V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

NORMA SUELI PADILHA

MARCELO JOSÉ COUSILLAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito ambiental e socioambientalismo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Marcelo José Cousillas, Maria Claudia da Silva Antunes De Souza, Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-222-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito ambiental. 3. Socioambientalismo I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

A pesquisa apresentada no V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidade da República do Uruguai, em Montevidéu – Uruguai, e agora apresentada nesta coletânea do Grupo de Trabalho Direito Ambiental e Socioambientalismo I traduzem, em toda sua complexidade, os principais questionamentos do Direito Ambiental na atualidade. Em comum, esses artigos guardam o rigor da pesquisa e o cuidado nas análises, que tiveram como objeto de estudos balizados por referencial teórico da mais alta qualidade e realizadas por pesquisadores comprometidos e envolvidos com a busca da efetividade dos direitos socioambientais.

Os autores debatem nos artigos ora apresentados temas envolventes sobre questões ambientais que buscam solução nos instrumentos jurídicos do Direito Ambiental, e que perpassam inquietudes comuns a sociedade brasileira e latino americana, sobre danos ambientais e atividades poluidoras, vulnerabilidade de comunidades tradicionais, mudanças climáticas, agrotóxico, mineração, resíduos sólidos, instrumentos de tutela, sistema de responsabilidades e vários aspectos de conflitos socioambientais.

A leitura dos artigos que compuseram o presente Grupo de Trabalho proporcionará aos leitores um conjunto de informações e conhecimentos que muito contribuirá para o aprofundamento da pesquisa em temas relevantes e instigantes, que desafiam os instrumentos do Direito Ambiental na busca de efetividade do equilíbrio ambiental enquanto um direito fundamental.

No artigo intitulado “(In) Justiça ambiental e a análise econômica do Direito como fundamento da responsabilidade por Danos”, a autora Virginia De Carvalho Leal enfrenta o debate sobre as consequências de se utilizar, como fundamento para a responsabilidade por danos extracontratuais, a análise Econômica do Direito, que busca aplicar a regra “custo-benefício” e justifica a responsabilidade como instrumento para alcançar a maximização da riqueza e a eficiência ou minimização dos acidentes. O artigo demonstra que tal interpretação pode causar disfunções sociais graves e injustiças ambientais, buscando a inserção de critérios distributivos no sistema de responsabilidade por danos ambientais como resposta de igualdade.

Os autores Raul Miguel Freitas de Oliveira e Dirceu Giglio Pereira, no artigo intitulado “A função Administrativa do Estado sócio-ambiental brasileiro sob o prisma dos instrumentos ambientais econômicos”, apresentam uma contribuição para uma nova forma de se analisar a função administrativa estatal, sob o enforque da doutrina jus-ambientalista, em particular a teoria dos instrumentos ambientais econômicos, como promotora do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No artigo “Conflitos socioambientais e mineração: apontamentos sobre os casos Canaã dos Carajás/Pará e Catalão/Goiás, Brasil”, a autora Sanmarie Rigaud Dos Santos, se utilizando na pesquisa da metodologia da análise de casos concretos, aponta como os atuais processos de apropriação do solo e subsolo por mineradoras podem afetar a vida dos trabalhadores rurais, em decorrência dos conflitos sociais e territoriais provocadas pela atividade mineradora.

Os autores João Paulo Rocha de Miranda e Eliane Cristina Pinto Moreira apresentam a inconvencionalidade da Lei 13.123/15 ao tratar da consulta prévia para o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à agrobiodiversidade, confrontando-a os principais tratados internacionais de direitos humanos que consideram a consulta prévia como direito humano dos povos e comunidades tradicionais.

Gustavo Leite Caribé Checcucci apresenta o artigo “Constitucionalização do Direito Ambiental no Brasil e sua efetividade”, abordando na pesquisa o Direito Ambiental a luz da Constituição Federal de 1988, influencia da Declaração de Estocolmo sobre a constitucionalização, e algumas inquietudes quanto a efetividade dos direitos ambientais.

No artigo intitulado “Exploração de Petróleo em Terras Indígenas à Luz da experiência latina”, a autora Julianne Holder da Câmara Silva Feijó, a partir do histórico das consequências desastrosas de empreendimentos petrolíferos em terras indígenas por toda a América Latina, analisa as condicionantes preestabelecidas pela Constituição brasileira, principalmente no que concerne a consulta às comunidades impactadas, resgatando a experiência de alguns dos países latinos.

Na sequencia, os autores Ari Alves de Oliveira filho e Norma Sueli Padilha discutem a pesquisa intitulada “Limites da regulamentação ambiental do agrotóxico e a vulnerabilidade do consumidor”. A pesquisa propõe uma reflexão sobre limites do sistema de comando e controle, que não propiciam, por si só a implementação de uma efetiva proteção a saúde humana e ambiental contra os riscos de contaminação, principalmente em decorrência da concentração da gestão de risco nos órgãos reguladores estatais por sua atuação de polícia administrativa.

O artigo intitulado “lixões, risco aviário e a responsabilidade civil do poder público no estado do amazonas”, de autoria de Valmir César Pozzetti e Juliana de Carvalho Fontes, analisam relação existente entre o risco aviário, os lixões existentes em localidades próximas a aeroportos e a responsabilidade do Poder Público, nos municípios do interior do Amazonas, uma vez que há uma quantidade considerável de lixões construídos no entorno dos aeródromos.

Augusto Cesar Leite de Resende e Fábia Ribeiro Carvalho de Carvalho apresentam o artigo “políticas públicas socioambientais e a política nacional de resíduos sólidos” a partir da análise dialética, a pesquisa aborda os processos de formulação de políticas públicas em especial de uma política que se estabelece em níveis teóricos globais na interação homem-natureza, destacando sua interface ecológica.

No artigo intitulado “propriedade privada no paradigma ambiental” de Thiago Loures Machado Moura Monteiro, aborda sobre como compreender o direito de propriedade privada, no paradigma ambiental, presente no ordenamento jurídico brasileiro. A compreensão pretendida se refere a partir de qual projeto de sociedade deve ser analisado o direito à propriedade privada, em especial se é viável o projeto neoliberal.

Por conseguinte, Victor Roberto Corrêa de Souza e Cleber Francisco Alves apresentam o artigo intitulado “proteção da confiança e defensoria pública em uma perspectiva socioambientalista” tratando das conexões entre o princípio da proteção da confiança e o socioambientalismo, especialmente em casos em que interesses e expectativas legítimas de uma coletividade de pessoas vulneráveis lato sensu são diretamente afetados por atos administrativos, sob a justificativa da necessidade de proteção ao meio ambiente.

Por fim, o autor Bruno Moitinho Andrade de Souza destaca em seu artigo intitulado “proteção jurídica do patrimônio cultural subaquático” que objetiva trazer reflexões sobre a atual tutela do patrimônio cultural subaquático no Brasil.

Diante de todos os trabalhos apresentados, os quais apresentam diferentes e profundas abordagens teóricas, normativas e até empíricas, agradecemos aos autores e autoras pela imensa contribuição científica ao desenvolvimento das discussões sobre Direito Ambiental e Socioambientalismo. A obra que ora apresentamos certamente servirá de instrumento para futuras reflexões e quiçá para o efetivo avanço na tutela do meio ambiente, tão primordial para a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações.

