentan obstáculos para la aplicación efectiva de la responsabilidad civil ambiental. Frente al daño ambiental que afecta los intereses y los bienes del individuo (visión clásica) debe sumarse, como protagonista, el daño puramente ambiental que trasciende al individual. Aquí, entendemos que resulta posible aplicar el mismo régimen de la responsabilidad civil ambiental tratada, tanto a los daños individuales como a los daños ambientales puros como vector de la humanización del daño ambiental. Aquí conviene recordar un pasaje de CABANILLAS SÁNCHEZ: *“el instrumento de la responsabilidad civil es susceptible de completar eficazmente la reglamentación y colmar fisuras. Los actos de contaminación son la causa de daños duraderos que hacen y harán nacer costes individuales y sociales importantes”*¹⁰⁶⁸. Sin embargo, la

¹⁰⁶⁶ En este sentido, conviene recordar la obra de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. **La reparación de los Daños al Medio Ambiente**. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 39. Al tratar de la importancia del instituto de la responsabilidad civil en el ámbito de la salvaguardia del medio ambiente, el autor escribe que *“su puesta en práctica casi automática, a iniciativa exclusivamente de las víctimas, la flexibilidad de su funcionamiento, parece, en efecto, que son susceptibles de paliar las insuficiencias de una reglamentación administrativa siempre pesada para operar y cuya aplicación puede estar sometida a los avatares de la coyuntura social, económica y política”*.

¹⁰⁶⁷ ÁLVAREZ LATA, Natalia. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. In: CAMPOS, Fernando Reglero(coord.). **Tratado de Responsabilidad Civil**. 3.ed. Navarra: Editorial Aranzadi 2006, pp. 1896-1897.

¹⁰⁶⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *op. cit.*, p. 39.

aplicación del mecanismo clásico de la responsabilidad civil para la protección del medio ambiente, en una sociedad de riesgo, impone el riesgo de la negación de la reparación y protección ambiental.

Históricamente, el objetivo primordial de todo el sistema de responsabilidad civil consiste en reparar el daño causado a la víctima. Por consiguiente, se hace uso de un mecanismo judicial de carácter individualista. Con todo, paralelamente al objetivo clásico de compensación del individuo, surge el ámbito del medio ambiente con un objetivo derivado de inspiración socioeconómica que tiende a obtener una llamada adecuación de las partes potencialmente contaminantes a través del principio del contaminador-pagador (internalización de los costes sociales) en el proceso de producción. Por consiguiente, la responsabilidad civil ambiental, incluso cuando se trate de un daño individual, es un destacado instrumento jurídico que, siendo bien concebido se aplica efectivamente en la práctica como el principio del contaminador-pagador. En relación a este particular, no se debe olvidar que: no necesita haber causado un daño ambiental difuso (carácter reparativo), ya que el derecho ambiental se concibe en la vertiente preventiva como el resultado de la teoría del riesgo (léase, aquí, riesgo concreto – principio de la prevención-, y riesgo abstracto – principio de la precaución). Cabe recordar, aquí, que el factor temporal es determinante en las cuestiones inherentes a la protección del medio ambiente.

En efecto, requiere dotar la responsabilidad civil de un instrumental que permita una operabilidad que conduzca a su nueva atribución jurídica: la consecución de la función social que debe ejercer ahora. Precisamente en ese contexto se examina el daño ambiental individual: en la medida en que hay un microbien ambiental lesionado, y como tal debe repararse para equilibrar la relación que el daño causó y desequilibró, el derecho debe estar preparado para acoger el daño individual en la perspectiva difusa y, como tal, en la escala transfronteriza, actuar frente a las generaciones presentes y futuras, especialmente en una sociedad contemporánea caracterizada por el riesgo y en la que el tiempo es un factor determinante. A partir del diálogo entre los

valores de la autonomía individual y de la solidaridad social, la fraternidad, que el derecho contemporáneo requiere, dejará de ser utópica.

REFERÊNCIAS

ABELI FABRE, Francesco. **Bioética**: orígenes, presente y futuro. Madrid: Editorial MAPFRE, 2000. 266p. p.187.

ADAIRE JONES, Carlos. A avaliação da perda pública causada por danos aos recursos naturais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 4, p. 17-40, out./dez. 1996.

ALBINO ZAVASCKI, Teori. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista Júris Síntese**, São Paulo, n. 212, jun. 1995.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil** 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 2.

_____. _____. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. _____. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2.

_____. _____. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.

_____. Responsabilidade Civil no Plano Ecológico. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 317, p. 03-12, 1992.

