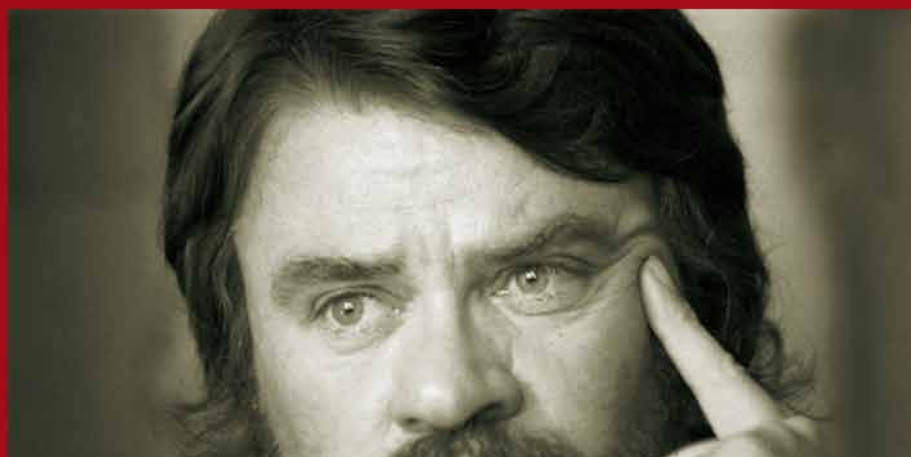


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



Capítulo 45

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CHILENA

*Hernán Corral Talciani**

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL Y EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD

Es un hecho que uno de los sectores en los que se ha avanzado más hacia la objetivación de la responsabilidad civil es el relativo al resarcimiento de los daños causados al medio ambiente.

La responsabilidad civil se presenta, en consecuencia, como uno de los medios técnico-jurídicos por los cuales se intenta proteger el medio ambiente, bien jurídico reconocido y considerado susceptible de ser tutelado en forma autónoma respecto a otros valores como la vida, la salud, la integridad patrimonial, etcétera. Por cierto, la tutela del medio ambiente no se agota en la posibilidad de aplicar los expedientes técnicos de la responsabilidad civil, ni debe considerarse que esta pueda por sí sola solucionar todos los problemas derivados de la actividad contaminante, so pena de distorsionar su naturaleza y finalidad como instrumento propio del derecho privado. Junto con la responsabilidad civil, deben colocarse instrumentos de tutela propios del derecho público, como las evaluaciones medioambientales, las sanciones administrativas y los posibles delitos ecológicos. Incluso un sistema de restauración de los daños no calificables de perjuicios materiales o morales a personas individuales (costos de saneamiento de parajes dañados, lesiones a la biodiversidad) puede ser remediado por sistemas de recuperación de los costos que no son propiamente de responsabilidad civil y que se avienen más con el derecho público. Es lo que sucede con el *Superfund*, establecido en Estados Unidos por la *Comprehensive Environmental Response*,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

Compensation and Liability Act (CERCLA). La propuesta de directiva de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental ha decidido centrarse en estos daños y no incluir un sistema de reparación de daños individuales por considerarlos materia de responsabilidad civil de derecho privado¹.

Hecha esta prevención sobre la necesidad de ser más cautos a la hora de esperar de la responsabilidad civil resultados que no puede estar en condiciones de ofrecer, salvo que deje de ser reconocida como tal, es necesario convenir en que, por otro lado, es menester conseguir una modulación o adaptación de los caracteres y exigencias de la responsabilidad común para posibilitar su aplicación al sector de los daños al medio ambiente.

Este es el desafío que se encara en esta sede: de qué manera puede conseguirse una adaptación que no llegue a una desnaturalización. Por ejemplo, si hablamos del elemento «daño» parece apropiado estimar que la lesión al medio ambiente tendrá caracteres y singularidades especiales, pero que sigue respondiendo al concepto general de daño como lesión a un bien jurídico radicado en uno o más sujetos particulares. Si estimamos que hay daño al medio ambiente por la simple afectación de bienes colectivos no reconducibles a la persona o patrimonio de un sujeto individual, estaremos desmarcándonos del terreno de lo privado para incursionar en instrumentos de gestión ambiental que son de índole pública. La misma objetivación de la responsabilidad civil medioambiental, si bien prescinde de la culpa subjetiva, no por eso afirma el deber de resarcir basado en la simple causalidad material. Más bien se intenta encontrar factores de imputación del daño alternativos a los culpabilísticos; es decir, la adaptación de la responsabilidad al medio ambiente no conlleva renunciar a todo factor de imputación, sino, en ciertos casos, a cambiar su contenido.

Entre los elementos estructurales del sistema de la responsabilidad civil, tanto en la tradición latina-continental como en la del *Common Law*, tenemos el actuar injusto e imputable del demandado, el daño sufrido por el demandante y el vínculo causal entre el primero y el segundo, conocido como relación de causalidad o *causation* respectivamente.

Para la configuración de la responsabilidad civil medioambiental se presenta, pues, la cuestión de cómo adaptar el requisito de la causalidad sin que se termine por negarlo como exigencia de responsabilidad. Se trata de una cuestión por demás compleja y discutida, tanto en doctrina como jurisprudencia.

¹ La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental, COM 2002, 17 final, Diario Oficial C 151 del 25 de junio de 2002, se aplica únicamente a los daños a la biodiversidad, daños a las aguas y daños al suelo causados por algunas actividades ocupacionales enlistadas en un anexo.