Profa. Dra. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza - Professora da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/ SC, Vice-Coordenadora do Curso de Mestrado do PPCJ

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - Professora da UNISANTOS / UFMS

Prof. Dr. Marcelo José Cousillas - Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de la República-URUGUAY

(IN)JUSTIÇA AMBIENTAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS.

LA (IN)JUSTICIA AMBIENTAL Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

Virginia De Carvalho Leal [1]

Resumo

Diversas têm sido as interpretações e debates sobre os fundamentos filosóficos da responsabilidade por danos extracontratuais até os tempos modernos. A Escola da Análise Econômica do Direito busca fundamentar e justificar a responsabilidade como instrumento para alcançar a maximização da riqueza e a eficiência ou minimização dos acidentes. Esta tentativa de justificação – a partir da aplicação da regra "custo-benefício" – pode causar consequências e disfunções sociais graves e injustiças ambientais, pelo que se buscaria a inserção de critérios distributivos no sistema de responsabilidade por danos ambientais como resposta de igualdade.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Responsabilidade ambiental, Justiça ambiental, Fundamentos filosóficos da responsabilidade extracontratual

Abstract/Resumen/Résumé

Diversas han sido las interpretaciones y debates sobre los fundamentos filosóficos de la responsabilidad por daños extracontractuales hasta la modernidad. La Escuela del Análisis Económico del Derecho intenta fundamentar y justificar la responsabilidad como instrumento para alcanzar la maximización de la riqueza y la eficiencia o la minimización de los accidentes. Esta tentativa de justificación – a partir de la aplicación de la regla "coste-beneficio"- puede causar consecuencias y disfunciones sociales graves e injusticias ambientales, por lo que se buscaría la inserción de criterios distributivos en el sistema de responsabilidad por daños ambientales como respuesta de igualdad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Análise económico del derecho, Justicia ambiental, Responsabilidad por daños, Fundamentos filosóficos de la responsabilidad

[1] Doutorado em Direito pela Universidad de León (Espanha), Mestrado em Direito pela UFPE (Brasil). Professora da Faculdade de Direito de Caruaru (ASCES) e das Faculdades Integradas Barros Melo (AESO-Olinda).

1. Breve introducción a la teoría del análisis económico del derecho como fundamento de la responsabilidad por daños

El derecho de la responsabilidad por daño extracontractual tiene entre sus abundantes peculiaridades la de haberse convertido, desde hace unos cuarenta hasta ahora, en objeto de fuerte debate doctrinal; también sobre sus fundamentos últimos, tanto conceptuales (cuáles son las categorías propias e ineludibles que lo definen) como morales o de justicia. Otra peculiaridad está en que dicho debate surge casi exclusivamente en los países del *common law* (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá y Australia, los principales) y desde allí está siendo recientemente importado por el derecho continental. La meta sistemática y sistematizadora que se busca a través de este debate sería la de dotar de un fundamento común y unos mismos principios a todas las normas que conforman ese sector de la responsabilidad civil por daño extracontractual. Tarea difícil, o quizá imposible —dirían algunos.

Diversas han sido las interpretaciones y también los debates sobre los fundamentos filosóficos de la responsabilidad por daños extracontractuales hasta la modernidad, aunque se compute un lapso temporal de letargo intelectual hasta aproximadamente la década de los cincuenta. La dogmática tradicional se apoyaba en conceptos alusivos a datos insoslayables para que pueda generarse la responsabilidad, como el de daño y el de causalidad (el responsable tiene que ser el causante del daño y solo el causante del daño), y, además, presupone una justificación en términos de justicia que se basa en la culpa, en cualquiera de sus grados, pues se responde por haber hecho algo indebido o sin el cuidado debido, o incluso porque buscando beneficio se hace algo que se sabe que puede dañar, y asumiendo que en algún caso dañará, aunque se ponga todo el cuidado posible para que tales daños no ocurran, o que ocurran el menor número posible de ocasiones. Igualmente, se asume como imperativo de justicia que no debe pagar por el daño aquel del que nada de ello se puede predicar, el total y absolutamente inocente, el que ni por activa ni por pasiva es culpable, y el que con el mayor cuidado hace algo que ni es fuente cualificada de riesgos para los demás ni de beneficios especiales para él.

Es apenas a partir de la década de los sesenta que en el mundo anglosajón se percibe un resurgir de la vitalidad de los debates filosóficos, y que en el sistema continental no se había podido recuperar tras el fuerte movimiento codificador del siglo XIX que, de cierta manera, quitó

el aliento a la discusión de los fundamentos del derecho de daños[1] (Zamora, 2013, p. 25). En aquella época prevaleció el formalismo exacerbado y el realismo, que fueron dominantes hasta finales del siglo XIX e inicio del siglo XX.[2]

En ese periodo de la historia se ha notado que diversos factores —entre ellos, el acelerado desarrollo y la modernización, combinados con una progresiva interferencia del Estado en la economía— han generado, directa o indirectamente, importantes cambios en el paradigma filosófico de la teoría tradicional de la responsabilidad por daños extracontractuales, apoyados en las condiciones intelectuales cambiantes que venían surgiendo desde finales del siglo XIX. La sociedad liberal clásica ha sido puesta en jaque, juntamente con su concepción de "coherencia" interna (Fletcher, 1972, p. 540).

La modernidad, su rápido desarrollo de la economía industrial y los accidentes relacionados con productos y vehículos protagonizaban problemas y cambios a los que la perspectiva tradicional de la dogmática formalista y sus conceptos, que no llegaban a dar respuestas. Todo eso ha contribuido a que la teoría tradicional de la responsabilidad extracontractual pareciera fuera del foco y acabara por agotarse en sí misma. Sería en Estados Unidos, a partir aproximadamente de los años sesenta del siglo XX, que la teoría iba a seguir otro camino, de la mano de la escuela del análisis económico del derecho.

El análisis económico del derecho (en adelante AED) cambió radicalmente ese enfoque tradicional de la cuestión. Para empezar, los cultores de esa doctrina tienden a hablar más de accidente que de daño. El término "daño" tiene una cierta connotación moral o de justicia, mientras que "accidente" hace pensar más en la desgracia aleatoria, en el suceso desgraciado que por azares ingobernables le puede pasar a cualquiera, en cualquier momento y en cualquier avatar de la vida.

La cuestión que les interesa a los exponentes del AED es la de quién corre con los costes de los accidentes, quién paga por las desgracias que alguien sufre. Se trata, pues, no primaria o fundamentalmente de dar lo suyo, de hacer justicia a la víctima o al causante del daño, sino de

[1] Oliver Wendell Holmes ha sido citado como quien permitió cierto nivel de sistematización filosófica en el *common law* y los daños entre particulares. Es considerado por Goldberg (2002) como el "abuelo" de la filosofía de la responsabilidad extracontractual.

[2] Para una visión más completa de la historia de la filosofía de la responsabilidad extracontractual y su evolución sugerimos como lectura: Englard (1993; 2009), Owen (1995), Goldberg (2002) y Zipursky (2013).

establecer quién conviene más que cargue con tales o cuales costes de los accidentes.[3] Como teoría de facciones instrumentalistas, parte del supuesto de que las características centrales de un determinado cuerpo de derecho se justifican o se explican si buscan alcanzar un propósito, o remediar un determinado problema social. La responsabilidad extracontractual buscaría pues alcanzar la maximización de la riqueza y la eficiencia o la minimización de los accidentes. Las teorías analíticas pierden todavía más voz y espacio con la llegada y consolidación del AED.