AGUIAR LUQUE, Luís (de) y BLANCO CANALES, Ricardo. **Constitución Española. 1978-1988**: Constitución. Desarrollo legislativo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. t.1.

ALEGRIA, Héctor. Economía, Médio Ambiente y Mundo Financeiro. *En*: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (dir.). **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abellido-Perrot, 1997.

ALESSI, Renato. **La responsabilità della pubblica amministrazione**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1955.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 6.ed. atual. Coimbra: Almedina, 1994.

ALPA, Guido. Trattato di Diritto Civile. Milano: Giuffrè, 1999.v. 4 (La responsabilità civile).

ALTERINI Y LÓPEZ, Cabana. **Responsabilidad civil por daño al consumidor**. (Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil). Buenos Aires: La Ley, 1988.

ALTVATER, Elmar. **O preço da riqueza**: pilhagem ambiental e a nova (des)ordem mundial. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente**. 3.ed. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006. (Tratado de Responsabilidad Civil, I).

ALVIM, Thereza. **Código do Consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, n. 63, 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO FERREIRA, Maria de Fátima de. Dano Ambiental: Dificuldades na Determinação da Responsabilidade e Valoração no Direito Positivo Brasileiro. *En: HERMAN BENJAMIN, Antonio. (org.). 10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.

ASI, Almerighi e Alpa. Modeli e tendenze delle dottina di diritto privato. *En: Diritto e ambiente*. Padova: Cedam, 1989. (v. I, Diritto Civile).

AYALA ARAÚJO, Patryck de. Tempo ambiental, necessidades ecológicas e o princípio constitucional da proporcionalidade no Direito Brasileiro. *En: HERMAN BENJAMIN, Antonio V. (org.). Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento*. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002.

AZEVEDO VILHAÇA, Álvaro. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura – algumas hipóteses de responsabilidade civil no código de processo civil – Constituição Federal (art. 37, par. 6.). **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 4, n.14, p. 27-43, jan./mar., 1996.

BALLESTEROS, Jesús. **Derechos Humanos**: concepto, fundamentos, sujetos. Madrid: Tecnos, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARCELONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1993.

BARREIRA CUSTODIO, Helita. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. Tese de livre docência. São Paulo: USP, 1983.

BARROS ARRUDA, Domingos Sávio de. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 64-65, 1996.

BARROS, Marina. **Direitos Difusos, Estado Democrático**. Disponível em http://www.ufmg.br/prpg/dow_anaiscien_soc_aolic/direito_3/mbarros. Acesso em 04 de oct. 2003.

BARROSO, Luís Roberto, **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTIT, Michel. **Naissance de la loi moderne**. Paris: Universitaires de France, 1990.

BASTOS FREITAS, Vladimir. **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2002.

BECK, Ulrico. **La Sociedad Del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU**, Ano 6, n. 181, Sociedade do risco-, de 22 de maio de 2006.

BELTRÁN, M. y CANOSA, R. Relevancia constitucional del medio ambiente. **Noticias de La Unión Europea**, n. 122, 1995, p. 45.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). **Código Civil**. 23.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

BESSA ANTUNES, Paulo de. **Direito Ambiental** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

_____. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Direito Ambiental como Direito Econômico: análise crítica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 115, jun./set. 1992. p. 319.

_____. **Direito Ambiental**. 5 ed., rev. ampl.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BIELSA, Rafael. Ação Popular e o poder discricionário da administração. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.157, 1955.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

_____. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**, São Paulo: RT, 1985.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direito**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2.ed. Brasília: Ed. UNB, 1992.

_____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

BÖCKENFÖRDE, E. W.. **Escritos sobre Direitos Fundamentais**. Nomos Verlagsgesellschaft: Bade-Baden, 1993.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Idéias de Direito Social: O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

_____. **Do Direito Social dos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996.

_____. STRECK, Luiz Lênio. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOTHE, Michael. Forest Preservation and the Precautionary principle: questions of international and comparative law. *En: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL*, 3., 1999, São Paulo. **Anais...**, IMESP, 1999.

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

BROWN WEISS, E. **Fairness to Future Generations: International Law, Comon Patrimony and Intergenerational Equity**. Tokyo: DobbsFerry N. Y., UNV, Transnationa Publs. 1989. (Recueil dos Cours de P' Academie de Droit International, 1982, 175.).

BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da Noção de Culpa: um Estudo de Direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Derecho ambiental**: fundamentación y normativa. Argentina: Abeledo-Perrot, 1995.

_____. **El Perfil de la Responsabilidad Civil al finalizar el siglo XX**. En: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.(dir.). Responsabilidad Civil por Daños en el Tercer Milenio. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1997.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. **La reparación de los Daños al Medio Ambiente**. Elcano (Navarro): Editorial Aranzadi, 1996.