Nuestro trabajo intentará esclarecer relativamente esta cuestión afirmando primero la necesidad de perseverar en la exigencia de la relación causal a pesar de las dificultades que se presentan para su establecimiento en materia medioambiental (acápite 2), para luego pasar revista a las fórmulas que en derecho comparado se contemplan para atenuar la exigencia o su prueba (acápite 3). Un apartado especial dedicaremos a las presunciones de la relación causal acogidas por ciertas legislaciones (acápite 4). Los problemas especiales de la relación causal: fuerza mayor, culpa de la víctima y pluralidad de los responsables forman parte del contenido de los apartados finales (acápites 5, 6, y 7), con lo cual estaremos en condiciones de proporcionar algunas conclusiones (acápite 8).

2. NECESIDAD DE LA EXIGENCIA DE RELACIÓN CAUSAL Y DIFICULTADES PARA SU ESTABLECIMIENTO

La naturaleza objetiva o semiobjetiva que suele reconocerse a la responsabilidad por daño al medio ambiente determina que la discusión sobre si existe o no un deber de reparar se centre en la verificación de si la conducta del demandando ha de ser calificada como causa del daño de la víctima. Los esfuerzos de los demandados se focalizarán la mayor parte de las veces en negar o desvirtuar la existencia de un vínculo causal entre su comportamiento y el daño alegado por el demandante, ya que puede ser quizás la única forma de escapar de una sentencia condenatoria. Por el contrario, el empeño del demandante irá en la dirección contraria ya que, probado el daño y el nexo causal con la conducta del demandado, podrá ver realizadas sus pretensiones indemnizatorias.

La centralidad del rol de la causalidad en materia medioambiental es propia de todos los sectores de responsabilidad objetiva; pero en esta sede tropieza con dificultades muy serias para lograr un proceso sencillo de calificación por el juez.

Los motivos por los cuales se complejiza al máximo el establecimiento de la relación causal en la responsabilidad por daño ambiental, son variados:

a) *La naturaleza dinámica del medio ambiente*: el medio ambiente no es una realidad fija e inmóvil, sino un conjunto de elementos en continua interacción. De allí que sea casi imposible aislar completamente la conducta del demandado a la que se atribuye el daño, de otros factores —meteorológicos, hidráulicos, geológicos, biológicos, etcétera— también presentes.

b) *La contaminación crónica o progresiva*: muchas veces el daño ambiental no se produce por una sola conducta dañosa, sino por la lenta y casi imperceptible acumulación de materias tóxicas en un dilatado espacio de tiempo, de manera que la última intervención imputada al demandado, considerada en sí misma, no es la que ha provocado la lesión medioambiental.

c) *La contaminación por acumulación*: a veces el daño ambiental proviene de la acumulación de inmisiones que consideradas singularmente quedan dentro de los márgenes permitidos, pero que unidas a las de otros emisores pueden llegar a causar un grave daño al ambiente.

d) *La desconexión temporal o espacial entre acción contaminante y daño*: en ocasiones, la actividad dañosa es de antigua data y los efectos contaminantes se manifiestan mucho tiempo después, o el resultado dañoso se produce en una región geográfica distante de aquella en la que se produjo la acción contaminante (lluvia ácida, nubes tóxicas, derrames en ríos o mares).

e) *La apreciación científica de la relación causa-efecto y el costo de las pericias y testimonios de expertos*: el conocimiento y la experiencia común no son suficientes para determinar la causa de un daño ambiental, por lo que normalmente será necesario recurrir a los informes periciales y testimonio de científicos o técnicos, costosos y difíciles de conseguir por la parte demandante, a menudo la que menos recursos económicos posee².

Todas estas dificultades podrían conducir a pensar que la relación de causalidad no debiera exigirse en los supuestos de responsabilidad por daño al medio ambiente. De manera que si hay un comportamiento sospechoso de producir daño ambiental y este daño se ha producido, debiera afirmarse sin más el deber de resarcir.

No es esta, sin embargo, una opción razonable, puesto que la relación de causalidad es un constitutivo esencial del concepto de responsabilidad. Los daños no se reparan frente a meras sospechas de causación. Eximir del requisito de la causalidad a la responsabilidad medioambiental significaría distorsionar el sentido de la responsabilidad civil como instrumento indemnizatorio de derecho privado. Las dificultades que se observan para lograr su establecimiento en el proceso judicial en el que se ventila el deber de reparar no son suficientes para repudiar su exigencia³.

La legislación que se ha dictado en torno a la responsabilidad medioambiental mantiene el requisito. Entre ellas debe colocarse la nuestra, que expresamente

² Estas dificultades suelen exponerse en la mayor parte de los trabajos que tratan la materia. Por todos, puede verse CABANILLAS (1996: 83-84).

³ Señala a este respecto DE MIGUEL (1994: 152): «Una cosa es que un juez, ante la dificultad que supone admitir la prueba de una relación de causalidad compleja, utilice otros mecanismos que, aunque no adecuados técnicamente, le ayudan a llegar a una solución justa. Otra cosa muy distinta, y en modo alguno aceptable, es afirmar que la relación de causalidad no es un ingrediente indispensable para que pueda hablarse de indemnización del resultado dañoso, ya que de ello simplemente se deriva la posibilidad de hacer a una persona responsable de la reparación de un daño respecto de cuya producción no ha intervenido en modo alguno, directa ni indirectamente, lo que, al menos desde nuestro punto de vista, no puede aceptarse». Compartimos plenamente este criterio».

señala que si bien la culpa puede presumirse, la relación causal debe ser probada. El artículo 52, inciso 2, de la Ley de Bases de Medio Ambiente chilena, ley 19.300, del 9 de marzo de 1994, después de establecer la presunción de culpa por infracción normativa, agrega que «Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido»⁴.