Nos centraremos a partir de ahora en la evolución que ha tenido el análisis económico del derecho de daños como fundamento filosófico de la responsabilidad por daños extracontractual a partir de la mitad del siglo XIX.

En el segundo apartado lo dedicaremos a la prevención óptima y las principales teorías del análisis económico del derecho de daños, mientras que en el tercer punto veremos la aplicación de la minimización de los costes de los accidentes según el AED y su criterio de eficiencia. Por ende, reservaremos el último apartado a las consecuencias y disfunciones sociales de la minimización de los costes de los accidentes y a la aplicación de la regla coste-beneficio en supuestos de daños ambientales, y a título de conclusión, el último debate sobre la justicia ambiental y la inserción de criterios distributivos en el sistema de responsabilidad por daños ambientales como respuesta de igualdad.

2. El análisis económico del derecho, la prevención óptima y sus principales teorías.

A las discusiones teóricas sobre el fundamento filosófico de la responsabilidad por daños extracontractual existen dos aproximaciones o doctrinas principales: la denominada escuela del análisis económico del derecho, que en apretada síntesis, de carácter instrumentalista, trata la responsabilidad como un mecanismo de minimización de los costes sociales ocasionados por los accidentes o riesgo de daños; y las teorías morales o teorías basadas en la justicia, para las que el sistema de responsabilidad es visto como modelo determinado de principios morales y requisitos de justicia (sobre todo, busca su fundamento en la justicia correctiva de base aristotélica).

Lo que más nos interesará trabajar en ese apartado será el análisis económico del derecho de daños, es decir, el análisis económico aplicado a la teoría de la responsabilidad por daño

[3] Para Calabresi, el análisis económico del derecho de daños serviría para rescatar algunos principios de la teoría de la responsabilidad de la empresa (cfr. Goldberg, 2002, p. 40).

extracontractual, para enseguida ver la influencia concreta y las consecuencias de su aplicación en la responsabilidad extracontractual por daños ambientales.

El AED, que no se aleja de la concepción instrumentalista,[4] se vale de herramientas microeconómicas con objetivos cercanos al utilitarismo, es decir, de utilizar la visión y los conceptos económicos para aplicarlos al estudio y a los problemas jurídicos, en los distintos campos de regulación jurídica.

Para los principales analistas económicos del derecho,[5] la visión tradicional de la responsabilidad extracontractual no llegaba a alcanzar y ver determinados aspectos del derecho, y en particular algunas peculiaridades del derecho de daños y sus consecuencias en las actividades económicas. La teoría tradicional tampoco quería asumir la posibilidad de que el derecho de daños sirviera como incentivo a determinadas acciones que generaran riqueza y mejoraran la economía.

El AED adopta una postura *ex ante*, una postura disuasoria o preventiva de accidentes futuros. Esa atribución de responsabilidad, que es vista nada más que como atribución de costes, debe obedecer a criterios de eficiencia económica general. Se presupone que los accidentes son malos, pues se carguen los costes a quien se carguen, se restan recursos económicos a la colectividad. Pague quien pague por las casas destruidas por un terremoto o por la bomba de unos terroristas, se detraen así recursos económicos que podrían ser destinados a otros fines más productivos o que aumentaran más el bienestar general. Así que de eso se trata, de regular la atribución de costes de los accidentes, de forma tal que dicha regulación permita que los accidentes sean los menos o que su coste sea el más bajo posible. El criterio no es de justicia, y menos de justicia interpersonal, sino de eficiencia económica general. El derecho de daños no es una manifestación de la justicia interpersonal, sino una herramienta de ingeniería social. En su fondo, por supuesto, late una cierta concepción utilitarista de la justicia: una sociedad más justa

[4] Aunque tampoco se confunde con ella. Según la percepción de Papayannis (2009), el AED nunca logró alejarse de la concepción instrumentalista, porque ha sido esa la primera economía del bienestar. Posner (1998), por su parte, sostiene que la norma económica que él defiende, denominada "maximización de la riqueza", ofrece una base más sólida que el utilitarismo para formular una teoría normativa del derecho. Para Fabra, las tres versiones —los utilitaristas, la maximización de la riqueza y la maximización del bienestar— son tres variantes que se pueden cobijar bajo el concepto más amplio de "consecuencialismo" moral, que sostiene que el más importante de los deberes morales es la maximización (cfr. Fabra, 2013, p. 41).

[5] Entre los principales y más representativos teóricos que emplean la técnica analítica económica, y que la han empleado en el análisis del derecho de daños, se encuentran: John Brown, Guido Calabresi, Ronald Coase, Robert Cooter, Richard Epstein, Mark Grady, John Hansen, William Landes, Richard Posner, Steven Shavell y Louis Kaplow. Estos autores parten del supuesto microeconómico de que una persona (o entidad) debe decidir acerca de si, o cómo, participar de una determinada actividad, sopesando sus costos y beneficios.

es aquella económicamente más eficiente, ya que el nivel total de bienestar será mayor allí donde sean mayores los recursos y, por tanto, menor la parte de esos recursos que deba destinarse a compensar accidentes o desgracias. Los teóricos del AED utilizan la riqueza como concepto medible y objetivo de la utilidad, la cual se mide por el precio.[6]

En términos generales —aunque cada uno de los principales teóricos analistas económicos aporte su variante conceptual de la teoría— el AED trata de explicar cómo y en qué medida, a través de la aplicación de los conceptos e instrumentos económicos, el derecho de daños puede promover la eficiencia económica en el mundo, donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. Así, alcanzamos la regla más general del AED para el derecho de daños, muy elemental y sintéticamente formulada aquí: los costes de los accidentes deben imputarse a aquel a quien le resulte más barato prevenir tales accidentes. Es la eficiencia económica lo que cuenta, sin que sean en sí determinantes factores atinentes a la justicia en el tratamiento de los individuos y de sus situaciones.

Y esa regla general, una vez aplicada al derecho de daños, también podrá causar disfunciones sociales a la responsabilidad extracontractual, a lo que nos dedicaremos más adelante.

Para los economistas, la responsabilidad por daños extracontractual funciona como un instrumento flexible en las manos de los operadores jurídicos, para llegar a alcanzar lo que denominan "la prevención óptima".[7] (Coleman, 1988, p. 1234) ¿Y qué sería esa prevención óptima?, o ¿qué es la eficiencia bajo la óptica económica? Son preguntas a las que buscaremos respuestas a partir de las principales teorías y sus analistas económicos.

A finales del siglo XIX y principios del XX Vilfredo Pareto, consciente de que los recursos naturales y económicos son limitados, y que habría que buscar un mejor aprovechamiento de esos recursos y del bienestar general, propuso un criterio económico capaz de evaluar los estados sociales y establecer lo que él llamaba "la situación óptima". Esa situación óptima —o el "óptimo" de Pareto— sería representada por una situación en la que no se puede mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de alguien más, porque se supone que ya no hay recursos ociosos o desaprovechados. En otras palabras, si una situación es "óptima", desde el

[6] Cuando Posner (1998) explica qué quiere decir "riqueza" para los economistas, revela que el término no es un concepto contable, sino que se mide por lo que los individuos pagarían por las cosas (o pedirían a cambio de deshacerse de las que poseen), y no por lo que efectivamente pagan por ellas (p. 23).