CALVO CHARRO, Maria. **Sanciones Medioambientales**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses difusos**: Conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação popular**: proteção do erário público, do patrimônio cultural e natural e do meio ambiente. São Paulo: RT, 1994.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOSA USERA, Raúl. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Ciudad Argentina, 2000.

CARVALHO, Milton Paulo de. **Do pedimento no processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992.

CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana Carolina. O Conteúdo Jurídico do Principio de Precaução no Direito Ambiental Brasileiro. En: BENJAMIN, Antonio Herman V. **10 Anos da ECO-92**: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.

CASCAJO CASTRO, Jose Luis; GARCIA ALVAREZ, Manuel. **Constituciones Extranjeras Contemporáneas**. Madrid: Tecnos., 1988.

CASTRO RANGEL, Paulo Castro. **Concentração, programação e Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CASTRO SIMANCAS, Pedro Rubens. La tensión medio ambiente desarrollo económico: una perspectiva jurídica. **Revista de Derecho Ambiental**, Murcia, nº 22, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____._____. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CFB. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Meio Ambiente. **Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**: informe de la delegación brasileña. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Instituto de

Pesquisa de Relações Internacionais, 1993. (Colección Documentos de la Diplomacia Brasileña).

CHAVES, Antônio. Responsabilidade no direito ambiental brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.317, pp. 09-24, 1992.

CHESTER ANTIEU, James; RICH, William J.. **Modern Constitutional Law**. 2.ed. St. Paul: West Group, 1997. v.3.

CIOCCHETTI DE SOUZA, Motauri. **Interesses Difusos em espécie**: temas de direito do consumidor ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

CLARICI MÄDCHE, Flavia; DUTRA, Jéferson Luiz. Introdução à teoria sistêmica. *En*: SEVERO ROCHA, Leonel; STRECK, Lênio Luiz Streck; MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.). **Anuário de Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Mestrado e Doutorado – Unisinos, 2003.

COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. **La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo**. *En*: _____. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

COMISSIÓN EUROPEA. **Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental**. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.

CORDINI, Giovanni. O Ambiente no Direito da União Européia. **Revista do Tribunal Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, ano 8, n.28, 1997.

CORSARIO, Luigi. Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano. *En*: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). **Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio**. Madrid: Dykinson, 2000.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Max Limonad, [s.d.].

DAL PÁ MORAES, Paulo Valério. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 15, n.57, jan./mar. de 2006.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo. Martins Fontes, 1996.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. **La Responsabilidad Civil**. 2 ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1989.

DE GIORGI, Rafeale. **A Semântica da Idéia de Direito Subjetivo**. *En*: _____. **Direito, Democracia e Risco**: Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1979.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental e Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Instituciones de Derecho Civil: Doctrina General del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Casi Contratos. Enriquecimiento sin Causa. Responsabilidad extracontractual**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. v.1 y v.2.

_____. **Derecho de Danos**. Madrid: Civitas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7 (Responsabilidade Civil).

DURAN, Paloma; LA LAGUNA. **Los Límites del Derecho**. Granada: [s.n.], 1996.

DUTRA LUCARELLI, Fabio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.700, p.07-26, fev. de 1994.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. London: Fontana Press, 1986.

ESPAÑA. **Directiva 2004/35/CE del Parlamento y del Consejo**, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Disponible en: <http://www.europa.eu.int/eur-lex>. Acceso el: 23 de jun.2005.

ESTRELLA GUTTIÉRREZ, Graciela Messina de. Nora Messina de. **La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot., 1989.

_____. **La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

FACCHINI NETTO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *En*: WOLFGANG SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FEDOZZI, Luciano. A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann: uma releitura introdutória. ECKERT NEVES, Clarissa; BARBOSA SAMIOS, Eva Machado (org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

FELIPE DA CONCEIÇÃO, Maria Collares; BASTOS SATHLER, Evandro. As águas no Direito de Vizinhança: breve abordagem do artigo 1.291 do Novo Código Civil sob a ótica do Direito Ambiental. *En*: BENJAMIN, Antonio Hermann (org.). **Direito Água e Vida**. São Paulo: [s.n.], 2003. v.1. pp. 663-673.

FERNADES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. **Responsabilidade Pressuposta**: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. *En*: Ensayos sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDEZ SHAW, Carlos M., **Los Estados Independientes de Norteamérica**. Madrid: Instituto de Estudios Político, 1997.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. **Código Civil**. 11. ed. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, [s.d.].