Parece claro, entonces, que en nuestra legislación la exigencia de la relación de causalidad es un elemento imprescindible para que se configure la responsabilidad civil por daño al medioambiente. Y esta decisión del legislador nacional nos parece correcta.

Pero ¿de qué manera puede facilitarse el establecimiento del nexo causal para aliviar la posición de la víctima en esta materia? Existen varias fórmulas que se han propuesto para ello.

3. FÓRMULAS PROPUESTAS PARA FACILITAR EL ESTABLECIMIENTO DEL NEXO CAUSAL

En la doctrina y jurisprudencia comparada se han propuesto variadas fórmulas que tienen por objeto adaptar el requisito de la causalidad a la responsabilidad ambiental, a manera de facilitar la carga del demandante de tener que establecerla.

3.1 La causalidad como probabilidad estadística

En la jurisprudencia norteamericana se ha hecho la distinción entre posibilidad, probabilidad y certeza de la relación causal en materia ambiental.

La distinción surge contra la tendencia científica de afirmar la causalidad únicamente cuando hay certeza plena de su presencia, y a excluirla en casos dudosos. Se afirma entonces que en el proceso de responsabilidad no se persigue el establecimiento de una causalidad de naturaleza científica o indiscutible, sino una causalidad que, en el conjunto de circunstancias, pueda ser calificada no solo de posible, sino de probable. El estándar se satisface si se prueba que la probabilidad de que una determinada emisión contaminante haya causado el daño es superior al 50%⁵.

⁴ Si la ley estimó necesario aclarar que tratándose de presunción de culpa la relación de causalidad debe ser acreditada, con mayor razón ello debe ser mantenido en los casos de responsabilidad ambiental en los que la culpa no se presume.

⁵ Cf. DE MIGUEL (1994: 157). Advierte, sin embargo, que esto no lleva a descartar la intervención de pericias científicas en el proceso de responsabilidad, que por cierto son no solo útiles, sino muchas veces imprescindibles.

3.2 La causa proporcional

De acuerdo con la fórmula anterior, si la probabilidad estadística da un resultado inferior al 50%, la responsabilidad debería descartarse. Frente a ello, también en Estados Unidos, se ha planteado que incluso en esos casos sería posible afirmar la responsabilidad, aunque limitada en proporción a esa probabilidad. Así, si existe un 20% de probabilidad de que el demandado haya causado con su acción el daño, deberá indemnizar al demandante en el 20% del total del daño provocado.

La fórmula puede parecer arbitraria, ya que depende de fijaciones de probabilidad numérica que pueden ser cuestionables. Además, cuando la probabilidad es de márgenes inferiores al 50% no puede afirmarse, en rigor, que el acontecimiento sea realmente la causa de la lesión al medio ambiente. Como dice De Miguel, «El que haya una cierta probabilidad científica de que una persona haya causado un daño no significa que de hecho haya así ocurrido, lo que impide hacer una correcta imputación jurídica del daño»⁶.

3.3 El favor de la persona «más probablemente víctima»

Esta fórmula se propone para los casos en los que hay una pluralidad de personas que aducen haber sido afectadas por la acción contaminante del demandante. Por ejemplo, poblaciones afectadas por los vertidos de una industria en un cauce de agua o los depósitos de deshechos tóxicos. Se sostiene, entonces, que la causalidad ha de afirmarse respecto a aquellas personas que aparezcan como más probables víctimas (*most likely victim*), es decir, de los demandantes que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el hecho del demandado y el daño efectivo que han sufrido.

Al estar basada en cálculos de probabilidad científica, se expone a las mismas críticas que la anterior⁷.

3.4 La causalidad alternativa

La teoría de la causalidad alternativa es de antigua data y se ideó principalmente para los casos de daños resultantes de actividades ilícitas masivas, en las que se desconoce el autor directo del daño. El caso típico es el de las riñas y peleas en bares⁸.

⁶ DE MIGUEL (1994: 166).

⁷ DE MIGUEL (1994: 167).

⁸ Cf. VON TUHR (1934, tomo I: 67-68).

La jurisprudencia holandesa la aplicó a casos de responsabilidad por productos defectuosos⁹.

La fórmula puede recibir aplicación en materia ambiental cuando existen varias fuentes emisoras, entre las cuales existe alguna que causó el daño pero no es posible establecer cuál. En tal caso, todas ellas responden por el total del daño.

No obstante, puede oponerse a que en el caso de confluencia de posibles fuentes contaminantes no existe un proceso único como en el caso de la riña, sino que se trata de acciones independientes unas de otras. Y la simple posibilidad de que un agente haya causado el daño no es suficiente para afirmar la causalidad¹⁰.

3.5 La causalidad por participación en el mercado

La teoría del *market share liability* surgió para paliar el problema de la causalidad en los casos de responsabilidad por productos defectuosos, pero a partir de allí ha sido considerada en otros ámbitos, como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

El evento que le sirve de presupuesto es nuevamente una serie de posibles demandados entre los cuales se encuentra el causante del daño cuya identificación no es posible. En vez de afirmar la responsabilidad solidaria de todos ellos, como lo haría la doctrina de la causalidad alternativa, se condena a todos los posibles causantes a indemnizar al afectado en proporción a la participación que ellos tienen con sus productos en el mercado considerado relevante.

