

LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL SOLIDARIA Y LA CARACTERIZACIÓN DEL CONTAMINADOR INDIRECTO¹

Délton Winter de Carvalho²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

RESUMEN

Hay en Brasil una visible falta de reflexión jurídica sobre los criterios que justifican la incidencia del instituto de solidaridad en los casos de responsabilidad civil ambiental, especialmente en lo que toca a sus límites. La expansión sin restricciones de las complejidades técnicas y fácticas de un determinado daño ambiental puede dar lugar a asimetrías, desequilibrios y pérdida de carácter disuasorio (por exceso). Por otra parte, la aplicación consolidada y definida de los casos sujetos y los límites del instituto tienden a reforzar la protección del medio ambiente, así como la deseable estabilidad de las relaciones socioeconómicas. En este sentido, el artículo pretende arrojar luz sobre la cuestión, todavía atormentada, del Derecho Ambiental, en cuanto a los criterios que definen los límites de la incidencia del instituto y la definición de contaminador indirecto. Para ello, se utiliza reflexiones sistémicas, con foco en los sistemas jurídicos y económicos, y la investigación documental, con un gran énfasis en el derecho comparado, a partir de las experiencias de países industrializados que enfrentaron problemas de contaminación ambiental-industrial y que son compatibles con el sistema jurídico brasileño y la tradición. Los criterios para la definición y aplicación de estos institutos adquieren una importancia fundamental para obtener una protección ambiental eficiente y ejercida en equilibrio con las dimensiones de la sostenibilidad.

Palabras clave: derechos de seguridad ambiental; contaminador indirecto; responsabilidad civil ambiental; solidaridad.

1 Este trabajo se realizó con el apoyo del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq), a través de la Convocatoria MCTIC / CNPq n. 28/2018 - Universal / Pista B.

2 Postdoctorado por la University of California, Berkeley. Doctor en Derecho por UNISINOS. Profesor de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Licenciado en Derecho por UNISINOS. Profesor del Programa de Posgrado Stricto Sensu en UNISINOS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9469-5779> / e-mail: delton@deltoncarvalho.com.br

*LIMITS TO ENVIRONMENTAL SOLIDARITY RESPONSIBILITY AND
INDIRECT POLLUTER CHARACTERIZATION**ABSTRACT*

In Brazil, there is a visible lack of updating the legal reflection of the criteria that justify the incidence of the solidarity institute in cases of environmental civil liability, especially regarding its limits. The unrestricted expansion and oblivious to the technical and factual complexities of a given environmental damage, can result in asymmetries, imbalances and loss of deterrent character (by excess). On the contrary, the consolidated and defined application of the subject cases and the limits of the institute tend to strengthen environmental protection, as well as the desirable stability of socioeconomic relations. In this sense, the article aims to shed light on the still stormy theme in Environmental Law, regarding the criteria that define the limits of the incidence of the solidarity institute and the definition of indirect polluter. For that, it uses systemic reflections, focusing on the legal and economic systems, and documentary research, with a great emphasis on comparative law, based on the experiences of industrialized countries that faced problems of environmental-industrial contamination and that are compatible with the environment. Brazilian legal system and tradition. The criteria for the definition and application of these institutes are of fundamental importance for obtaining efficient environmental protection and exercised in balance with the dimensions of sustainability.

Keywords: *environmental liability; environmental safety duties; indirect polluter; joint and several liability.*

INTRODUCCIÓN

A pesar de una consolidación significativa y consensuada del principio de solidaridad en materia de medio ambiente, el análisis más detallado sigue siendo relevante para revelar los criterios que justifican y, en consecuencia, limitan su aplicación. Si hay algún consenso sobre la solidaridad, el asunto pertinente al contaminante indirecto y los criterios jurídicos interpretativos para su incidencia se muestran tempestuosos para la doctrina y la jurisprudencia.

Es en este objeto que el presente artículo pretende reflexionar profundamente sobre los criterios de incidencia de la solidaridad para todos los que contribuyen a un daño ambiental y, ante esos criterios, la delimitación de los límites del instituto. También se afronta el problema de la formación y definición de criterios jurídicos para la delimitación interpretativa de la responsabilidad solidaria y el contaminador indirecto. Finalmente, se analiza conceptualmente el concepto de figura del indirecto, como un agente que, a pesar de no estar directamente vinculado a la actividad causante del daño, debería intervenir e inspeccionar la actividad para evitar la materialización del daño ambiental, pues, cuando no lo hace, se convierte corresponsable de los daños.

La investigación se basa metodológicamente en el análisis de las estructuras del derecho brasileño, así como en las experiencias en derecho comparado, cuando sea compatible con nuestro ordenamiento jurídico. La justificación para el análisis del derecho comparado está dada por el hecho de que los países industrializados ya hubieran sido expuestos y enfrentados en sus tribunales y doctrina varios de los problemas aquí discutidos, aún efervescentes en el escenario jurídico nacional.

Con el fin de revelar los criterios que definen los conceptos aquí enfrentados, buscamos brindar relaciones jurídicas estables y seguras que, al mismo tiempo, reflejen el logro de una protección ambiental ambiciosa y eficiente en el territorio brasileño.

1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA AMBIENTAL

La solidaridad es un tipo de obligación prevista en el derecho civil del país, según el cual existe una multiplicidad de sujetos, ya sea por la competencia de varios acreedores, cada uno con derecho al monto íntegro

de la deuda (solidaridad activa) o, aún, por la pluralidad de deudores, cada uno obligado por su totalidad (solidaridad pasiva). Así, según el art. 264 del Código Civil, “hay solidaridad, cuando más de un acreedor, o más de un deudor, compite en una misma obligación, cada uno con un derecho, u obligación, a la totalidad de la deuda” (BRASIL, 2002).

En el ámbito de la reparación de daños, existe un “fenómeno de expansión de la solidaridad pasiva en la reparación de daños injustos” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 64) para los casos de “causalidad común” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 321), donde dos o más personas compiten efectivamente por el daño. El Código Civil dispuso que, si existiera más de una causa de daño, todos son responsables de la reparación, según establece el art. 942 del Código Civil. De hecho, en la solidaridad existe una pluralidad subjetiva (de acreedores o deudores) y una unidad objetiva que proporciona, en los términos del art. 264 del Código Civil, que “hay solidaridad, cuando más de un acreedor, o más de un deudor, compite en la misma obligación, cada uno con derecho, u obligado, a la totalidad de la deuda” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 297).