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. O Direito como Sistemas de Garantias. *En*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes de (org.). **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FLAH, Lily R; SAMYEVSKI, Miriam. Ecología: Desarrollo Sostenido y Desarrollo Sostenible. *En*: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. (dir.). **Responsabilidad por Daños en Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997.

FLORES, Manuela. Responsabilidade Civil Ambiental em Portugal: legislação e jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 1, v. 3, p. 07-24, jul./set. 1996.

FRANCO DEL POZO, Mercedes. El derecho humano a un medio ambiente adecuado. **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, Bilbao, Universidad de Deusto, n.8, 2000.

FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

GAILLARD, Maurice. **L'intelligence du droit**. Paris: Lês Editions D' Organisation, 1992.

GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè, 1966.

GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *En*: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **Dez anos da Eco-92**: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.

GARCIA BELANDE, D.; FERNADES SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). **Los sistemas Constitucionales Iberoamericanos**. Madrid: Editorial Dyrinson, 2002.

GARCIA, Carlos. Intereses difusos, acción civil publica y técnicas de protección del medio ambiente. **Revista de Derecho Ambiental**, 1999, n. 23.

GARRIDO PENA, Francisco. **Introducción a la ecología política**. [s.l]: Editorial Comares: 1993.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GOLDENBERG, Isidoro H.. Los Riegos del Desarrollo en Materia de Responsabilidad por Productos y el Daño Ambiental. *En*: BUERES, Alberto. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.(dir.). **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

GOMES ALONSO, Paulo Sérgio. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES CANOTILHO José Joaquim. Clase impartida en el ámbito del Curso del CEDOUA, 1998/99.

_____. **Constituição e 'Tempo Ambiental'**. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente*, n.2, Ano 2, pp. 9-14, 1999.

_____. y MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. (Coord.) **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

_____. **Anotações de Aula**. Aula do Curso de Pós-Graduação promovida pelo CEDOUA e a Faculdade de Direito de Coimbra – 1995-1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Direito Público do Ambiente**: Direito Constitucional e Direito Administrativo. *Mimeo* do polígrafo das aulas de Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente do Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA (Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente) e a Faculdade de Direito de Coimbra, ano de 1995/1996. pp. 42 e 44.

_____. Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, ano 128, v. 857/858, n.3, dez. 1995/1996.

_____. **O Problema da Responsabilidade do Estado por actos ilícitos**. Coimbra: Almedina, [s.d.].

_____. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**: crítica da jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GOMES SODRÉ, Marcelo. Padrões de Consumo e Meio Ambiente. *En*: **Comércio e Meio Ambiente**: Direito, Economia e Política. São Paulo: SMA, 1996.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GÓMEZ, Isa F. El derecho al medio ambiente y el derecho al desarrollo: hacia una necesaria vinculación. *En: Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, Diputación Foral de Biskaia, Unesco Etxea., 1999.

GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRANELL MUÑIZ, Manuel. Fundamento Filosófico de la Responsabilidad Civil. **Cuadernos de las Facultades**, Panamá, Ene. 1966.

GRAU, Eros. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Montpellier: M.J. Bosch Editorial, 1997.

_____. Princípios fundamentais de Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 2, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERMAN BENJAMIN, Antônio Vasconcelos. Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 5-52, jan./mar.1998.

_____. **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. *En: _____*. **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, [s.d.].

_____. O Princípio do Poluidor-Pagador e a reparação do dano ambiental. *En: _____*. **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Objetivos do direito ambiental**. *En: _____*. (Org.) **Anais...**, Congresso Internacional de Direito Ambiental, 5, de 04 a 07 de junho de 2001: o futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: Imesp, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Manual de Derecho Constitucional.** Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

HUSSON, Leon. **Les Transformations de la Responsabilité.** Paris : P.U.F., 1947.

JENKS, C.W. **The Common Law of Makind.** London: Stevens, 1958.

JORDANO FRAGA, Jesús. Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente en Derecho Público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Civitas, n. 107, jul./sep. de 2000.

JUSTE RUIZ, José. Tendencias actuales del derecho internacional y del medio ambiente. *En*: VALLE MUNIZ, José Manuel (coord.). **La Protección Jurídica del Medio Ambiente.** Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997.

KALIL OLIVEIRA E COSTA, José. Educação Ambiental, um Direito Social fundamental. *En*: BENJAMIM, Antonio Herman (org.). **10 anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável.** São Paulo: IMESP, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Armênio Amada, 1979.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil:** breves orientações [on line] - 1998, Disponible en: www.Jurisforma.com.br, notas htm. Acceso el: 02 de oct. de 2004.

KISS, A.Ch, La notion de Patrimoine Común de l'humanité. **Recreil des Cours de Academie de Droit International**, v.175, 1982. pp.229-231.