[7] Aunque defienda que es en mayor medida un mejor instrumento en manos de los formuladores, y en menor medida en las manos de los aplicadores del derecho.

punto de vista de Pareto, cualquier cambio social que se produzca implicaría perjudicar a algunos en beneficio de otros, y dejaría de ser una situación "óptima".[8]

Las sanciones deben fijarse con base en un baremo "óptimo social" entre precaución y accidentes. En el momento en que los gastos con las precauciones superen las pérdidas, dejan de tener sentido desde el punto de vista económico, y esa es la clave.

A esos costes se deben sumar las externalidades o costes de su actividad impuestos a los demás, costes extras o externos generados por esa misma actividad, lo que se ha llamado "internalizar externalidades". El concepto de externalidades se remite a la primera generación del análisis económico, como suele ser llamada, y gana bastante importancia en la llamada economía del bienestar. Este concepto ha sido traído a la teoría del AED por Arthur Pigou, quien a partir de la idea de eficiencia (en el sentido de Pareto), observó que era necesario que quienes manejaban determinadas actividades de efectos externos para terceros, internalizaran en sus actividades el valor de los costes referentes a esas "externalidades". Así, de esa manera, se podría alcanzar el deseado "óptimo de Pareto" y la eficiencia (Pigou, 1932).

En su obra *The problem of social cost,* Ronald Coase sostiene que para llegar a un resultado óptimo el mercado mismo puede regularse, sin la intervención del Estado, al contrario de lo que solía ocurrir en la economía tradicional (Coase, 1960, pp. 1-44). En un supuesto de daño, lo que se debe perseguir es evitar el daño o el costo más grave del daño, y que no se prohíba la actividad más valiosa, sino que esa sea incluso incentivada a expensas de su rival. Desde el punto de vista del AED, el objetivo del derecho de daños sería reducir al mínimo tanto los costes de la prevención de accidentes como aquellos derivados de los accidentes, así como los costes de administración del sistema de responsabilidad civil.

Prácticamente contemporáneo a la tesis de Coase, Guido Calabresi escribió su estudio *Some thoughts on risk distribution and the Law of torts* (1960), y diez años después su principal obra: *The cost of accidents: a legal and economic analysis* (1970), como intento de sistematizar las propuestas teóricas que habían surgido alrededor del tema de los accidentes y su discusión.

En su clásico trabajo (1970), Calabresi postula claramente que el objetivo del derecho de daños es reducir el costo de los accidentes y alcanzar la eficiencia. Aboga así por la necesidad de una teoría que permita diseñar todo un sistema con ese fin, dejando atrás el "mito" relacional de

[8] El "óptimo" de Pareto puede resultar demasiado estricto y conservador, en el sentido de evitar cambios sociales, ya que es muy probable que estos cambios no beneficien o perjudiquen a todos de la misma manera (cfr. Papayannis, 2009, p. 4).

la teoría tradicional del derecho de daños, que implica vincular muy especialmente al causante del daño con la víctima del accidente. Los beneficios y perjuicios no deben ser interpretados como sufridos por los individuos, sino por la sociedad como un todo.

Calabresi percibe el derecho de daño como un cuerpo normativo orientado a la satisfacción de objetivos concretos, y en ese caso específico sería el objetivo de la reducción de los costos de los accidentes. En cuanto a la elección con respecto al régimen de responsabilidad objetiva o por culpa, defiende que si ambos regímenes son idénticos en lo que respecta a sus efectos e incentivos, se debe preferir la responsabilidad objetiva a la responsabilidad por culpa, porque aquella es menos costosa de operar. Es decir, una es económicamente más deseable y en ese sentido más eficiente que la otra.

En teoría, todas las conductas que amenacen con causar pérdidas que sean mayores que el coste de la precaución deben ser disuadidas,[9] y las soluciones eficientes estarían siempre entre las soluciones justas, siendo la justicia el primer valor que se debe tener en cuenta, aunque la evitación y la minimización de los costes de los accidentes siguen siendo el núcleo principal de esta teoría (Calabresi, 1960, p. 26)

La mejor forma de minimizar tales costes —defiende Calabresi— sería evitando que los accidentes ocurran, es decir, previniéndolos. Para ello propone la disuasión general o "del mercado", que impone reglas de responsabilidad[10] que tienden hacia la eficiencia y que cargarán a la persona que podría evitar o prevenir el accidente de la forma más barata,[11] y no propiamente a quién causó o a quién se puede culpar, como en la responsabilidad contractual tradicional. Se trata de la opción más eficiente y más barata de alcanzar los objetivos deseados, incentivando a que no ocurran accidentes futuros, a través de la asignación de los costes a los que, de manera más barata —y que menos recursos sociales empeñe— puedan lograrlo.

Otro importante representante de la escuela del análisis económico es Richard Posner, quien llegó a defender que todos los conceptos, instituciones y procedimientos jurídicos debían

[9] Bastante claro el ejemplo utilizado por Goldberg: "Desde una perspectiva de la disuasión, la conducta defectuosa debe ser disuadida si hay riesgo de daños en el futuro, independientemente de si en el pasado ha causado daño. Por lo tanto, como Calabresi observó una vez, si uno podría demostrar que, por alguna coincidencia, los fabricantes de televisores estaban en la mejor posición para disuadir a futuros accidentes automovilísticos, el análisis económico exigiría la imposición de responsabilidad en los fabricantes de televisores, a pesar de la ausencia de ninguna conexión causal entre su conducta y los accidentes siendo disuadido" (Goldberg, 2002, p. 55).

[10] Y que impone también que los particulares incorporen las externalidades de sus actividades y reduzcan así los costos de los accidentes.

[11] En términos de Calabresi (1960): *cheapest cost avoider.*

ser explicados y justificados en términos de eficiencia, siendo su propuesta totalmente instrumental. Su estudio *Economic analysis of law*[12] (1992) se diferencia de los demás estudios que tratan del tema del análisis económico del derecho porque se ha aventurado por los más distintos campos de la regulación jurídica (derecho penal en sus más diversos ámbitos; derecho de familia, derecho civil, etc.).

Para este autor, "la lógica del Derecho es la economía" (Posner, 1998, p. 11), y el análisis económico recurre a la técnica económica para entender cuándo una acción es eficiente. Posner tampoco ve la culpa como concepto moral, relacionada con la prudencia —como la doctrina tradicional de la responsabilidad extracontractual—, sino que la considera un concepto económico cuyos términos son resumibles o medibles por una fórmula matemática cuya versión más conocida ha sido la desarrollada por Learned Hand, y que tiene su especial importancia en nuestro estudio. Por esa fórmula, una conducta es considerada culposa cuando no hayan sido tomados todos los costes de evitación que hubieran sido más económicos, es decir, que el coste de tomar las precauciones sería calculado y entendido como el coste de implementar las medidas para reducir la probabilidad de que un accidente ocurra.[13] Volveremos a la fórmula Hand enseguida.