La aplicación de la teoría al campo de la responsabilidad ambiental presenta dificultades a la hora de determinar cuál es el mercado relevante y cómo debe fijarse la cuota que corresponde a los posibles agentes emisores en dicho mercado.

Como vemos, ninguna de estas fórmulas de atenuación de la exigencia de la causalidad está exenta de críticas y de dudas sobre la consistencia de su aplicación al sector medioambiental. La única que ha ganado más preeminencia hasta lograr consagración normativa en algunos países es la que consiste en una inversión de la carga de la prueba, por la vía de presunciones de causalidad. Por su importancia, le dedicamos el acápite siguiente.

⁹ Cf. DE MIGUEL (1994: 169). Se refiere a los juicios por los daños producidos en las hijas de madres que consumieron la droga DES: Asunto DES-dochters, Tribunal Supremo de Holanda, 9 de octubre de 1992.

¹⁰ VON TÜHR (1934: 67) afirma que cuando hay dos posibles ejecutores del daño pero con acciones independientes, como si se produce un hurto en una habitación en la que solo han entrado dos personas, no puede afirmarse la responsabilidad de ninguna por falta de prueba de la causalidad: «No basta la posibilidad de que una de ellas haya causado el daño, para hacerla responsable de él».

4. PRESUNCIONES DE CAUSALIDAD

En la responsabilidad civil, el nexo causal debe probarlo la víctima que demanda la reparación. No obstante, hay un fuerte movimiento que propicia una inversión de la carga de la prueba para ciertos sectores especiales como el de la responsabilidad por daño al medio ambiente.

Se aducen tres razones por las cuales imponer el peso de la prueba de la falta de causalidad en el demandado resulta justificado tratándose de daños ecológicos: a) si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace del modo menos dañino, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo; b) existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos; y c) los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad.

Aunque la inversión de la carga de la prueba se aduce en doctrina y jurisprudencia en muchos ámbitos, son pocas las legislaciones que la han consagrado formalmente. La más importante de ellas es la que se contempla en la Ley Alemana de Responsabilidad del Medio Ambiente: *UmweltHG*, del 10 de diciembre de 1990.

El parágrafo 6 de la ley alemana contiene la presunción de causalidad que radica en que la instalación sea considerada «apropiada» para causar el daño que se reclama en el proceso¹¹. El demandante debe probar la adecuación, hecho lo cual corresponderá al demandado destruir la presunción demostrando que, a pesar de ello, su instalación no fue la causa del daño.

No obstante, el demandado puede descartar la aplicación de la presunción si prueba que ha cumplido con los llamados *deberes de utilización*. En efecto, el número 2 del parágrafo 6 dispone que la presunción no se aplica si la instalación ha venido siendo utilizada adecuadamente y que se entiende que lo ha sido si se ha dado cumplimiento a los deberes especiales de utilización y no ha habido ninguna anomalía en su funcionamiento. En el número siguiente se precisa que son deberes especiales de utilización aquellos impuestos por autorizaciones administrativas, órdenes, ordenanzas y reglamentos imperativos, cuando sea su propósito prevenir el tipo de impactos ambientales que pueden considerarse como causa del daño. Más todavía, si esos deberes imponen un control de las actividades, se presume que el deber fue correctamente cumplido si dichos controles tuvieron lugar durante el período en que podría haberse emitido el impacto ambiental desde la instalación y de ellos resultó que no había violación de los deberes de

¹¹ El juicio de adecuación debe considerar el modo de producción de la instalación, la clase y concentración de las materias primas y de las emanaciones, las circunstancias meteorológicas, así como cualesquiera otras circunstancias que hablen pro o contra la causalidad.

utilización. Lo mismo sucede si la demanda de reparación es posterior en diez años al impacto ambiental.

Por si fuera poco, el parágrafo 7 ordena que la presunción no se aplique si se demuestra que existe otra circunstancia que también puede ser calificada de «apropiada» para producir el daño¹².

En consecuencia, la presunción de causalidad queda reservada para los casos en los que la instalación aparece como la única circunstancia «intrínsecamente adecuada» para producir el daño, y en los que no se ha dado cumplimiento a los deberes de correcta utilización por parte del empresario.

Otra legislación que parece haber consagrado una presunción de causalidad es la de Suecia, (sección 3 del capítulo 32 del Nuevo Código del Ambiente), porque afirma el nexo causal cuando hay pruebas *prima facie* de una probable causa. Pero la norma también puede ser entendida sencillamente como el acogimiento del criterio de la probabilidad para establecer la causalidad¹³.

El ejemplo de la ley alemana ha influido para los trabajos que tienden a una posible directiva de la Unión Europea en materia de responsabilidad medioambiental. En el documento llamado *Libro blanco* presentado por la Comisión se propicia la inversión de la carga de la prueba de la causalidad, aunque sin definir sus características¹⁴.

En Chile se ha sugerido que quizá sea posible aplicar una presunción de causalidad similar a la contemplada en la ley alemana por la vía de aplicar la disposición del artículo 2329 del Código Civil, en la interpretación que le da Alessandri como presunción de culpa por la realización de actividades que si causan daño es porque ha intervenido culpa en alguno de los agentes que intervienen en ellas (choque

¹² Cf. CAÑIZARES y RODRÍGUEZ (1994: 209-228).