La solidaridad, innegablemente, guarda relación con el estudio del vínculo causal y suele describirse a partir de la existencia de daños derivados de una causalidad común, de una causalidad compleja o incluso de una dispersión causal (BENJAMIN, 1998; CAVALIERI FILHO, 2012; LEMOS, 2014). En materia de responsabilidad ambiental, el principio de responsabilidad se aplicará dentro de los límites y disposiciones semánticas insertados en el art. 225, § 3 de la Constitución Federal. En esta cuestión, la responsabilidad civil se aplica en la modalidad objetiva, prevista en el art. 14, § 1, de la Ley n. 6.938/81. Nótese que tanto el texto constitucional (art. 225, § 3) como la legislación infraconstitucional (art. 14, § 1 de la Ley n. 6.938/81) se refieren a la regla general de la indispensabilidad de la demostración del nexo causal, a partir de las expresiones “conductas y actividades consideradas nocivas”, en el primer caso, y “afectados por su actividad”, en el segundo. Obviamente, sin tales declaraciones causales no hay necesidad de hablar de responsabilidad ambiental, cualquiera que sea la modalidad de la teoría del riesgo adoptada. En este sentido, destaca el entendimiento de Silva (1994), al prever la responsabilidad civil de quienes contribuyeron a un determinado daño: “Se aplican las normas de solidaridad entre los responsables, y puede exigirse una indemnización a todos y cada uno de los responsables”.

La incidencia generalizada de la solidaridad en materia ambiental ha

sido el resultado tanto de la regla general prevista en el art. 942 del Código Civil, como en virtud de la referencia, en la legislación ambiental específica, a la figura del contaminador, en sus facetas de directo e indirecto. Este es el caso del art. 3, III y IV, de la Ley n. 6.938/81. También hay leyes específicas que, a diferencia de la legislación ambiental general, hacen referencia expresa a la responsabilidad solidaria. En materia ambiental, la solidaridad se justifica para resolver casos en los que múltiples actores y actividades contribuyen a la ocurrencia de daños ambientales, aliviando al demandante de tener que demostrar la contribución exacta de cada uno de los participantes, y puede requerir la integralidad de los costos de reparación de cualquiera de los corresponsables.

Ante el texto literal presentado en el concepto de contaminador en el art. 3, IV, de la Ley n. 6.938/81, no hay duda de que todos aquellos que contribuyen (acción u omisión) directa o indirectamente a la ocurrencia de un daño ambiental son responsables conjunta y solidariamente. La responsabilidad civil por daños ambientales es sumamente amplia, y las personas físicas, las entidades jurídicas públicas o privadas y las entidades despersonalizadas pueden ser consideradas responsables de los daños ambientales (BENJAMIN, 1998). Es decir, todos los que contribuyan de alguna manera a la ocurrencia de un daño ambiental serán responsables por la totalidad del daño, con la distribución interna del mismo entre los que lo causaron, mediante al ejercicio del derecho de recurso por parte de quien indemnizó o compensó el daño en una cantidad superior a su porcentaje de participación en el daño ambiental. Sin embargo, la regla general es que, si no hay prueba de contribución, no hay responsabilidad civil en materia ambiental.

Además, y consciente de que gran parte del daño ambiental tiene en su origen la pluralidad de agentes y una multiplicidad de fuentes, doctrina y la jurisprudencia³, han decidido, de manera consolidada, que la atribución de la responsabilidad civil recaerá conjunta y solidariamente en cualquiera de los que hayan contribuido de alguna forma a la ocurrencia del daño ambiental (BENJAMIN, 1998; CRUZ, 1997; LEITE; AYALA, 2010; LUCARELLI, 1994; PERALES, 1993; STEIGLEDER, 2017).

La solidaridad presenta un apoyo normativo, como se ha visto anteriormente, y una justificación para una política de protección del medio ambiente en un Estado de Derecho, basada en la necesidad de estimular y fomentar la vigilancia mutua de los posibles contaminadores (FAURE, 2009). En la mayoría de los casos, la solidaridad presenta una mejor solución,

³ Como ejemplo de los precedentes del STJ, véase Brasil (2009b; 2010).

en comparación con la responsabilidad compartida, al problema probatorio inherente al daño acumulativo, continuo y progresivo. Por esta razón, no es sorprendente que la mayoría de los sistemas nacionales, comunitarios e internacionales adopten la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños ambientales. Sin embargo, “si no se aplica a los límites justos, puede causar situaciones verdaderamente injustas” (CATALÁ, 1998, p. 190). En nivel general, bajo el soporte de las lecciones de Kenneth S. Abraham, la solidaridad se aplica a tres casos principales. El primero, para casos en que hay una acción conjunta de los agentes causantes del daño (*joint tortfeasors*). Además, se añade la incidencia de la responsabilidad solidaria en los casos de agentes independientes, pero responsables del mismo e indivisible daño. El tercer ejemplo es una desviación de esta última. Como explica el autor, esa indivisibilidad del daño puede ser teórica cuando la naturaleza del daño hace imposible su divisibilidad (segundo ejemplo), o pragmática cuando, aunque el daño sea susceptible de ser divisible, esa prueba no haya sido posible o no haya sido realizada por el demandado (tercer ejemplo) (ABRAHAM, 2012).

1.1 Solidaridad y litisconsorcio pasivo facultativo

Otro aspecto utilizado constantemente para la aplicación de la solidaridad de corresponsables del daño ambiental es la configuración constitucional del medio ambiente como un bien de uso común para el pueblo (*res omnium*) que, en esta condición, se entiende correctamente como una “unidad infragmentable” (BENJAMIN, 1998). Sin embargo, existe la constante atribución de que, en virtud de esta condición de bien común, las lesiones a esos bienes siempre serían indivisibles. Para esta comprensión, siendo el medio ambiente como un objeto unitario (bien de uso común de la gente), se concluiría, en consecuencia, un daño ambiental colectivo indivisible, justificando la imputación de responsabilidad civil *in solidum* a todos aquellos que, directa o indirectamente (art. 3, IV, Ley n. 6.938/81), contribuyeron para la aparición de daños ambientales. Sin embargo, no parece correcto asumir que todos y cada uno de los daños ambientales son siempre indivisibles, a pesar de que el bien ambiental lo es, conceptualmente. Aunque el medio ambiente es una unidad infragmentable, existen degradaciones ambientales cuya contribución por parte de varios autores puede o no ser susceptible de fragmentación (divisible).