Quizá sea interesante destacar que la mayoría y los principales partidarios del AED pertenecen al sistema anglosajón, aunque aquí hemos visto apenas unos pocos y más significativos ejemplos de estos defensores.

3. La eficiencia y la minimización de los costes de los accidentes según el análisis económico del derecho

De lo expuesto anteriormente, hemos visto que la regla más general del AED en derecho de daños, de manera elemental y resumida, sería la de que los costes de los accidentes deben imputarse a aquel o a quien le resulte más barato prevenir tales accidentes. Es decir, que los costes se imputen al que materialmente causó el daño, al que obró con algún tipo de negligencia o sin atender a un estándar objetivo de cuidado, a un grupo determinado de personas, a la sociedad en su conjunto, o a la propia víctima del accidente, dependerá de lo que resulte económicamente más eficiente.

[12] Versión española del Fondo de Cultura de México de 1998.

[13] "En la fórmula de Hand, '*burden of precaution*": B. Por lo tanto, si los costos de tomar las precauciones eran menores que la pérdida esperada (B < PxL), la conducta será considerada culposa" (Posner, 1972, p. 32).

Para los que defienden el discurso económico, la dogmática civil debería incluso ser más sensible al AED si quiere mejorar el sistema de responsabilidad civil, con el objetivo de maximizar la riqueza social, centrándose los juicios de responsabilidad exclusivamente en la relación coste-beneficio (Coase, 1960, p. 2) y en el acercamiento a la eficiencia.

No obstante, un derecho de daños que cumple con el principio de la eficiencia y se basa exclusivamente en la relación coste-beneficio puede que cumpla una serie de funciones económicas, pero veremos que a la vez genera una serie de disfunciones sociales. Centrándonos en el ámbito de la responsabilidad ambiental, por ejemplo, veremos que, a la par, agravaría la situación o concepto por el que se entiende *(in)justicia ambiental*. Así, se agravarían las situaciones de quienes estén peor situados en la sociedad, es decir, los que tienen menos recursos y que pueden no tener opciones de enfrentar el poder económico, generándose de esa manera efectos regresivos o de injusticia. Sobre esas consecuencias y disfunciones trataremos en el apartado siguiente bajo el epígrafe de "justicia ambiental".

Recordemos que el AED pone su acento en la eficiencia y en la función social que cumple el derecho de daños al maximizar la riqueza social o el bienestar general, reduciendo en todo lo posible el coste social de los accidentes. Así, para el AED, obrar con culpa es obrar de modo ineficiente, ya que la negligencia señala una falla económica en la acción y no propiamente un defecto moral en el agente. Obrar con culpa sería generar riesgos irrazonables, que sería lo mismo que la omisión de adoptar las precauciones de costes justificados. La negligencia sería la omisión de inversiones óptimas en seguridad, y obrar con culpa para el AED no tiene nada que ver con ser o no moralmente culpable o no llegar a satisfacer el estándar de cuidado exigido, sino que sería ni más ni menos que actuar ineficientemente (Coleman, 1992, p. 245). Imponer responsabilidad por culpa sería la manera de incentivar que se hagan inversiones óptimas o que se desincentive la ineficiencia.

Bajo la regla de la responsabilidad objetiva, el causante respondería por el daño producido, con independencia de que su acción refleje culpa o negligencia. La actividad será deseable cuando los beneficios inherentes a esta exceden los costes sociales.

Por la responsabilidad objetiva el causante respondería por los daños producidos a la víctima, con independencia del nivel de cuidado efectivamente adoptado por él. La regla hace que el causante se fije en el coste social y adopte el comportamiento óptimo, ya que debe pagar el coste en todo caso de daño. Induce, de esa manera, al comportamiento deseado. Bajo la regla de

responsabilidad por culpa (aquí entendida como negligente o dolosa), por otro lado, el causante no responderá si ha logrado alcanzar el nivel de cuidado exigido o si lo ha superado. De otro modo, será responsable si y solo si su conducta está por debajo de ese nivel. Así, ambas reglas de responsabilidad —objetiva o por culpa— pueden inducir al óptimo de precaución o solución socialmente deseable. Sin embargo, la regla de responsabilidad objetiva puede ser especialmente atractiva en ámbitos donde la actividad desarrollada es intrínsecamente peligrosa, tema de especial interés en cuanto a los daños medioambientales.

Antes nos hemos referido rápidamente a la conocida fórmula sintetizada y desarrollada por Learned Hand, al intentar definir la culpa a partir de elementos económicos y de la relación coste-beneficio. Hemos visto también que en el ámbito del AED la culpa no es vista como concepto moral, relacionada con la prudencia —como la doctrina tradicional de la responsabilidad extracontractual—, sino que la percibe como un concepto económico, y que Learned Hand buscó hacer que sus términos fueran resumibles o medibles a través de una fórmula matemática. Por la conocida "fórmula de Hand", una conducta es considerada culposa cuando no han sido tomados todos los costes de evitación que hubieran sido más económicos, es decir, que el coste de tomar las precauciones sería calculado y entendido como el coste de implementar las medidas para reducir la probabilidad de que un accidente ocurra (Posner, 1972, p. 32).

Así, se mediría la culpa del agente teniendo en cuenta las siguientes variables: (a) la probabilidad del accidente, (b) la gravedad del daño en el caso en que ocurra el accidente, y (c) el coste de las precauciones de evitarlo. De forma resumida, existiría culpa si el agente dejó de tomar las medidas necesarias de precaución, aun cuando el coste de estas medidas sea inferior al daño que se evitaría teniendo en cuenta la probabilidad de su ocurrencia. Si el coste de evitarlo (B) es menor que el daño esperado (P) por la probabilidad de que ocurra (L), tendríamos la fórmula "B<PxL", que determinaría la culpabilidad o negligencia del agente por el daño causado.

A partir de esa fórmula, si tiene sentido desde el punto de vista económico que el agente invierta en medidas de prevención/evitación del daño, y no las ha tomado o invertido, sería responsable y culpable el agente por la simple comparación entre los costes de evitar el daño con el valor esperado de los daños que se evitan. Imaginemos que el valor de evitar un daño sería de 100 y el valor esperado de los daños 150. Desde el punto de vista económico, sería eficiente considerar que el agente sería negligente en el caso de no haber actuado para evitar el daño.

De lo contrario, si los costes de evitarlos ascendiera y el agente tuviera que invertir 170 en precauciones, sería desde el punto de vista económico eficiente y socialmente conveniente que el agente no lleve a cabo esas precauciones, puesto que de esa manera aumentaría el coste social en 20. Lo que queda claro a partir de la aplicación de la formula Hand es que, desde el punto de vista económico, la regla de la culpa ofrece una tabla de conductas deseable o no deseable.

Desde el punto de vista de la culpa, como hemos visto, el agente es llevado a tomar las medidas de precaución hasta el nivel o estándar de diligencia exigido, ya que cumplir el estándar sería lo suficiente para librarse de responsabilidad. Con la responsabilidad objetiva pasa parecido y el agente también recibe los incentivos para invertir en precaución y conductas diligentes. La diferencia fundamental es que aquí el agente siempre asumirá el coste total de su actividad, por lo que su incentivo más eficiente y rentable será tomar todas las medidas que tengan como consecuencia disminuir los costes de la indemnización, a la vez que tendría que asumirlas siempre con respecto a las víctimas[14] (Shavell, 2007, p. 144).