¹³ Cf. CLARCKE (s/a). Se trata de un estudio sobre la evolución reciente de la legislación en materia de responsabilidad ambiental en los Estados miembros de la Unión Europea y algunos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA (2000: 66 final, 9 de febrero de 2000): «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 en favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad. 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».

No obstante, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental, COM 2002, 17 final-Diario Oficial C 151 del 25 de junio de 2002, ha preferido seguir el modelo de la CERCLA de Estados Unidos y no regular la reparación de los daños tradicionales, individuales o personales, los que se estiman propios de la responsabilidad civil del derecho privado.

de trenes)¹⁵. Enrique Barros señala en este sentido que si se acepta la presunción de culpa por el hecho propio, asumiendo el criterio del *Common Law* del *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), debería extenderse dicha presunción al terreno de la causa. Se trataría de una presunción simplemente legal, por lo que la empresa o persona imputada podría liberarse del deber de reparar si prueba la causa efectiva del daño ambiental¹⁶.

La aplicabilidad del artículo 2329, inciso 1, del Código Civil para construir una presunción de causalidad en materia de responsabilidad ambiental es, sin embargo, discutible. Primero, porque la doctrina se encuentra dividida sobre si existe o no esa presunción general de culpa por el hecho propio. Si ya se discute la presunción de culpa, más difícil es que se acepte que contiene también una presunción de causalidad. Personalmente pensamos que la norma explicita la exigencia de relación causal al señalar que debe indemnizarse todo daño «que pueda imputarse» al hecho doloso o culposo, es decir, que tenga una relación de causa a efecto con aquel¹⁷, pero no se refiere a la prueba de la causalidad sino a su necesidad como requisito de fondo.

Hay un segundo motivo para negar que el artículo 2329 del Código Civil permita presumir la causalidad en materia ambiental: la legislación aplicable en esta materia, la ley 19.300, construyó su propia presunción de culpa, y respecto de ella advirtió que dicha presunción no eximía al actor de la prueba del nexo causal. No parece coherente, en consecuencia, sostener que la presunción de causalidad pueda ser reinstalada en ese régimen por obra de una disposición del régimen común.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la interpretación del artículo 2329 del Código Civil que quiere ver en ella una presunción de culpa y de causalidad es demasiado sinuosa al considerar los elementos que permitirían dar lugar a la presunción, de manera que prácticamente no habría accidente que no pudiera caber dentro de su órbita; siempre es posible decir que no deberían ocurrir accidentes y que si ocurrieron es porque alguien tuvo la culpa. No parece que los estrictos requisitos fijados por la legislación alemana sean reproducibles para aplicar la norma del artículo 2329 del Código Civil de una manera tan abierta como lo propone Alessandri.

Pensamos, por tanto, que no existe en el derecho chileno vigente una presunción de causalidad en materia ambiental, y que su establecimiento puede ser interesante de estudiar como cuestión de *lege ferendae*, pero no de *lege lata*.

¹⁵ Cf. ALESSANDRI (1943: 307).

¹⁶ BARROS (2006: 807-808).

¹⁷ CORRAL (2003: 228-229).

Para el caso de que desee construir legalmente una presunción del nexo causal, creemos conveniente analizar muy cuidadosamente los elementos o requisitos que se tomarán en cuenta para dar lugar a la presunción. Se deberían evitar las fórmulas vagas o circulares, como la de que se presume la causalidad cuando la actividad es adecuada para causar el daño o susceptible de causarlo, etcétera. Siguiendo el ejemplo alemán, convendría circunscribir la presunción al elenco de ciertas instalaciones o empresas de riesgo ambiental y a la generación de ciertos daños típicos o especialmente graves (muerte o lesiones corporales). También podría estudiarse la posibilidad de que la causalidad se presuma siempre que un organismo técnico haya certificado la existencia *prima facie* de una relación entre el hecho y el daño¹⁸.

5. DEFENSA DEL REQUISITO DE LA CAUSALIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD

Cabe notar que una cierta ansia por no dejar insatisfechas a las víctimas puede estar produciendo la tentación de no buscar una mera atenuación de la prueba de la causalidad, sino francamente su eliminación como requisito para configurar el deber de resarcimiento.

Se aduce como ejemplo que la legislación norteamericana del *Superfund* ha considerado suficiente elemento para que alguien deba responder por el daño ambiental el que se le califique como «parte potencialmente responsable», concepto amplio en el que se incluye a productores, propietarios, transportistas de sustancias peligrosas, explotadores de plantas de eliminación de residuos. Con razón se tacha esta noción como «una verdadera aberración», toda vez que exige que se hagan cargo de un daño ecológico personas cuya actividad no es seguro que lo hayan causado¹⁹. Esta contribución al fondo tiene más visos de ser una tasa o impuesto que una indemnización a título de responsabilidad civil²⁰. La Propuesta de Directiva de la Unión Europea limita los responsables a los operadores de las actividades ocupacionales causantes del daño.

¹⁸ Así lo sugiere MORENO (1991: 251-252), siguiendo el sistema establecido por una ley japonesa de 1974 sobre accidentes que repercuten en la salud en relación con la polución.

¹⁹ LARROUMET (1998: 114).