Debido a la frecuente comprensión de que el daño ambiental *siempre*

estaría marcado por una indivisibilidad en sus múltiples elementos constitutivos y la frecuente imposibilidad de su fragmentación en sus cadenas causales, la responsabilidad solidaria se ha aplicado en el ordenamiento jurídico brasileño, sin más evaluaciones sobre la posibilidad de fragmentación en parcelas de un determinado daño ambiental. Así, ante las relaciones de explotación e intervención sobre los bienes ambientales, y ante la constatación de la pluralidad de agentes o de la multiplicidad de fuentes en la ocurrencia de daños ambientales, los tribunales han impuesto, de manera generalizada, la solidaridad pasiva a todos aquellos que han contribuido, directa o indirectamente, al daño ambiental. Esto se ha producido sin que se haya reflexionado más sobre los criterios jurídicos e interpretativos relativos a las especificidades de los daños ambientales en casos concretos. Parece necesario, en este sentido, profundizar en el proceso para evitar la imputación injusta y desproporcionada de los costos a terceros para la remediación ambiental de las zonas degradadas.

Para apoyar la comprensión mayoritaria de que el daño ambiental siempre resulta solidario por la indivisibilidad del bien ambiental, se utiliza el concepto normativo de contaminador, tal como lo establece el art. 3, IV de la Ley n. 6.938/81. Sobre la base de esa disposición, existe el entendimiento consolidado de que “la acción por daños causados al medio ambiente podrá entablarse contra la parte directa o indirectamente responsable, o contra ambas, en vista de la responsabilidad conjunta y solidaria por el daño ambiental” (BRASIL, 2009a). Así pues, en materia de medio ambiente, todos aquellos que han participado directa o incluso indirectamente en la ocurrencia de alguna degradación ambiental podrán ser responsabilizados futuramente. En otros escenarios, tanto las partes directas como las indirectas pueden ser consideradas responsables por los daños ambientales resultantes de sus actividades, ya sea por omisión o por comisión.

El Tribunal Superior de Justicia (STJ) sigue aplicando la responsabilidad solidaria entre todas las causas y agentes que contribuyeron para la ocurrencia de un daño ambiental (BRASIL, 1995). Los juzgados recién han mantenido el entendimiento, conforme didácticamente enmendado en la sentencia del REsp 843.978/SP (BRASIL, 2013). Se nota por el contenido mismo de esta sentencia que, resumiendo bien el entendimiento actual, la solidaridad aplicada en materia de medio ambiente (derecho material) acaba por conducir a la aplicación del litigio facultativo (derecho procesal) a los casos de demandas de reparación de daños ambientales contra múltiples agentes. Esto se debe a que el derecho material determina la

existencia o no de una “comunidad de derechos u obligaciones” (art. 113, I, del Código de Proceso Civil) que, a su vez, llevará a la configuración de un litigio-consorcio opcional. Por lo tanto, en los casos de solidaridad, siempre hay comunión, ya sea entre acreedores o deudores solidarios (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2014). Desde el punto de vista normativo, existe una relación entre lo dispuesto en el art. 113, I, y la solidaridad en materia de daños al medio ambiente (art. 3, IV, de la Ley n. 6.938/81, y art. 942 del Código Civil). Este ha sido el entendimiento consolidado del STJ.

Para que comprendamos esa relación entre la solidaridad y el litigio voluntario, es esencial que volvamos al contenido de la descripción clásica de las obligaciones de solidaridad. Según la doctrina clásica del Derecho de las Obligaciones, esas relaciones presentan una doble dimensión de relaciones jurídicas, una externa (del acreedor con el coobligado) y otra interna (de los coobligados entre sí). Para tal fin, en el caso de la solidaridad pasiva, “sólo se manifiesta en las relaciones exteriores, es decir, las que se establecen entre [...] el coobligado y el acreedor” (GOMES, 1996, p. 61). Externamente, “el acreedor tiene derecho a reclamar y recibir de cualquiera de los deudores la deuda común. [...] La elección depende del acreedor” (GOMES, 1996, p. 66). En resumen, el titular del derecho tiene la prerrogativa de cobrar el monto total de la deuda de cualquiera de las partes responsables en forma conjunta y solidaria. La siguiente figura muestra una representación gráfica de estas relaciones solidarias.

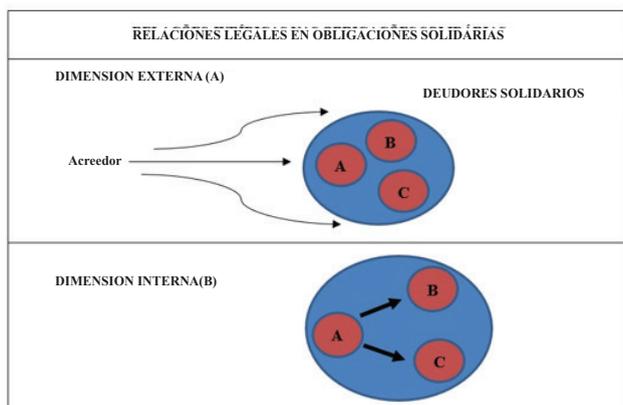


Figura 1 – Representación gráfica de las dimensiones externas (imagen A) e internas (imagen B) en las relaciones jurídicas que implican obligaciones conjuntas.

Fuente: elaboración propia.

Asimismo, la solidaridad que existe en el Derecho Ambiental se ha aplicado, de forma marcada, debido a estos dos factores: i) pluralidad de agentes; y ii) indivisibilidad del daño (frente a la comprensión de la unidad “indivisible” del bien ambiental, como ya se ha expuesto anteriormente). La pluralidad de causas y agentes, que implican un cierto daño ambiental, también tiene una dimensión externa y una interna. Existe un vínculo entre los agentes causantes de la lesión y sus responsabilidades en relación al daño ambiental cometido conjuntamente, y uno o más agentes pueden activarse, “a elección del acreedor”. En el caso del daño ambiental colectivo, no se trata precisamente de un “acreedor” como tal, sino de un proceso legítimo (porque se trata de la protección de intereses transindividuales, de conformidad con el art. 5 de la Ley n. 7347/85). En otras palabras, desde la perspectiva de una dimensión externa (de los agentes ante la sociedad), todos los corresponsables pueden rendir cuentas, individualmente, de la integridad del daño ambiental. Aquí, la formación de la “comunidad de derechos u obligaciones en relación al procedimiento” previsto en el art. 113, I, del Código de Procedimiento Civil, es dictado por el derecho material (BRASIL, 2002). En el caso de obligaciones conjuntas y solidarias, el acreedor o la parte legítima tiene la voluntad de optar por presentar la demanda contra una o más de las partes corresponsables. Por consiguiente, la aplicación del sistema facultativo de Litigios y Arbitrajes en relación con los daños ambientales colectivos se deriva de la comprensión general de la indivisibilidad de los daños de ese tipo y, en consecuencia, de la solidaridad de los agentes. Cabe recordar que la función del litigio-consorcio facultativo es su utilidad práctica y la facilitación de la posición del actor (acreedor o legitimación procesal). Así, mientras que para estos últimos el juicio sobre el fondo de la demanda no depende de su formación, para el litisconsorcio la acumulación subjetiva de las partes (activas o pasivas) es una condición de admisibilidad para el juicio de la demanda. Es decir, sin ella el proceso debe extinguirse sin resolución de mérito (art. 485, VI, Código de Procedimiento Civil).