Sabemos que muchas de las actividades que causan daños ambientales están reguladas bajo la regla de la responsabilidad objetiva, exactamente por el tipo de actividad y el riesgo/gravedad de los daños ambientales que pueden generar. Bajo el umbral de la responsabilidad objetiva, la responsabilidad del agente depende de que haya actuado de manera diligente para hacerse cargo de los daños. De esa manera, el agente no solo debe internalizar los costes sociales de su actividad, sino que no buscará incrementar su actividad si no invierte en medidas suficientes para evitar compensar los costes de los daños a los que está obligado. De esa manera, todo ello estimula a que el agente invierta en nuevas tecnología y en investigación como forma de prevenir y minimizar los costes de los accidentes, lo que en materia de responsabilidad ambiental es un excelente incentivo para, por ejemplo, generar tecnologías limpias y no contaminantes (Shavell, 2007, pp. 146-147).

Ahora bien, vimos que una de las consecuencias de la relación coste-beneficio en relación con estos dos sistemas era que en el sistema de responsabilidad objetiva había el incentivo de que se redujera la frecuencia de la actividad para evitar daños (ya que responde sin culpa), mientras que el mismo efecto no se conseguía en el sistema de culpa, porque no habría incentivo de bajar la actividad más que al estándar permitido de culpa. Así, en teoría, la única manera de incentivar la reducción de la actividad sería a través de la responsabilidad objetiva, aunque este tipo de

[14] A no ser que sea demostrada la culpa de la víctima.

responsabilidad tiene el inconveniente de no incentivar a la víctima en su propio nivel de actividad, ya que sería el agente el que respondería de todas maneras frente al daño ocasionado. El único supuesto en que respondería la víctima en los casos de responsabilidad objetiva, sería frente a su propia culpa. Pero, de otro lado, si la responsabilidad por culpa no incentiva la reducción de las actividades, como acabamos de ver, la conclusión a que se llegaría es que ninguno de los dos sistemas —sea por culpa o de responsabilidad objetiva— incentiva igualmente a ambas partes a observar las medidas de diligencia y a rebajar su nivel de actividad a lo que sería un nivel eficiente. Así, ninguna de las dos reglas sería "optima" desde el punto de vista económico (Shavell, 1980 p. 7).

No obstante, aunque ninguno de los dos sistemas logra el nivel "optimo" de eficiencia para ambas partes, sería el sistema de la responsabilidad objetiva el que lograría alcanzar el segundo mejor resultado en cuanto a los incentivos en regulación, diligencia y prevención de accidentes. Sin duda que si miramos desde el campo de los daños ambientales y de las actividades potencialmente peligrosas, este sería el sistema que más incentivo ofrece a las conductas de prevención de accidentes e inversión en tecnologías limpias (Papayannis, 2009, pp. 155 y ss.). Lo que se observa a nivel legislativo es que a las actividades que más contribuyen a elevar los riesgos de daños de manera no razonable, se les buscará establecer un sistema de responsabilidad objetiva, regla fácilmente observable en el ámbito de la responsabilidad ambiental en todo el mundo.

Por otra parte, la regla de responsabilidad objetiva —siempre bajo la justificación del AED— fuerza al causante a internalizar los costos sociales de su actividad, además de tener que indemnizar por todos los daños que pueda generar su actividad, con independencia de culpa o negligencia. Desde la óptica de los daños ambientales, por ejemplo, los daños derivados de actividades potencialmente peligrosas son en sí mismos importantes en sus efectos, aun cuando el agente actúe con toda la diligencia exigible, sea por su elevada magnitud (aun cuando reducida su probabilidad; p. ej., un accidente en una central nuclear) o por su alta peligrosidad y alta probabilidad de que ocurra (p ej., transporte de crudo o gas).

No obstante, es innegable que en la mayoría de los supuestos la función de minimización de los costes de los accidentes se alcanzada debidamente, desde el punto de vista económico y de la relación coste-beneficio, pero el siguiente apartado veremos las importantes disfunciones sociales que también pueden ser generadas a partir de la aplicación de estos principios

económicos. Nos centraremos a partir de aquí en los supuestos de daños ambientales, su responsabilidad y consecuencias.

4. Disfunciones sociales de la minimización de los costes de los accidentes y aplicación de la regla coste-beneficio en supuestos de daños ambientales

Tras todo lo que hemos visto hasta aquí, imaginemos que los sistemas de responsabilidad extracontractual efectivamente aplicasen toda la regla de la minimización de los costes de los accidentes basada en la fórmula de Hand y su relación coste-beneficio. Si la noción económica de la culpa, tal como la hemos visto a partir del AED, fuera aplicada en los sistema de responsabilidad extracontractual alrededor del mundo, efectivamente se lograría minimizar los costes de los accidentes, pero inevitables serían también las disfunciones sociales que esta aplicación podría generar.

Hay diversos factores que hacen que el sistema de responsabilidad extracontractual no logre alcanzar sus objetivos de eficiencia y que desvirtúan las decisiones de los agentes con relación a los riesgos que imponen a otros: los defectos informativos, los defectos de procedimiento, las conductas inobservables, la complejidad normativa, y el que aquí más nos interesa que sería el condicionamiento social.

La condición social de las víctimas y la falta de acceso a la justicia acaban por generar como consecuencia que potenciales agentes dañadores, antes que recibir estímulos para no dañar, se vean en situación propicia para no actuar de manera de evitar los daños. Eso porque la situación débil de las víctimas incentivaría o contribuiría a la ineficacia de las reglas de responsabilidad, ya que el agente se beneficia del hecho de que algunas víctimas tienen una propensión a no demandar, derivada sobre todo de su situación. Las víctimas económicamente vulnerables asumen determinadas situaciones de "riesgo" como "normales", ya que su debilidad económica no les permite (por los altos costes) demandar judicialmente para pleitear a una indemnización por daños, lo que al fin y al cabo beneficia a los potenciales agentes contaminadores que buscan a estos grupos vulnerables para que puedan instalarse en su entorno y evitar de esa manera futuras demandas. Así, personas que viven en la periferia suelen no tener poder de demanda, principalmente contra grandes empresas, y no es por coincidencia que estas empresas/industrias buscan instalarse exactamente en estas zonas pobres.

Además, ese factor es fácilmente expuesto utilizando la misma lógica de coste-beneficio que veníamos explicando hasta ahora. Si se tomara la minimización del coste de los accidentes como ideal regulativo y la fórmula de Hand fuera el criterio que determinara la responsabilidad entre las partes, se demostrarían algunos de los efectos más perversos de la aplicación de esa fórmula a la realidad, y sobre todo en los supuestos de daños ambientales. Veamos aquí la manera en que se produciría (y se produce) esa disfunción social —sobre todo el agravamiento de la situación económica desfavorecida de determinados grupos sociales— como consecuencia directa de la aplicación de la regla de la eficiencia, a partir de la relación coste-beneficio en los supuestos de responsabilidad que aquí más nos interesan, que son los casos de daños ambientales.