KOURILSKY, Philippe ; VINEY, Geneviève. **Le principe de precaution:** rapport au Premier Ministre (15 Octobre 1999). Paris: Odile Jacob, La Documentation Française, 2000. Disponible *En*: <http://www.ladoCFBBran-caise.gouv.fr/BRP/004000402/000.pdf> . Acceso el: 13 de enero de 2001.

LANNI, Octavio. **A sociedade global.** 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LARENZ, Karl. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica.** Madrid: Civitas, 1985, 1990.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. **Estudos de Direito Ambiental.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro.** 11. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. _____. 9.ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. _____. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

LETE DEL RÍO, José M. **Derecho de Obligaciones** : El contrato en General. Casi contractos. Enriquecimiento sin Causa. Responsabilidad Extracontractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.v.2.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LINDBERGH MONTENEGRO, Antônio. **Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Lúmen Júris, 1996.

LOBO TORRES, Ricardo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**: Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio, **Estudios sobre la Constitución Española**: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1991. t.2.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LÓPEZ COLERA, Nicolás, **¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos**. Barcelona: Editorial Ariel, 2000.

LÓPEZ DÍAZ, Antonio, **Las Modalidades de la Fiscalidad Ambiental**. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. v.1.

LOPEZ PINA. Antonio. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense , Editorial Civitas, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Nuevos Paradigmas del Derecho Pivado. *En*: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; CABANA, Roberto M. López. **Derechos y garantías en el siglo XXI**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s.l.].

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 28, p. 141, out./dez. 2002.

LUCAS VERDÚ, P. **El Sentimiento Constitucional**. Madrid: Reus, 1985.

LUCAS, J. (de), El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente. **Revista de Derecho Ambiental**, Murcia, n.12, 1994.

LUHMANN, Niklas Por que uma 'Teoria dos Sistemas'. *En*: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Instituto Goethe/ICBA, 1997. p. 37-48.

_____. A Proteção dos Tribunais no Sistema Jurídico. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul.1990.

_____. **Ecological Communication**. Great Britain: University of Chicago Press, 1989.

_____. **Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 1974.

_____; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. México: Universidad de Guadalajara, 1993.

MADRIGAL CORDERO, Patrícia. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano I, n. 3, Revista dos Tribunais, 1996.

MARÉS SOUZA FILHO, Carlos Frederico. O dano ambiental e sua reparação. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, pp. 49-60, 1999.

MARQUES SAMPAIO, Francisco José. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1998.

MARTÍN MATEO, Ramón. Prólogo. *En*: GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Elcano (Navarro): Aranzadi Editorial, 1998.

_____. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium Camponês, [s.d.]. T. 5, v.1.

_____. Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental. *En*: MORENO Martínez, Juan Antonio (coord.). **Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

_____. **Derecho ambiental**. Madrid: Maribel Artes Graficas, 1997.

_____. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editora Trivium, 1991.

MARTIN REBOLLO, Luis (org.). **Constitución Española**. Elcano (Navarra): Aranzadi Editorial, 1996.

MARTIN, Gilles. **Le Dommage Ecologique**. Rapport présenté au Comité ad hoc Droit, Economic et Sociologie du P.I.R.E.N.. [s.l.] : Université de Nice, 1989.

_____. **Le Droit à L'Environnement** : De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement. [s.l.] : Publications Périodiques Spécialisées, 1978.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Otros. **Constitución Española**. 3.ed. Madrid: Editorial Colex, 1997.

MARTINS DA CRUZ, Branca. Dez anos após a Eco-92, que Perspectivas para a Responsabilidade Civil por Dano Ecológico? A Proposta de Directiva Comunitária Relativa à Responsabilidade Ambiental. *En*: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **Dez Anos da Eco-92: o Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Imesp, 2002, pp. 104-105.

_____. Princípios Jurídicos e Econômicos para a avaliação do dano ambiental. *En*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL,3, 1999, São Paulo, **Anales...**, 30 de maio a 02 de junho de 1999. São Paulo: IMESP, 1999.

_____. Responsabilidade Civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 2, v. 5, pp. 115-124.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MAZEUD, Henry ; TUNC, André. **Tratado Teórico y Prático de la Responsabilidad Civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1962. Tomo 1, v.2

MEDEIROS, Rui. O ambiente na constituição, **Revista de Direito e Estudos Sociais**, v. 35, n.1-4, p. 387, jan./dez. 1983 (Lex Edições Jurídicas).

MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Responsabilidade sem Culpa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

MENEZES LEITÃO, João. Instrumentos de direito privado para a proteção do ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, v. 7, jun 1997.