En la dimensión interna de la solidaridad, quien paga la totalidad de la cantidad correspondiente a la recuperación del daño ambiental tiene un derecho regresivo frente a los demás, y existe una presunción de “igualdad de cuotas” en lo que respecta a la *obligatio* de los corresponsables (GOMES, 1996, p. 66). Sin embargo, en la dimensión interna de la solidaridad, en caso de que el daño ambiental pueda fraccionarse en proporción a cada una de las conductas de los responsables, la persona que ha honrado con

la plena compensación del daño puede ser indemnizada, en una acción de regreso autónoma contra los demás, en proporción a la participación de cada uno.⁴

2 EXCEPCIONES A LA SOLIDARIDAD Y AL LITIS CONSORCIO FACULTATIVOS EN CASOS DE PLURALIDAD DE AGENTES

2.1 La divisibilidad del daño ambiental

Preliminarmente, es importante una reflexión muy breve sobre las distinciones entre los conceptos de obligaciones divisibles, indivisibles y solidarias (GOMES, 1996). Mientras que los dos primeros se clasifican con de acuerdo con el objeto de la prestación, la solidaridad tiene su clasificación centrada en los sujetos (GOMES, 1996). Las obligaciones divisibles consisten en aquellos beneficios que pueden fraccionarse, mientras que la indivisibilidad no encuentre esta posibilidad.

Las obligaciones indivisibles tienen sólo una similitud con la solidaridad, en ambas el acreedor puede exigir a los deudores la totalidad del beneficio, pero ahí terminan las afinidades (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 305). Por otra parte, aunque ambos conceptos (indivisible y solidario) excluyen la aplicación del principio de divisibilidad (regla general de las obligaciones), en el caso de las obligaciones indivisibles es la *naturaleza de la obligación* la que impide la división de las obligaciones en tantas fracciones como sujetos haya, mientras que en la solidaridad es la voluntad de las partes o la disposición de la ley la que impide la imposición de tal división (COELHO, 2012). La solidaridad no se presume y resulta de la ley o de la voluntad de las partes (art. 265 del Código Civil).

Así, a pesar de la innegable existencia de conexiones comunes entre la indivisibilidad y la solidaridad, éstas no están necesariamente vinculadas entre sí. Sin embargo, puede decirse que la indivisibilidad del objeto del beneficio no es una razón inmediata para la imposición inmediata de la solidaridad, sino, al revés, la verificación de la divisibilidad del objeto de esa, será necesariamente una razón para alejarse de la solidaridad, por supuesto. Tanto es así que la divisibilidad es la regla general en las obligaciones civiles (art. 257 del Código Civil), siendo la indivisibilidad (art. 259 del Código Civil) y la solidaridad (art. 264 del Código Civil), excepciones (FARIAS; ROSENVALD, 2012). Debido a la cercanía conceptual entre la

⁴ En este sentido, véase Brasil (2000).

indivisibilidad y la solidaridad, constituida conceptualmente en oposición frontal a la divisibilidad, nada impide que las cualidades de la indivisibilidad y la solidaridad se unan en la misma obligación. En este sentido, Orlando Gomes llega a decir que “no hay dificultad en resolver las situaciones derivadas de las obligaciones con beneficio indivisible, siempre y cuando se reconozca la necesidad de disciplinarlas mediante las normas relativas a las obligaciones solidarias” (GOMES, 1996, p. 74-75).

Como conclusión parcial de lo anterior, cabe señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia brasileña han atribuido en general la indivisibilidad como una característica inherente a los daños ambientales. De esta manera, se olvida que algunos daños ambientales son técnica y científicamente, divisibles. Es decir, son susceptibles de fragmentación en cuanto a la participación causal de los agentes implicados en fracciones determinables.

Aquí, un ejemplo es el caso de una eliminación irregular de desechos industriales en una determinada zona por parte de diversos agentes, contaminándola. Considerando que las diversas fuentes que generan este daño pueden ser identificadas por la existencia de sus productos en el sitio, se tiene la posible determinación del porcentaje de participación de cada fuente o, al menos, la atribución de su segmento de mercado. En el mismo sentido, un caso de eliminación irregular de productos químicos, por parte de varias empresas, en una determinada zona, contaminándola. En ambos casos, si existe la capacidad científica de determinar la participación de cada empresa, ya sea por la divisibilidad de la zona (fuentes identificadas en distintas zonas) o por los factores de degradación (residuos o agentes susceptibles de diferenciación), se tendrá un caso emblemático de daño ambiental divisible. En resumen, cuando sea técnicamente posible determinar la fragmentación del daño en los porcentajes de cada fuente generadora y su consiguiente contaminación, habrá un daño divisible (FARBER; FREEMAN; CARLSON, 2014). Como consecuencia jurídica, cuando sea divisible, cada uno de los responsables estaría obligado a reparar sólo sus parcelas de contribución, en lo que se denomina responsabilidad compartida o colectiva, como se ha visto anteriormente. Por otro lado, siempre que haya indeterminación habrá solidaridad.

Es importante subrayar que la divisibilidad de un daño ambiental no es algo nuevo en el Derecho Ambiental Internacional. En este sentido, el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas, firmado en Lugano en 1993 por el Consejo de Europa,

prevé la posibilidad de que el explotador se libere de la responsabilidad solidaria si puede demostrar que, con su actividad, sólo ha contribuido a una parte específica del daño que se le imputa (art. 6, ítem 3). En esos casos, la persona encargada sólo estaría obligada por los porcentajes o áreas que le conciernen.

La divisibilidad es, por lo tanto, una razón para la fragmentación del daño entre sus respectivas partes, permitiendo una mayor justicia y eficiencia al sistema de responsabilidad civil. Hablamos de justicia porque, de lo contrario, incluso el que ha contribuido en un porcentaje bien definido y cuya responsabilidad es parcial por el daño, en el caso de responsabilidad solidaria, puede ser (injustamente) responsable por el conjunto, fomentando el comportamiento irresponsable de los demás agentes involucrados (como regla general, por pequeño y mediano porte). Crítico de esta comprensión de la Convención de Lugano, Martin (1994) opina que la referencia a la divisibilidad del daño contribuiría a la constitución de lo que él llama “falsa solidaridad”. Sin embargo, es innegable que la solidaridad, si se aplica sin un equilibrio adecuado y sin límites bien definidos, conlleva injusticias reales, fomentando una conducta ambientalmente irresponsable.