¿De qué manera estaría representada esa disfunción social? Volvamos a la relación coste-beneficio expuesta anteriormente. Sabemos que en las poblaciones pobres el patrimonio no suele tener mucho valor. Imaginemos el patrimonio de los que viven en los edificios de lujo del centro urbano de una ciudad y el patrimonio de los que viven en la periferia más pobre de esta misma ciudad. Un daño causado al patrimonio de los que viven en pleno centro, con su caro mobiliario, no tiene el mismo valor que el daño causado a los que casi no poseen mobiliario, en el segundo grupo, de los que viven en la periferia de la ciudad. Si aplicáramos la fórmula de Hand con relación al coste del daño en comparación con el coste de la precaución o evitación de este daño, el valor de la precaución que podría estar justificada para evitar el daño al patrimonio del rico puede que no esté justificada para evitar el daño al patrimonio del pobre.

La indemnización a los pobres —tomándose como base el estándar de la culpa basado en la fórmula de Hand— dependería de que los costes de evitación o de precaución del agente dañador no fueran demasiado elevados. De esa manera, la consecuencia sería que los potenciales dañadores orienten su actividad hacia los más pobres, ya que de esa manera lograrían minimizar los costes de los accidentes hacia sus intereses, sin que para ello tuvieran que invertir demasiado en tecnologías o prevenciones. De otra manera, si se orientan hacia los ricos, ello supondría un coste mucho más elevado con respecto a la posibilidad de indemnizaciones por el valor del patrimonio que se tendría que indemnizar.[15] De esa manera, orientando sus actividades hacia los más pobres y periféricos, incluso se podría demostrar la razonabilidad del daño, o también

[15] Sin referirse siquiera a los otros tipos de indemnización que se podrían generar, como las demandas por daños morales y la pérdida de oportunidad. Además, los ricos demandarían más que los pobres, bien por su capacidad económica para pagar la demanda, bien por su nivel de información, que también contribuye a que se eleve el porcentaje de demandas por daños causados.

demostrar que el daño no ha sido culpable a partir de la regla coste-beneficio y el coste de las precauciones comparado a la valoración de los bienes de los afectados.

Lo más curioso en este panorama es que los pobres recibirían el incentivo contrario, es decir, intentarían evitar cualquier riesgo que afectara a los ricos, ya que provocar un riesgo a los ricos sí que les supondría un coste elevadísimo de reparación, del cual no podrían hacerse cargo.

Esa disfunción social causada por la aplicación de la regla económica de coste-beneficio apoyada en la fórmula Hand —según la cual sería menos probable que se deba pagar una indemnización si el daño ha sido por personas de bajos recursos o si recayó sobre bienes de bajo valor— puede parecer absurda o lejana, pero desde los años setenta, principalmente en los Estados Unidos, ha surgido un movimiento conocido como "environmental justice" que trata de denunciar e intenta aminorar los efectos de este tipo de disfunciones sociales o efectos regresivos de las actividades potencialmente contaminadoras, que infelizmente son una realidad en todo el mundo. De este movimiento o concepto trataremos en el apartado siguiente, aunque de manera introductoria. Puede que en muchas actividades no sea siempre posible dirigir los riesgos hacia un colectivo determinado, pero en el tema de responsabilidad por daño ambiental, en muchas ocasiones esa distribución de los costes hacia los colectivos de bajos recursos es arbitraria.

Además, tal efecto regresivo también estaría presente en los supuestos de responsabilidad objetiva, ya que ese tipo de responsabilidad tampoco permite al agente dañador liberarse de los efectos de la indemnización. Si el incentivo a que se reduzca la posibilidad de daños es incluso mayor en los supuestos de responsabilidad objetiva, una vez que el agente pague por el daño, con independencia de la configuración de la culpa, más razones tendría el agente potencialmente contaminante de instalarse en inmediaciones de poblaciones más pobres o de bienes de menor valor, hacia los cuales dirigiría sus riesgos siempre que le sea posible. Si debe compensar en todos los casos de daño, la mejor y primera estrategia para garantizar la disminución del valor que se debe indemnizar sería justamente direccionar sus actividades de riesgo hacia esas poblaciones más pobres y "más baratas" desde el punto de vista económico y de la eficiencia. Así, tanto las regla de la responsabilidad por culpa como la regla de la responsabilidad objetiva generarían ese patrón de distribución de riesgos indeseable, regresivo e "injusto", desde el punto de vista de la igualdad.

Sumado a todo lo hasta ahora expuesto está el hecho de que el derecho de daños casi nunca consigue una compensación plena, por lo que los efectos de una subcompensación a esa

población marginada y pobre, hacia la que los agentes contaminantes dirigen los riesgos de sus actividades, impactan también en mayor grado sobre este mismo colectivo que sobre los ricos. Eso porque, en virtud de todo lo anterior, los pobres tendrían más posibilidades de ser víctimas de daños y, en consecuencia, de ser demandantes en juicios de responsabilidad por daños. Así, siguiendo la misma lógica, si los pobres son los que más demandan (aunque no debemos olvidar los problemas anteriormente referidos sobre el coste de la demanda), serán pues el colectivo que más sufra también con los esperados efectos de la subcompensación. Así, esta afectará más a los pobres que a los ricos, porque son los pobres los más vulnerables a que se les dirijan los riesgos de las actividades contaminantes. Además, como el número de demandas de los pobres suele ser pequeño, debido a los altos costes de demandar, como lo hemos comentado, la tasa de compensación de los pobres sería todavía menor que la óptima, desde el punto de vista económico.

La mayoría de los autores, sobre todo los que defienden que el fundamento de la responsabilidad extracontractual, estarían de acuerdo con el principio de la justicia correctiva;[16] no aceptarían que los mecanismos de responsabilidad sean utilizados para promover la igualdad y la justa distribución. Tsacho Keren-Paz (2007) es de los pocos autores que admiten y defienden que el derecho de daños asuma también esa característica redistributiva, y que evite situaciones regresivas como la que hemos expuesto aquí.

5. Justicia ambiental e inserción de criterios distributivos en el sistema de responsabilidad por daños ambientales

A finales de los años ochenta en los Estados Unidos ha surgido un movimiento innovador —*environmental justice*— que tenía como principal objetivo defender el interés de las poblaciones que vivían en las periferias de las metrópolis y que se observaba que cada vez más tenían que soportar el efecto de la contaminación y de los riesgos ambientales. Este movimiento y este concepto traían en sí mismos la denuncia de que los grupos sociales de menor renta eran, en general, los que más recibían la carga de los daños ambientales o —desde la otra cara de la moneda que hemos analizado aquí—, que los agente potencialmente generadores de riesgos dirigen hacia estos colectivos de bajos recursos los riesgos de sus actividades. Esta corriente de

[16] Entre los que podríamos incluir a Ernest Weinrib, Jules Coleman y David Owen.

justicia ambiental quería hacer ver también que la degradación ambiental y las injusticias sociales podrían tener raíces comunes (Acselrad, Herculano y Pádua, 2004, p. 9).

Modelos de desarrollo en todo el mundo —Europa, América del Sur o del Norte y otros continentes— compartían, sobre todo en aquellos años, el modelo dominante de destinar las mayores cargas de los daños ambientales a las poblaciones marginalizadas y pobres, basados en la lógica coste-beneficio expuesta anteriormente.