MILARÉ, Edis (Coord.) **A ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Princípios fundamentais de direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 756, out. de 1998.

_____. A Tutela jurídico-civil do ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 0, 1996.

_____. **Ação civil pública**: Lei n. 7.347/85: reminiscência e reflexão apos dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Direito Ambiental: um direito adulto. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, Revista dos Tribunais, Ano 4, n.15, jul./set., pp. 34-35, 1999.

_____. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Princípios fundamentais de direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, v. 756, out. 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1993. Tomo IV.

MONTEIRO DA SILVA, Danny. Direito, Relações Internacionais e Meio Ambiente. *En*: HERMAN BENJAMIN, Antonio (org.). **Dez anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002.

MONTEIRO STEIGLEDER, Annelise. A responsabilidade civil por dano ambiental decorrente de atividades lícitas. **Jornal Estado de Direito**. Porto Alegre, ano I, n.2, jan.2006.

_____. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES MELLO, Cleyson. Hermenêutica Jurídica e a Filosofia do Novo Código Civil Brasileiro. *En: O Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003.

MORATO LEITE, José Rubens e AYALA ARAÚJO, Patryck de. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária (no prelo).

_____. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. MILANI LIMA, Maíra Luísa; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Ação civil publica termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexos para uma sistematização. *En: MILARÉ, Edis (Coord.) Ação civil pública após 20 anos: efetividades e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORENO TRUJILLO, Eulália. **La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro**. Barcelona: Bosch Editor, 1991.

MORIN, Gaston. **La révolte du contre le code** : la révision nécessaire des concepts juridiques (contrât, responsabilité, propriété). Paris: Sirey, 1945.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. La responsabilidad hacia el siglo XXI. *En: CARLUCCI, Aída Kemelmajer; CABANA, Roberto M. López(org.). Derechos y garantías en el siglo XXI*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, [s.d.].

MOTA, José Aroudo. **A Valoração de Ativos como Subsídios a Decisão Política**. Brasília: UNB, Centro de Desenvolvimento Sustentável, 2000.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3.ed. . Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MUSSOI MOREIRA, Alexandre. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NAREDO, José Manuel. Los Cambios en la Idea de Naturaleza y su Incidencia en el Pensamiento Económico. **ICI – Revista de Economía**, Madrid, n.711, nov. 1992.

NASCIMENTO SILVA, Geraldo Eulálio do. **Direito ambiental internacional**: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstituição da Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995.

NASCIMENTO, José do. **Ciências sociais e sistema jurídico**: Introdução ao tema. Campo Grande: UCDB, 2002.

NEDEL, José. **Ética, direito e justiça**. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEGRÃO, Theotônio, **Código Civil e legislação civil em vigor**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nélon; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. *En*: BENJAMIN, Antonio Hermann. **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública. **Justitia**, São Paulo, n. 126, p. 186-189, jul/set. 1984.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso Criativo dos Paradoxos do Direito. *En*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da Auto-Observação**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 241-277.

NIGRO MAZZILLI, Hugo. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 761, mar. 1999.

_____. **Direito das Obrigações**: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Trabajo no publicado sobre responsabilidad civil, divulgado en el curso de especialización en Derecho Civil en la "Universidade do Vale do Rio dos Sinos" - Unisinos. 1999. pp. 384-390.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e Ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

OLIVEIRA BARACHO JUNIOR. José Alfredo Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA MARUN, Jorge Alberto de. Meio Ambiente e Direitos Humanos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 28, 2002.

OLIVEIRA, Moacyr de. A Estrutura das Obrigações e do Negócio Jurídico no Projeto do Código Civil. **Revista de Direito Civil**. v. 36, abr./jun. 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e desenvolvimento**. [s.l]: ONU, 1988.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, Antonio. La responsabilidad civil referida al medio ambiente en el marco de la Comunidad Europea. **Revista de la Facultad de Derecho**, Universidad Complutense, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1997, n. 87, p. 167.

OST, François. **A natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OSTERLING PARODI, Felipe. Responsabilidad Civil: Costo Comercial y Costo social. *En: Responsabilidad por Daños en Tercer Milenio.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.

OSUNA DIAZ FALAVIGNA, Maria Clara. A composição do dano em um modelo solidarista. *En: _____.* FERNADES NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. **Ensaios sobre Responsabilidade Civil na Pós-modernidade.** Porto Alegre: Magister Editora, 2007.

PACHECO FIORILLO, Celso Antônio. Águas no Novo Código Civil (Lei 10.406/02). *En: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7, Anais...,* Direito Água e Vida. São Paulo: [s.n], 2003. v.1.