²⁰ El ex presidente George Bush promulgó una modificación a la CERCLA (*Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act*) que intenta limitar la responsabilidad de los «*innocent landowners*» (propietarios que desconocían los vertimientos), «*bona fide prospective purchasers*» (adquirentes de buena fe) y «*contiguous property owners*» (afectados por emisiones de predios vecinos). También exonera de responsabilidad a los microemisores siempre que sus vertimientos no superen los 100 galones si se trata de líquidos y las 200 libras si se trata de material sólido, salvo que la EPA determine que, aunque pequeña, la contribución tuvo un efecto tóxico significativo.

Otros intentos de presunción de la causalidad, como la del Proyecto del Convenio del Consejo de Europa sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados en el Ejercicio de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, induce al juez a afirmar la causalidad cuando la actividad peligrosa incrementa el riesgo del daño (artículo 10).

Si bien es posible establecer una presunción de causalidad, entendemos que esta debe ser materia del legislador y no del intérprete. En todo caso, el requisito debe permanecer porque es sustancial a la estructura de la responsabilidad civil²¹. Otra cosa, por cierto, es que la causalidad legalmente exigida no pueda ser acreditada por presunciones judiciales, cumpliendo los requisitos que se establecen para que estas puedan constituir plena prueba.

La mantención del requisito de la causalidad como elemento de la responsabilidad civil medioambiental no implica, sin embargo, que deba ser acreditada con la certeza unívoca y total de una prueba científica. La afirmación o negación del nexo causal deberá ser apreciada de acuerdo con criterios prudenciales y teniendo en cuenta los antecedentes del caso²².

6. LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

El caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos ambos como un hecho externo a la esfera de control del demandado, imprevisible e inevitable, producen un rompimiento del nexo causal y exoneran de responsabilidad al demandado, incluso aunque pueda acreditarse culpa o negligencia.

Hasta las legislaciones que establecen una responsabilidad sin culpa u objetiva por daño ambiental consideran la aplicación del caso fortuito como circunstancia eximente. Por ejemplo, la ley alemana señala que no procede la obligación de indemnizar cuando el daño se origina en fuerza mayor (artículo 4). El *Libro blanco* de la Comisión Europea señala que en una futura regulación europea de la materia debieran incluirse las eximentes generalmente aceptadas, como la fuerza mayor²³.

²¹ Cf. LARROUMET (1998: 114).

²² CABANILLAS (1996: 88-89), apoyando la posición realista del Tribunal Supremo español que propone valorar la causalidad en cada caso conforme al buen sentido y a las circunstancias concretas.

²³ COMISIÓN EUROPEA (2000: 19). La Propuesta de Directiva de 2002 señala como causales de exoneración: actos bélicos, un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible y las emisiones que no hayan sido consideradas perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad (artículo 9).

No obstante, la doctrina parece propiciar una restricción del concepto de caso fortuito o fuerza mayor en los daños ambientales. Se señala así que la acción contaminante supone la previsibilidad del daño en la medida en que opera dentro de la esfera de control del responsable, de manera que solo si se demuestra que este ha sido inevitable o insuperable podría considerarse configurado el caso²⁴. Esto será así en la medida en que la naturaleza contaminante de la acción sea de hecho previsible, según el estado de los conocimientos técnicos y científicos disponibles a la época en que se realizó la actividad contaminante.

El caso fortuito tampoco operará cuando la exposición a su ocurrencia sea imputable a culpa del demandado. Así, si se dejó una bodega de materiales altamente inflamables sin las precauciones necesarias para evitar el fuego, se responderá por la explosión producida aunque se origine por un relámpago que impactó extraordinariamente en la bodega. Se aplicará en este caso la norma que hace responsable al deudor por el caso fortuito que ha sobrevenido por su culpa (artículo 1547, inciso 3, del Código Civil chileno).

Tratándose de actividades sensiblemente riesgosas, el legislador puede poner de cargo del sujeto agente incluso los accidentes que se produzcan por fuerza mayor o caso fortuito, o al menos especificar qué tipos de casos pueden exonerar de responsabilidad. Es lo que sucede, por ejemplo, con la Ley de Seguridad Nuclear chilena, que dispone que el explotador de una instalación nuclear responde siempre por el caso fortuito y la fuerza mayor, y solo admite la excusa respecto de algunos tipos de ellos: hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil (artículo 56, ley 18.302, 1984).

Al caso fortuito debe asimilarse la falta de conocimientos científicos que hubieran permitido advertir que una determinada actividad producía un daño al medio ambiente. En este sentido, la reciente legislación italiana sobre medio ambiente (decreto legislativo 152, del 3 de abril de 2006) establece que el operador no será responsable de los gastos de prevención o restauración cuando demuestre que no hubo comportamiento doloso o culposo de su parte y que la intervención preventiva fue causada por «una emisión o una actividad o cualquiera otro modo de utilización de un producto en el curso de una actividad que el operador demuestre no haber sido considerado probable causa de daño ambiental según el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de la emisión o de la ejecución de la actividad» (artículo 308).

²⁴ Es esta la opinión de DE MIGUEL (1994: 174 y ss.). Señala que se puede argumentar que el daño producido por los sujetos que desarrollan actividades contaminantes es «siempre» previsible, desde el momento en que el daño se produce dentro del ámbito de actividad del sujeto agente (p. 177).

7. LA CULPA DE LA VÍCTIMA

Una de las defensas a la que los demandados recurren para tratar de desvirtuar el nexo causal es la del hecho o culpa de la víctima. La intervención de la víctima puede desplazar como causa la acción del demandado, y en tal caso se descartará toda responsabilidad por fallar el requisito de la relación de causalidad. En la mayor parte de las veces, el hecho del demandante sería apreciado como causa concurrente, que puede atenuar aunque no suprimir la conexión causal con el hecho del demandado.