Al surgir y fortalecerse el movimiento de justicia ambiental, tanto el sistema de responsabilidad por daños, las disfunciones sociales generadas por estas actividades, así como los elementos de justicia y distribución empezaron a ser sopesados también en el ámbito de la responsabilidad medioambiental. No parecía coincidencia que los depósitos de residuos químicos y radioactivos, las industrias con efluentes contaminadores o las grandes usinas nucleares o termoeléctricas se instalaran siempre, y de forma desproporcionada, en zonas pobres.

El movimiento fue haciéndose fuerte, y a fines de los años ochenta se pasó a entender por justicia ambiental el conjunto de principios que busca garantizar que ningún grupo o colectivo soporte de manera desproporcionada los riesgos y los daños ambientales. Como consecuencia, por injusticia ambiental se entendería la condición de existencia colectiva propia de sociedades desiguales, donde operan mecanismos —económicos o sociopolíticos— que destinan la mayor carga de los daños ambientales a los grupos sociales de renta baja. Es decir, que carga con los daños y las externalidades a la parte más vulnerable y pobre de la sociedad, a los que —según hemos visto— saldría más barato y menos costoso indemnizar, siempre y cuando se tenga que indemnizarles (dado que muchas veces no tienen capacidad de demanda o por sus propias condiciones socioeconómicas no les conviene demandar).

A partir de su surgimiento, el movimiento de justicia ambiental viene influyendo también, y de manera directa, en las legislaciones de los más diversos países en el sentido de buscar disminuir las regresiones o disfunciones sociales, sean las decurrentes de los sistemas de responsabilidad o no. Además, es progresiva la tendencia de la inserción de elementos distributivos a los más diversos sistemas —del derecho tributario al derecho de daños. La corriente utilitarista[17] defiende que el derecho de daños debe estar atento a los afectos distributivos, y que el sistema de responsabilidad puede y debe promover igualmente la igualdad y el bienestar de los menos favorecidos. La intención de los utilitaristas es demostrar que el

[17] Cfr. Miller (1992) y Brickman, Folger, Goode y Schul (1981).

derecho de daños sin elementos distributivos —basado exclusivamente en principios de justicia correctiva o en la relación coste-beneficio, como lo hemos visto anteriormente— promueve la exclusión y la desventaja social, pero puede ser capaz —si atiende a los efectos distributivos— de promover la intersección entre la doctrina (derecho de daños), el aparato conceptual (justicia distributiva) y el compromiso normativo (una concepción igualitaria-progresiva) (Keren-Paz, 2007, p. 2).

La igualdad misma puede ser el criterio de distribución de las cargas en el sistema de responsabilidad extracontractual, por ejemplo. La propuesta y la tendencia cuando se habla de insertar elementos distributivos en el derecho de daños es construir un sistema de responsabilidad más igualitario; así sostienen sus defensores. Imaginemos que en el momento de determinar la negligencia del demandado, lo que se hace es considerar si es relevante la situación patrimonial de cada parte, buscando una situación más igualitaria, y a partir de ahí los más ricos estarían sujetos a estándares más altos de diligencias, mientras que los más pobres no. De esa forma, muchos de los efectos negativos vistos anteriormente serían neutralizados (Keren-Paz, 2007, p. 103).

Está claro que establecer un sistema de derecho de daños, en el cual la idea de culpa deba ser evaluada a partir de los estándares diferenciados según la riqueza de las partes, rompe con la idea tradicional, prácticamente asentada en la mayoría de los países, de que la culpa sería objetiva, basada en el criterio del hombre razonable, y que tales estándares objetivos no privilegian a ninguna de las partes en detrimento de la otra (Weinrib, 1995, pp. 177-179). No obstante, para los que defienden la inserción de elementos distributivos, la razonabilidad no tiene sentido que sea aplicada de manera ortodoxa y a todos por igual, con independencia de la situación particular en que se encuentre cada uno. Si el tratamiento fuera igualitario, requeriría que no hubiera grupos que tuvieran que tolerar los riesgos de la actividad de otros, a fin de proteger a los demás de determinados perjuicios.

Así, lo que hemos intentado demostrar es que los sistemas de responsabilidad no son totalmente eficientes, bien porque generan graves regresiones y deterioros sociales, como aquellos que han sido investigados y condenados por el movimiento *Environmental Justice*, en donde las poblaciones más pobres y periféricas tienen, hasta hoy, que pagar con alto coste social los riesgos de las actividades de los demás.

Referencias

Acciarri, H. (2013). El análisis económico del derecho de daños, una aproximación general. En C. Berna-Pulido y J. Fabra-Zamora (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Acselrad, H., Herculano, S. y Pádua, J. A. (2004). *Justiça ambiental e cidadania*. Relume Dumará.

Bayón, J. C., Díaz, E. y Colomer, J. L. (2002). *Justicia y eficiencia. Estado, justicia y derechos.* Madrid: Alianza.

Brickman, P., Folger, R., Goode, E. y Schul, Y. (1981). Microjustice and macrojustice. En *The justice motive in social behavior* (pp. 173-202). Springer US.

Calabresi, G. (2008). *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. Yale University Press.

Coase, R. H. (1960). *The problem of social cost*. Palgrave Macmillan UK.

Coleman, J. L. (1988). The structure of tort law. *Yale Law Journal*, 1233-1253.

Coleman, J. L. y Papayannis, D. M. (2010). *Riesgos y daños*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Dworkin, *Es la riqueza un valor*? en Una cuestión de principios, 2012

Englard, I. (1993). *The philosophy of tort law*. Dartmouth Publishing Group.

Englard, I. (2009). Corrective and distributive justice: From Aristotle to modern times. The Cambridge Law Journal, Vol. 68, No. 3, pp. 655-657

Fletcher, G. P. (1972). Fairness and utility in tort theory. *Harvard Law Review*, January,pp. 537-573.

Goldberg, J. C. (2002). Twentieth-century tort theory. *Georgetown Law Journal*, 91, 513.

Gordley, J. (2006). *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford University Press.

Kaplow, L. y Shavell, S. (2009). *Fairness versus welfare*. Harvard University Press.

Miller, D. (1992). Distributive justice: What the people think. *Ethics,* 102 (3), 555-593.

Owen, D. G. (Ed.) (1995). *Philosophical foundations of tort law*. Oxford University Press.

Keren-Paz, T. (2007). *Torts, egalitarianism and distributive justice*. Ashgate Publishing.

Papayannis, D. M. (2009). El enfoque económico del derecho de daños. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 32, pp.459-496 Posner, R. A. (1972). A theory of negligence. *The Journal of Legal Studies,* 1 (1), 29-96.

Posner, R. A. (1983). *The economics of justice*. Harvard University Press.

Posner, R. A. (2008). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.

Shavell, S. (2009). *Economic analysis of accident law*. Harvard University Press.

Weinrib, E. J. (1991). Corrective justice. *Iowa Law Review*, 77, 403.

Weinrib, E. J. (2012). *The idea of private law*. Oxford University Press.

Weinrib, E. J. (2013) Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva. En C. Berna-Pulido y J. Fabra-Zamora (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zamora, J. L. F. (2013). Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En C. Berna-Pulido y J. Fabra-Zamora (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Zipursky, B. C. (2013) La filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal. En C. Berna-Pulido y J. Fabra-Zamora (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.