_____. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável.** São Paulo: Max Lemonad, 1997.

PAIM DE ABREU FILHO, Nylson (org.). **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, [s.d].

PALAO MORENO, Guillermo. **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente (aspectos internacionales).** Valencia: Tirant lo Blanch: Universitat de Valencia, 1998.

PARRA LUCÁN, Maria Angeles. **Derecho Civil del Medio Ambiente.** [s.l]: [s.n.], [s.d.], p. 01-02.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 8.

PELLEGRINE GRINOVER, Ada (Coord.). A Problemática dos Direitos Difusos. *En: _____.* **A Tutela dos Interesses Difusos.** São Paulo: Max Limond, 1984, p. 29-45.

_____. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

PENA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PERALES, Carlos Miguel. **La responsabilidad civil por daños al medio ambiente.** 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

PEREIRA BRITO, Sulivam. **A Sociologia e a abordagem sistêmica.** São Paulo: Papirus, 1986.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Las Generaciones de Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Diritto comunitario e legalità costituzionale**: Per un sistema italo comunitario delle fonti. Napoli: ESI, 1992.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PETERS, Edson Luiz; LARA PIRES, Paulo de Tarso. **Manual de Direito Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2002.

PIGRETTI, Eduardo. **Derecho Ambiental**. Buenos Aires: Depalma. 1993.

PINHEIRO, Antônio Fernando Pedro. Breves Considerações sobre os conceitos radiccionais de uso da propriedade e direitos de vizinhança face ao novo ordenamento ambiental: direito de agir pelas vias tradicionais. **Revista de Direito Ambiental**, n. 0, pp. 131-137, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

POGGIO SMANIO, Gianpaolo. **Interesses difusos e coletivos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma Revolução de Paradigma para o Século XXI. *En*: BENJAMIN, Antonio Herman. **Dez anos da Eco-92**: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2002.

PORTO, Mário Moacyr. Pluralidade de causas do dano e redução da indenização: força maior e dano ao meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, dez. 1988.

POZUELO PÉREZ, Laura. La Reparación del Daño al Medio Ambiente. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, Montecorvo, Año XXXVI, n. 191, p. 152, nota 37.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Ambiental**: problemas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PRIEUR, Michel. **Le Droit des pollutions transfrontières et le droit français**. Paris: RJE, 1989.

PURVIN FIGUEIREDO, Guilherme Jose. Consumo Sustentável. *En*: HERMAN BENJAMIM, Antonio (org.). **10 anos de Eco 92**: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Imesp, 2002.

RAMOS PEREIRA, Luís César. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional**: a saga da responsabilidade internacional do Estado. São Paulo: Ed. LTR, 2000.

RAMOS, Rodrigues. Instrumentos jurídicos preventivos en la protección del ambiente. **Documentación Administrativa**, n. 190, 1981, p. 38.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil. Situação atual e seus problemas fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Visão Geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 9, jan./mar. 2002.

RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. **El Derecho a Destruir** (Ensayo sobre el derecho del medio ambiente). Buenos Aires: Losada, 1994.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio (coord.). **Código Civil: atualizado até 31.12.2000.** 6.ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIBEMBOIM, Jacques. **Mudando os Padrões de Produção e Consumo.** Brasília: IBAMA, 1997.

RIECHMANN, Jorge. **Cultivos e alimentos transgênicos: um guia crítico.** Petrópolis: Vozes, 2002.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis.** São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1937.

RODRIGUES BITTERCOURT, Darlan; KOCHINSKI MARCONDES, Ricardo. Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 740, pp. 53-95, jun. 1997.

RODRIGUEZ MIRANDA, Rosângelo de. **A proteção constitucional da vida privada.** São Paulo: Editora de Direito, 1996.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. **El Derecho Constitucional al Medio Ambiente: Dimensión Jurisdiccional.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SAID CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado** 2.ed., ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

SALLES CAVEDON, Fernanda de et. al. **Função ambiental da propriedade urbana e áreas de preservação permanente: a proteção das águas no direito urbano.** (Direito, Água e Vida, 2). São Paulo: [s.n.], [s.d.].

SALOM, José Roberto. **Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional: La Distribución Justa y Equitativa de Beneficios en el Convenio sobre Biodiversidad.** Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

SALVO VENOSA, Silvio de. **Seminário novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão.** Seminário nº 0541/02. Texto del Núcleo de Redacción Final en Comisiones del Congreso Nacional, 2002.

SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio. **A Ciência do Direito.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Maria del Carmen. **La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente**. Barcelona: Jose Maria Bosch, [s.d.].

SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Cosntitucional, 1999.