No parece haber discusión acerca de que, incluso si se concibe la responsabilidad ambiental como responsabilidad objetiva, la culpa de la víctima puede ser de tal intensidad que llegue a convertirse en la única causa del daño, eximiendo al sujeto agente de toda responsabilidad por los daños ambientales producidos.

Más dudas existen acerca de si es posible concebir una moderación de la indemnización debida por el demandado cuando se pruebe que hubo culpa de la víctima concurrente con la causación del daño por el primero. Se plantea que tratándose de responsabilidad objetiva no cabe la compensación de culpas, por lo que en tal caso la indemnización deberá ser completa. Según esta posición, la culpa de la víctima debe ser apreciada con una política del «todo o nada»: si es la única causa, no se indemniza; si es causa concurrente, se debe toda la indemnización.

Con razón, se hace ver que esta consideración parece demasiado drástica y no da cuenta de que lo que debe resarcirse es el daño, y que no tiene la misma naturaleza el daño producido sin culpa ni intervención de la víctima que aquel que se ha debido en parte al actuar de esta. Se propicia, en consecuencia, que aun en los supuestos de responsabilidad objetiva, como puede ser la ambiental, debe atenuarse la responsabilidad cuando haya intervención negligente de la víctima, aunque no tenga la entidad suficiente como para quebrar la relación de causalidad con la conducta del demandado. Señala a este respecto Carlos de Miguel: «[...] parece claro que el daño co-producido por la propia víctima es menos resarcible que aquel en que la víctima no ha participado en modo alguno. El hecho de que en el caso concreto el sujeto agente sea susceptible de ser responsable objetivamente no debe tenerse en cuenta para valorar, a efectos de la concurrencia de causas, la conducta del perjudicado [...] Si la víctima contribuye a la causación de su daño, en la misma medida de la intensidad y carácter de su aportación a la producción del daño deberá reducirse la responsabilidad del sujeto agente»²⁵.

²⁵ Cita la sentencia del Tribunal Supremo Español del 7 de octubre de 1988. DE MIGUEL (1994: 179-180).

Además se advierte que, con mayor razón, si cabe, deberá producirse esta atenuación cuando la víctima se ha expuesto al daño mediante el desarrollo de una actividad riesgosa²⁶.

En la Ley de Bases chilena no hay norma expresa sobre la culpa de la víctima, por lo que cabe aplicar el derecho común en materia de responsabilidad. Por ello, no vemos inconveniente en admitir que si la víctima con su acción es la que se erige como causa exclusiva del daño fallará el nexo causal exigido por los artículos 2314 y 2329 del Código Civil y por tanto no habrá responsabilidad medioambiental. Si la culpa es contribuyente servirá para que el juez disminuya el monto de la indemnización por aplicación del artículo 2330 del Código Civil. Este precepto al hablar simplemente de reducción de «la apreciación del daño» por exposición imprudente del perjudicado no presenta dificultades para que sea aplicado a regímenes objetivos o de culpa presunta como lo es la responsabilidad ambiental.

8. PLURALIDAD DE RESPONSABLES Y HECHO DE UN TERCERO

Los problemas de causalidad se multiplican cuando es necesario dilucidar si el hecho de un tercero diverso del demandado y de la víctima demandante ha tenido una intervención decisiva en la producción del daño. Se reconoce, sin problemas, que si el hecho del tercero llega a tener entidad suficiente para explicar por sí mismo la causalidad del resultado, se excusará de responsabilidad al demandado. Se considerará que el hecho de un tercero es un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, y por lo tanto deberá cumplir los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad que se exigen a aquel.

En todo caso, el solo hecho de que el daño haya podido ser causado por la acción de un tercero no es razón suficiente para excluir el nexo de causalidad del demandado²⁷. Si en cambio el hecho del tercero es meramente una causa concurrente, se planteará el problema de una pluralidad de responsables²⁸.

²⁶ DE MIGUEL (1994: 180).

²⁷ CABANILLAS (1996: 85) critica el fallo del Tribunal Supremo español del 19 de junio de 1980 que negó la causalidad de los daños a una mejillonera instalada en la bahía de La Coruña, atribuidos a los derrames de petróleo de un armador, por el hecho de que los supuestos perjuicios no provinieron exclusivamente de los vertidos del buque demandado sino además de otros muchos.

²⁸ En la legislación norteamericana (CERCLA) se contempla la posibilidad de que el propietario demandado de responsabilidad se defienda señalando que la contaminación de su predio se debió a vertimientos que tuvieron origen en un predio vecino. Se excusa al demandado siempre que acredite que al momento de adquirir la propiedad hizo las investigaciones apropiadas, si no tenía razones para saber que la propiedad estaba contaminada y si acredita que adoptó todas las medidas necesarias para evitar cualquier contaminación nueva o continua.

Si la pluralidad de responsables se configura como una concertación y producción de un solo proceso dañoso ambientalmente, podrá constituir un supuesto de responsabilidad solidaria que afecte a cada uno de los partícipes por la totalidad de la indemnización debida. Se aplicará entre nosotros la norma del artículo 2317 del Código Civil chileno, ante la ausencia de una norma especial en la Ley de Bases²⁹. Sólo podrán excluirse de la responsabilidad solidaria aquellos que acrediten que su participación en el resultado dañoso ha sido insignificante o irrelevante³⁰.