La consecuencia procesal directa de la adopción de ese entendimiento, que aquí se defiende, será la alteración del sistema de litigios aplicado al caso. De lo contrario, veamos. En los casos de posible fragmentación o divisibilidad del daño ambiental, se enfrentaría la posibilidad de los litigios necesarios (arts. 114 y 115, párrafo único, del Código de Procedimiento Civil), debiendo que se lleve a los autos todos los participantes conocidos.

Esta posición es, en nuestra opinión, más justa, puesto que tiene como objetivo combatir el *riesgo moral* de fomentar el comportamiento irresponsable de las empresas medianas y pequeñas que, seguro de la condición económica de las empresas más grandes involucradas, son alentados por la solidaridad a actuar de manera irresponsable, con la certeza de que la atención judicial recaerá en quienes suelen tener el mayor poder económico, a pesar de participar en menores porcentajes de los daños o de tener mayores compromisos con la seguridad ambiental. No con poca frecuencia, en un sistema de responsabilidad solidaria, las empresas que terminan siendo efectivamente responsables de los daños ambientales son las que tienen mayor capacidad financiera, aunque demuestran un mayor rigor en el cumplimiento de la norma ambiental (CATALÁ, 1998).

Es en este sentido que el derecho comparado presenta soluciones interesantes, en la búsqueda de un mayor equilibrio y equidad. En el derecho

norteamericano, v.g., la *section 107* de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA), también conocido como “*superfund*”, establece un número bastante grande de partes que pueden ser responsables, desde el propietario hasta las personas que, en el pasado, depositaron residuos o sustancias peligrosas en el sitio (FARBER; FINDLEY, 2010). El objeto de esa legislación es establecer la facilitación y los criterios de responsabilidad civil para la limpieza de los lugares contaminados por productos químicos tóxicos. A partir de esta legislación, el gobierno puede cobrar los costos de la limpieza de las zonas contaminadas de estos actores (CASTRO; REZENDE, 2015).

En términos generales, la configuración de la divisibilidad o indivisibilidad de un determinado daño ambiental es un criterio internacional que sirve como elemento definitorio del sistema de responsabilidad que se aplicará. Si el daño es indivisible, se trata de un caso de responsabilidad solidaria (*joint and several liability*), pero si el daño es divisible, entonces estaría bajo responsabilidad compartida (*several liability*). La consecuencia práctica (y procesal) de esto es que, en ese caso, el demandante tendrá necesariamente que activar a todos los implicados, pudiendo cobrar sólo los porcentajes adjuntos a cada una de las parcelas del daño divisible. En el caso de daños indivisibles, la solidaridad permite al demandante (gobierno) activar cualquiera de los corresponsables previstos en la legislación (CERCLA). Los tribunales norteamericanos han sostenido que en casos de daño ambiental donde hay “daño indivisible” hay solidaridad (*joint and several liability*) entre las partes responsables, todas las cuales serán responsables del daño, solas o en conjunto. Una excepción a esta regla de solidaridad se da cuando uno de los responsables puede demostrar que el daño causado es divisible, en cuyo caso es necesario incluir a todos los responsables de la acción en sus acciones. En esta dirección se han hecho los siguientes precedentes *United States v. Monsanto Co.*, 858 F.2d 160 (4th. Circ. 1988) y *United States v. Chem-Dyne Corp.*, 572 F. Supp. 802 (S.D. Ohio).

En este último, la Corte declaró:

Salvo el daño sea divisible y exista una base razonable para repartir el daño, cada uno de los demandados es responsable sólo de la parte del daño causado por este [...]. En esta situación, la carga de la prueba sobre el reparto recae en cada acusado [...]. Por otra parte, si los demandados han causado un daño totalmente indivisible, cada uno de ellos es responsable de la totalidad del daño (UNITED STATES, 1988) (traducción libre).

Evidentemente, la carga de la prueba sobre la “divisibilidad” del daño ambiental por contaminación recae en los acusados para limitar su responsabilidad (FARBER; FINDLEY, 2010). En tales casos, los demandantes sólo podrán cobrar de los demandados, y en la medida de la participación de cada uno de ellos. Si bien la regla sobre la contaminación tóxica debe ser objetiva y solidaria, la excepción de divisibilidad se deriva del principio de *common law* que cada uno debe ser responsable del porcentaje de su participación y de su culpabilidad, en representación del propio principio contaminador-pagador (GREENBERG, 2018). Esta divisibilidad se configura en los casos en que la contaminación está separada geográficamente o los múltiples operadores han actuado en períodos de tiempo diversos y bien definidos - combinación de factores geográficos, temporales y volumétricos/toxicidad (GREENBERG, 2018).

Antes de que se diga que esto resultaría en que las “parcelas huérfanas” no se remedien (dañando ecológicamente el derecho fundamental de cada uno al medio ambiente), hay importantes ejemplos de la legislación de los EE.UU., en nuestra opinión, absolutamente compatibles con nuestro sistema. En primer lugar, si se identifica a uno de los contaminadores sólo después de que se haya presentado la acción, se puede incluirlo en la acción o promover una acción individualizada en su parte contributiva. Además, un factor que complica la obtención de la reparación de los daños ambientales puede ser la insolvencia o la falta de disponibilidad de un potencial responsable. Con este fin, existe una importante solución en la legislación norte americana para mantener los “factores de equidad” para los agentes responsables de los daños ambientales, según la cual, en el caso de la contaminación divisible, los porcentajes “huérfanos” (resultantes de la insolvencia o desaparición de una o más personas responsables) serán repartidos por los otros responsables en sus respectivas proporciones. El Noveno Circuito decidió que “los costos de las cuotas huérfanas se distribuyan por igual entre todos los posibles responsables, así como en el caso de los costos de limpieza de las zonas contaminadas” (UNITED STATES, 1997, traducción libre). Se trata de un modelo híbrido, en el que la responsabilidad compartida se justifica por la divisibilidad, pero en caso de insolvencia o disipación de una de las partes, su porcentaje se redistribuye proporcionalmente entre las demás, manteniendo la justicia y la equidad.

Según la legislación estadounidense, específicamente la CERCLA, si el daño es divisible, el gobierno o un corresponsable (a nivel del derecho de retorno) debe recurrir a todas las demás partes responsables. En tales

casos, cada parte puede ser considerada responsable sólo en su parte. Se trata de una excepción a la regla general que aplica la responsabilidad solidaria (*joint and several liability*), pasando, en tales casos, a aplicarse la responsabilidad compartida o colectiva (*several liability*).