SANTOS, Milton. **Por uma globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SANTOS, Roberto. Ética ambiental e funções do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano. 5, n.18, 2000.

SAVATIER, René. **La Responsabilité des Persones Publiques et Privées**. Paris, L.G.D.J., 1959.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma Nova Dogmática. Porto Alegre: Sérgio Fabris, [s.d].

SCOVAZZI, Tullio. **Corso di Diritto Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. Le azioni delle generazione future. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, anno X, fasc. 1, 1995.

SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental**: nossa casa planetária. 3.ed. Forense. Rio de Janeiro, 2006.

SEVERO ROCHA, Leonel. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. Três Matrizes da Teoria Jurídica. *En*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan de (org.). **Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito**. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 1999.

_____; WINTER DE CARVALHO, Délton. Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do Direito. *En*: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

SILVA ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da. **Ações Coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**.10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.v.3.

_____. **Direito Civil**: Alguns Aspectos de sua Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Reflexões sobre o Novo Código Civil, Prefácio às novas edições da coleção 'Instituições de Direito Civil'. **Revista Literária de Direito**, jan./fev. 2004.

_____. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA VELLOSO, Carlos Mário da. Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 96, pp. 233-252, out./dez.1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *En*: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOARES GOMES, Manuel Tomé. A Responsabilidade Civil na Tutela do Ambiente. **Revista do Direito Ambiental**, São Paulo, ano 1, v. 4, pp. 05-16, out./dez. 1996.

SORJ, Bernardo. **A nova Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

SOUSA ARAGÃO, Maria Alexandra . **O Princípio do Poluidor-Pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

SOUSA CUNHAL SENDIM, José de Sousa **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através da restauração natural Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

SOUZA DUARTE, Marise Costa de. As novas exigências do Direito Ambiental. *En*: MORATO LEITE, José Rubens e BARROS BELLO FILHO, Ney de (org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004.

SOUZA PASQUALOTTO, Adalberto de. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. *En*: HERMAN BENJAMIN, Antônio (org.) **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

STIGLITZ, Gabriel A. Consumo sustentável: el derecho del consumidor y la protección del medio ambiente. *En*: Congresso Internacional de Direito Ambiental, Blumenau. **Anales...**, (s.n), 1997. pp. 65-72.

_____. Daño Moral Individual y Colectivo: Medio Ambiente, Consumidor e Dañosidad Colectiva. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, v. 19.

_____. y MORELLO, Augusto. Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. Notarial. **Revista de Direito Ambiental**, v. 6, ano 2, abr./jun.1997.

_____. El Daño al Medio Ambiente en La Constitución Nacional. En: **Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot., 1997.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** : análise comparativa entre os Códigos de 1916 e 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A Dogmática Jurídica, o Discurso Jurídico e a Hermenêutica. **Cadernos de Pesquisa de Mestrado em Direito da Unisinos**. São Leopoldo, Unisinos, n.1, 1997.

TESSLER BARTH, Marga. O valor do dano ambiental. En: FREITAS, Vladimir Passos de. **O direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 2000. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A evolução da responsabilidade civil do direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. En: _____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.306, p. 73-77, abr./jun.1989.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2 ed. Paris: Economica, 1989.

VALERY MIRRA, Álvaro Luiz. **A reparação do dano ambiental**. Tradução de *L'áction civile publique du droit bresilien et la reparation du damage cause à L'énnvironnement*. Tradução atualizada pelo autor. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental). Faculdade de Direito, Universidade de Estrasburgo. Estrasburgo: Universidade de Estrasburgo, [s.d].

_____. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 2, pp. 50-76, abr./jun. 1996.

VERDÚ, P. Lucas. ¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad. *En: ACADEMIA ESPAÑOLA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS. Anales...*, Año L, n. 75, p. 384.

VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 22, v.1, 2^a. quinzena, nov. 1991, cad. 3.

WALD, Arnold. **Influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la Responsabilité civile**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1953.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito: O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1997. v. 3.

_____. **Introdução Geral do Direito: A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v.2.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. *En: GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. Cap.1, pp.706-762.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Lisboa: C. Gulbenkian, 1967.

WINTER DE CARVALHO, Délton. A Proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 6, n. 24, out. 2001.

_____. **Assimilação dos Riscos Ecológicos pelo Direito ante uma Perspectiva Sistêmica**. Tese de Doutorado defendida em la Universidade do Vale do Rio dos Sinos, orientada por Leonel Severo ROCHA. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

_____. **Ecologização do Direito: Racionalidade reflexiva do risco**. Passo Fundo: UPF, 2003.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. _____. 3 ed. rev., atual.y amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992.

_____. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milano: Instituti, Giuffrè, 1995. v.2.