Más complejas son otras situaciones que se configuran cuando se sabe que el daño ha provenido de alguno de los posibles emisores, pero no es posible probar cuál de ellos provocó el perjuicio. En tales casos, en el derecho comparado se han forjado las teorías de la causalidad alternativa, por la que cualquiera debe responder por el total, quedando a salvo su derecho a repetir en contra del verdadero responsable; o la de la responsabilidad por cuota del mercado, por la que se obliga a todos los componentes del grupo a indemnizar en proporción a su participación en el mercado relevante en el que se insertaban, salvo que aporten ellos la prueba de la causalidad real. Ninguna de estas teorías, nos parece, pueden ser aceptadas para nuestra legislación, al menos de *lege lata*. En todo caso, esta atenuación de la exigencia de causalidad, unida a la objetivación de la imputación, puede ocasionar un crecimiento quizás exagerado de la litigación.

Otro supuesto que suele considerarse en materia ambiental es la atomización de los emisores. Se trata de aquel daño ambiental que se produce por la acumulación de acciones de muchos y no concertados agentes y que individualmente consideradas no constituyen perjuicio para el medio ambiente. Es el caso típico de la contaminación atmosférica por la emisión de gases de combustión de vehículos motorizados. En este caso, la aplicación del artículo 2317 del Código Civil chileno para establecer una posible solidaridad entre todos los sujetos responsables se presenta como inviable debido a la cantidad eventual de demandados, pero además porque no habría unidad del hecho ilícito ni la concertación, a lo menos tácita, que implica la coautoría³¹. Es menester señalar que en estos casos la aplicación de los remedios propios de la responsabilidad civil no será viable³².

²⁹ En una primera aproximación a la Ley de Bases, sosteníamos que el artículo 2317 debía poder aplicarse «a aquellas actividades de sujetos diversos que, en su conjunto, configuran un mismo daño al medio ambiente, imposible de individualizar o de dimensionar por separado» (CORRAL 1996: 176).

³⁰ CABANILLAS (1996: 87).

³¹ Cf. CORRAL (1996: 176); VÉRGARA (1992: 204).

³² Salvo que se arguya responsabilidad de las autoridades públicas que han autorizado las emisiones sabiendo que su acumulación causará perjuicio a las personas.

9. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como conclusiones de este estudio podemos mencionar que la exigencia de que se acredite una relación entre la conducta del demandado y el daño causado al medio ambiente es inevitable y necesaria si se quiere ocupar el instrumento de la responsabilidad de derecho privado como una de las formas que pueden contribuir a la finalidad de preservar el medio ambiente natural. La prescindencia de la relación causal desfiguraría la responsabilidad como expediente de justicia privada.

La relación de causalidad aparece exigida en la Ley de Bases del Medio Ambiente chilena, ya que si se expresa que debe concurrir en los casos en los que se presume la culpa, con mayor razón deberá predicarse tal conclusión en aquellos supuestos en los que la negligencia debe ser probada.

No nos parece que pueda conformarse una presunción de causalidad bajo el amparo de la norma del artículo 2329 del Código Civil chileno, en la lectura de presunción de responsabilidad por el hecho propio que le da una parte de la doctrina. El establecimiento de un relajamiento del requisito en materia medioambiental debe ser materia de una decisión político-legislativa. En todo caso, la presunción que se articule debiera elaborarse muy cuidadosamente para que los elementos que la constituyan sean suficientemente precisos y concretos. La presunción debiera edificarse, así, sobre la base de ciertas actividades peligrosas para el medio ambiente, elencadas a la manera de la legislación alemana, y ciertas formas de lesiones medioambientales. La presunción será simplemente legal, y constituirá una inversión del peso de la prueba.

Las interrupciones al nexo causal presentan singularidades en materia medioambiental. La tendencia es a restringir la aplicación del caso fortuito o fuerza mayor a algunos eventos tipificados y que son externos al control del demandado. El hecho del tercero puede llevar a desplazar la causalidad si constituye un caso fortuito. La pluralidad de concausas puede conducir a la responsabilidad solidaria, siempre que se acredite que hay una unidad en el hecho contaminante. La culpa de la víctima puede funcionar, sea como causa exclusiva del daño, supuesto que exonerará de responsabilidad al demandado, o como causa concurrente, caso en el que dará lugar a una disminución de la indemnización. Entre nosotros, no hay razones para no aplicar el artículo 2330 del Código Civil chileno al régimen de responsabilidad ambiental previsto en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo
1943 *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- BARROS BOURIE, Enrique
2006 *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio
1996 *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi.
- CAÑIZARES LASO, Ana y José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA
1994 «La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente». *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, volumen 47, número 1, pp. 209-228.
- CLARCKE, Chris
s/a *Update Comparative Study*, disponible en <<http://europa.eu.int/comm/environment/liability/legalstudy.htm>>. Consulta: 5 de marzo de 2004.
- COMISIÓN EUROPEA
2000 *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental, COM 66*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- CORRAL TALCIANI, Hernán
1996 «Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, volumen 23, número 1, pp. 143-177.
2003 *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile.
- DE MIGUEL PERALES, Carlos
1994 *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas.
- LARROUMET, Christian
1998 *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*. Santiago: Jurídica de Chile.
- MORENO TRUJILLO, Eulalia
1991 *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: Bosch.
- VON TUHR, Andreas
1934 *Tratado de las obligaciones*. Traducción de W. Roces. Dos volúmenes. Madrid: Reus.