Por otra parte, en el derecho ambiental brasileño, sigue siendo aplicada la norma de solidaridad a todos aquellos que, de alguna manera, colaboraron en la ocurrencia de un daño ambiental, sin cualquier evaluación de la divisibilidad o no del daño ambiental *in casu*. Considerando que el derecho material es el que determina *la existencia de una comunión de derechos u obligaciones* y que, En tales casos, el acreedor o el legitimado procesual pueden cobrar el valor total de uno o más demandados, a su elección, se tiene la incidencia de litisconsorcio facultativo al suceso en cuestión. En cuanto al pronóstico, con la expansión del conocimiento científico y la consiguiente trazabilidad de los productos contaminantes, existe una tendencia futura de debates sobre la insuficiencia de la solidaridad ambiental para los casos de *daños divisibles*, en el que se puede determinar el porcentaje de contribución de cada uno de los agentes al logro del daño ambiental.

En la actualidad, la materia sigue dispensando el análisis de esos elementos, aplicándose de manera consolidada la solidaridad por daño indivisible a todos los casos, incluso a aquellos cuya divisibilidad del daño sea posible de demostración. Sin embargo, la capacidad técnica de descripción y el conocimiento previsto de los porcentajes de participación de cada uno de los agentes de un determinado daño ambiental, pueden reflejar la necesidad de cambio en la actual comprensión consolidada de la aplicación del litisconsorcio facultativo a todos los casos de daños ambientales. Este cambio apunta a la necesidad de que el autor reúna todos los participantes conocidos e identificados, siempre que el daño sea divisible o fragmentado (litisconsorcio necesario). Este entendimiento favorece la eficiencia y la equidad, ya que favorece la participación del mayor número de responsables en el proceso judicial, reduciendo los riesgos de incumplimiento y la ineficacia de la medida jurisdiccional. De lo contrario, la aplicación generalizada e irrestricta de la responsabilidad solidaria acaba provocando una carga secundaria para el poder judicial, en términos de derechos regresivos, con más tiempo para la disipación de los bienes y la insolvencia de los demás corresponsables (que no se desencadena de inmediato). Así, en los casos de divisibilidad probada de un daño ambiental, la carga de la prueba de esta (divisibilidad del daño) es, por supuesto, del demandado o demandados, y deben incluirse todos los agentes. Recuerde que si un agente que

contribuye a un daño divisible, después de ser incluido, tiene problemas para honrar su porcentaje, ese porcentaje “huérfano” se redistribuirá proporcionalmente entre los demás, en un formato híbrido de responsabilidad compartida.

2.2 Aplicación del litisconsorcio necesario para los casos en que el cumplimiento de las obligaciones dependa o afecte a las actividades o el patrimonio de terceros

A pesar de la regla general de que los responsables de la degradación del medio ambiente son conjunta y solidariamente responsables, con la formación de litisconsorcio voluntarios, hay excepciones. De acuerdo con el contenido que se mostró anteriormente, Los casos posibles de divisibilidad del daño ambiental requieren una responsabilidad compartida y, en consecuencia, los litisconsorcios necesarios. En ese caso, como se ha visto, sería de excepción al carácter facultativo del litisconsorcio. Otro ejemplo de excepción al carácter facultativo del litisconsorcio por daños ambientales son los casos en que determinada decisión de responsabilidad ambiental afectará necesariamente a la “esfera de la responsabilidad de terceros, cuando, por lo tanto, se requiere la formación del necesario litisconsorcio pasivo”. (MILARÉ, 2015, p. 441).

Se trata de casos en los que “la decisión impone a un tercero la obligación que no constituye el polo pasivo de la acción” y se aplica “la regla del litisconsorcio pasivo, de modo que no se viola la defensa contradictoria y amplia” (FREITAS; CARDOSO, 2017, p. 182). Esta comprensión de la aplicación de los litisconsorcios en casos concretos en que la eficacia de la decisión judicial depende necesariamente de terceros, encuentra precedentes jurisdiccionales, como lo demuestra la sólida corriente en el STJ (BRASIL, 2009c; 2014).

En este sentido, se menciona el REsp 843.978/SP como una demanda contra los propietarios de la tierra en caso de pedazos de tierras clandestinos, en los que los compradores están, por su propia mano, cambiando la situación física de la propiedad, promoviendo la degradación del medio ambiente. La sentencia establece que, a pesar de la regla general de solidaridad y litisconsorcio facultativo en casos de daños ambientales,

[...] como única forma de asegurar la plena utilidad del servicio jurisdiccional, se requiere la necesaria colaboración entre el dueño del pedazo de tierra y el adquirente si éste, por su propia mano, cambia la situación física o realiza trabajos en el terreno que, al final, deberán ser demolidos o removidos (BRASIL, 2013).

En resumen, en estos casos se impone el litisconsorcio porque los procedimientos requeridos en la demanda necesariamente afectarán y dependerán de terceros no incluidos en la demanda. Por lo tanto, estos terceros deben ser necesariamente incluidos en la demanda bajo pena de violación del derecho fundamental al debido proceso de la ley, de acuerdo con el art. 5, LIV, de la Constitución Federal (FREITAS; CARDOSO, 2017). La urgencia de la intervención en el patrimonio material y jurídico de terceros implica también un cambio en la incidencia de la matriz de solidaridad a la responsabilidad compartida, siendo cada uno de los participantes responsable por su esfera de participación en la conducta necesaria. Es importante salvaguardar la necesaria inclusión de terceros en el polo pasivo del acto, ya que, de lo contrario, se pondrán en riesgo los principios constitucionales de debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa (DANTAS, 2010).

Este es también el caso cuando una orden de demolición se dirige a cualquier entidad distinta de los actuales propietarios o terceros de buena fe. Como ejemplo, está el caso de la presentación de una acción civil pública con solicitud de demolición contra la empresa constructora, ignorando la existencia de los propietarios de las viviendas y de la constitución de un condominio. En este caso, es necesario formar el necesario litisconsorcio con todos aquellos que tienen sus bienes afectados por la posible decisión judicial, bajo pena de nulidad de los actos procesales por violación de las garantías constitucionales de defensa amplia, contradictoria (art. 5, LV, de la Constitución Federal) y el debido proceso legal (art. 5, LIV, de la Constitución Federal).

2.3 Aportes insignificantes

Otra posible razón para renunciar a la responsabilidad solidaria y, más aún, para la ausencia de responsabilidad civil de una parte, se da cuando se ha demostrado que la parte ha contribuido de manera insignificante al resultado dañoso. Por supuesto, la gran dificultad práctica consiste en delimitar los criterios para determinar que la contribución sería realmente insignificante e insuficiente para causar el daño configurado y sujeto a análisis judicial. En tales casos, ocurre que “probablemente la ‘parte del daño’ que le corresponde no alcanza ni siquiera el grado necesario para ser considerada como reparable”.

Cumple aclarar que la reflexión sobre las consideraciones de las contribuciones insignificantes está cubierta por la cuestión de la causalidad

acumulativa bajo el nombre específico de *minimale Kausalität* (causalidad mínima) (GONZÁLES, 2005). Este concepto se configura cuando un determinado daño resulta de la suma de un número incontable de contribuciones causales. Sin embargo, si se consideran individualmente, estas actividades no sólo están permitidas (son lícitas) sino que su contribución, considerada por sí sola, es tan pequeña que resulta irrelevante para la aparición del fenómeno nocivo. Un ejemplo de esos casos sería las emisiones de los vehículos de motor derivadas de la quema de combustibles fósiles.

El asunto es atormentador para la doctrina en el derecho comparado y muy poco, o casi nada, discutido a nivel nacional. Aparecen dos soluciones. Por un lado, admitir que hay responsabilidad, aunque sea difícil establecer su causalidad debido al excesivo número de contaminantes y contribuciones individuales, que son demasiado pequeñas. Para este entendimiento, se aplicaría la responsabilidad conjunta y solidaria o la responsabilidad compartida de las cuotas – igual en caso de duda –. (GONZÁLES, 2005). Por otra parte, para quienes creen que no debe haber responsabilidad en los casos de contribuciones insignificantes, se argumenta que el coste económico de hacer efectiva esa responsabilidad (*transaction costs*) es demasiado alto, puesto que para determinar los autores y sus cuotas se necesitarían mecanismos de control demasiado costosos y, por lo tanto, desproporcionados con respecto a los beneficios derivados del litigio (GONZÁLES, 2005).

Así, parece evidentemente injusto considerar responsables solidarios a las partes que han contribuido de manera insignificante al daño global. Del mismo modo, la responsabilidad ineficaz y desproporcionada de las contribuciones insignificantes, por las cuotas aisladas. Tanto es así que, hasta la fecha, no hay acciones que intenten hacer responsables a los propietarios de los coches de forma conjunta y solidaria en todo el mundo. Sin embargo, por otra parte, también parece inapropiado exonerar completamente a los grupos que han contribuido a tales daños difusos. En este sentido, a título explicativo, hay demandas a nivel de litigancia climática contra los fabricantes de automóviles en virtud de los daños causados por sus productos. Una alternativa más prometedora es internalizar los daños difusos mediante obligaciones anticipadas (*ex ante*) o *ex post* consistente con la contribución a los fondos financieros. Esas obligaciones de contribución se derivarían del hecho de que pertenecen a determinados grupos o categorías, por ejemplo, los propietarios de vehículos de motor, y la medida de la contribución podría depender, por

ejemplo, de la cuota de kilometraje en ejercicio por un año (GONZÁLES, 2005). En esos casos (de contaminación atmosférica y contribución al calentamiento del planeta), lo más prometedor sería componer esos fondos con valores procedentes de empresas del segmento de mercado en el que se produjo la contribución al cambio climático, en detrimento de los sujetos individuales. Los porcentajes de cada empresa se definirían en proporción a la cuota de mercado que ocupa (*Market Share Liability*).

3 EL PROBLEMA DEL CONTAMINADOR INDIRECTO

La regla general de la responsabilidad civil es “que cada uno es responsable por sus propios actos”, en lo que se llama responsabilidad directa o por su propio hecho (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 204). De una manera excepcional, sin embargo, el derecho civil prevé la posibilidad de que una persona contestar a la justicia por el hecho de un tercero, nombrada responsabilidad indirecta o por el hecho de tercero. Sin embargo, esos casos no pueden ser “arbitrarios e indiscriminados”, limitándose a los casos previstos en el art. 932 del Código Civil, cuyo contenido prevé los casos de tributación de las personas que, por su deber de custodia o vigilancia, serán consideradas responsables del hecho de otro. Por consiguiente, en materia de responsabilidad civil general por el hecho de otra persona, cuando es ajena a la configuración de cualquier nexo causal, el derecho privado ha utilizado la técnica de “canalización”, asignando la responsabilidad a las personas que, aunque no hayan contribuido directamente para la lesión, son consideradas responsables en virtud de su deber de cuidado, vigilancia o atención. Cabe señalar nuevamente que tales disposiciones, en el derecho privado, están expresamente establecidas en la lista del art. 932 del Código Civil.

En asunto ambiental, como ya se ha visto, la imposición de la solidaridad se basa en un conjunto de conductas que han dado lugar a un daño ambiental, ya sea por una acción que afecte negativamente al medio ambiente o por el incumplimiento de un deber de cuidado, vigilancia o atención, que se resume en la expresión del deber de seguridad ambiental. Por lo tanto, en materia ambiental, los criterios para la definición de la solidaridad y la responsabilidad civil del indirecto se encuentran más afectados por la interpretación que surge del análisis conjunto del art. 942 del Código Civil con el art. 3, IV, de la Ley n. 6.938/81.

Como bien señala Antunes (2016, p. 562), “la definición de contaminador indirecto es una de las cuestiones más controvertidas del derecho

ambiental brasileño y, ciertamente, no hay un consenso doctrinal o jurisprudencial sobre el alcance del concepto”. En un estudio sobre el tema, Rômulo Sampaio constata que “al recibir la figura del contaminador indirecto, el art. 3, IV de la Ley n. 6.938/81, no lo definió. Por lo tanto, se trata de un concepto jurídico indeterminado” (SAMPAIO, 2013, p. 147). Por lo tanto, el cumplimiento de este concepto debe tener en cuenta la contribución de los agentes implicados. La conclusión inmediata de este razonamiento es que la solidaridad ambiental, sin embargo, no elimina la necesaria demostración de la conexión causal de las causas y concausas para la ocurrencia del daño. En otras palabras, para caracterizar la solidaridad debe demostrarse la conducta “competidora” (activa u omisiva) para la configuración del daño o su agravación. Esta es la causalidad plural común. El fundamento de la solidaridad viene dado, por tanto, por el hecho de que las diversas conductas (activas u omisivas) “dan origen al resultado” (CAVALIERI FILHO, 2012).

Incluso en los casos de responsabilidad objetiva, es necesario identificar el vínculo causal, como una relación de causa y consecuencia, a nivel de prueba. Así como el núcleo de la responsabilidad subjetiva es la conducta culpable, en su matriz objetiva, el centro del análisis jurídico es siempre el vínculo causal. Por lo tanto, esto sigue siendo necesario para los casos de agentes múltiples.

Hay que tener en cuenta que los daños ambientales pueden tener múltiples fuentes y causas, y pueden ser esas fuentes directas o indirectas. Como se ha visto anteriormente, la solidaridad consiste en el proceso de expansión de los límites del potencial responsable por el daño ambiental. A favor de su aplicación, cuando y si se hace con equilibrio, esta “ofrece excelentes incentivos *ex ante* para la monitorización mutua entre los posibles contaminadores” (FAURE, 2009, p. 259). Todo esto antes de cualquier degradación ambiental. En función de los límites y criterios utilizados para sostener esta expansión, se responderá al nivel óptimo de internalización de las externalidades o, por otra parte, en caso de una expansión exagerada, se producirá una carga injusta sobre las actividades económicas, que afectará al equilibrio deseable en las relaciones jurídicas, ecológicas y económicas. Si, por un lado, es deseable maximizar los procesos de reparación de los daños ambientales por la ley y atribuirlos a quienes contribuyeron a esos resultados perjudiciales, por otro lado, la delimitación de quién es responsable debe ser justa y proporcionada. Un sistema excesivamente amplio tiende a transferir la responsabilidad a terceros, y puede causar el

efecto secundario indeseable: la irresponsabilidad de los contaminadores directos y la responsabilización de terceros, incluso si éstos no tuviesen conocimiento, expresan obligaciones legales o condiciones para evitar que se produzca el daño ambiental en cuestión.

Por esa razón es tan pertinente adoptar criterios de definición y limitación de las fronteras de la solidaridad en su función de ampliar la responsabilidad civil, impidiendo que quienes han contribuido con ella dejen de ser responsables de los daños perpetrados. Si bien la solidaridad es una solución encontrada a nivel internacional y nacional para los casos de pluralidad causal, también presenta graves riesgos de disuasión excesiva (*over deterrence*). Una interpretación demasiado amplia puede generar efectos secundarios (que pueden incluso ser perjudiciales para la propia protección del medio ambiente).

Aunque poco difundidas en un contexto nacional, las posibles consecuencias negativas de la solidaridad han sido y son constantemente discutidas a nivel de derecho comparado. No es porque se adopta la responsabilidad conjunta en un sistema jurídico que no se debe reflexionar intensamente sobre su alcance y límites a fin de evitar efectos secundarios, disuasión excesiva e injusticias.

La solidaridad, como advierte Michael Faure, puede conducir a la violación del principio básico de la compensación justa y eficaz, que establece que un agente debe ser responsable, en principio, de compensar solamente en la medida y proporción de su contribución a las pérdidas (BERGKAMP, 2001; FAURE, 2009). El autor también señala que la magnitud de los efectos secundarios depende del régimen jurídico elegido y de la solvencia o no de los agentes implicados. No es infrecuente que la parte corresponsable implicada, incluso si se puede determinar su parte de la responsabilidad o la parte mínima, sea responsable por el coste total del daño causado por la disipación (insolvencia) de las otras partes corresponsables. Por lo tanto, es responsable de los paquetes y los daños no causados por su actividad (FAURE, 2009).

Además, la solidaridad tiende a estimular el efecto “*deep pocket*”, conocido como el riesgo de la víctima o legitimados para dirigirse a la parte con más recursos y capacidad financiera, en detrimento de la parte que ha contribuido en mayor medida a la ocurrencia del daño. Puedes, así, hay una distorsión no deseada del Principio contaminador-pagador (mayor aplicación a nivel normativo) y el Principio de Responsabilidad (aplicación de la responsabilidad civil, administrativa y penal en materia

de medio ambiente). Ese enfoque de responsabilizar a las empresas por su tamaño económico presenta una paradoja y un riesgo moral. Al penalizar a las empresas por sus mayores condiciones financieras, se puede estar castigando a las que también cumplen más con los reglamentos ambientales, “salvando” así a las de menor tamaño, ambientalmente más débiles y con tecnologías más desechadas, y que por lo tanto ofrecen menos seguridad ambiental (CATALÁ, 1998). Una responsabilidad potencial demasiado amplia y extensa, en la condición de ser indirecta, desalienta la provisión de seguros ambientales a estas actividades, debido a la inseguridad e imprevisibilidad de los criterios que permitirán demandar a estas empresas por los daños causados por terceros (CATALÁ, 1998). Por esta razón, una definición cuidadosa, constitucional y técnica es fundamental.

3.1 ¿Cuál el nivel de participación de un tercero para su responsabilización civil solidaria en asuntos ambientales? Criterios para responsabilidad del indirecto

Se debe hacer hincapié en la hipótesis de que, incluso en una matriz de responsabilidad objetiva, es esencial configurar y demostrar el respectivo vínculo causal entre la conducta (acción u omisión) y el daño (FARBER; FREEMAN; CARLSON, 2014 e LEITE; AYALA, 2010). Si comparamos el sistema de responsabilidad civil subjetiva con la matriz objetiva, encontramos que hay un claro cambio en el énfasis de la conducta (*act-based*), en el caso de la responsabilidad civil subjetiva, para el nivel de actividad (*effect activity-based*), en el caso de la matriz objetiva (ABRAHAM, 2012). En ese sentido, mientras que el primero se centra más en probar la conducta subjetiva del autor del daño (en su culpa), el segundo se evaluará en función de los deberes que se pueden imponer a una actividad y que, de no cumplirse, ponen en peligro a terceros y a bienes de interés transindividual. Cuando se produce un daño (o un riesgo intolerable), en una matriz objetiva, se somete a una prueba necesaria para evaluar quién lo causó directamente y quién tenía deberes para evitarlo (indirecto). Por supuesto, esas funciones están vinculadas al conocimiento del riesgo, la asignación normativa de las funciones de cuidado y las condiciones materiales (competencia y poder) para intervenir y supervisar. La responsabilidad de los indirectos está vinculada al incumplimiento de estos deberes. Aquí está la noción de los deberes de seguridad o de cuidado del medio ambiente, que están genéricamente previstos en el art. 225 de la Constitución Federal y

específicamente en varias leyes infraconstitucionales.

Por lo tanto, se debe aclarar que la actividad que causa el daño ambiental puede tener una o varias causas que compiten entre sí. Esta sería la noción de contaminador directo prevista en la legislación brasileña. A efectos didácticos, puede decirse que los concausadores (aquellos que por acción u omisión contribuyeron directamente al daño) están vinculados a la reparación del daño por una causalidad física o natural. La figura del indirecto, sin embargo, tiene su responsabilidad civil derivada de un proceso de atribución normativa (causalidad normativa), que se deriva necesariamente de la violación de los deberes ambientales. En otras palabras, aunque no se trataba de la actividad degradante inmediata, habría habido un deber por parte de estos últimos de intervenir o inspeccionar y que, al no hacerlo, contribuyó decisivamente a la ocurrencia del daño.

En el caso de los actos de comisión, debe haber una acción contributiva demostrable (aunque sea por probabilidad) para la ocurrencia del resultado perjudicial. Los casos de omisión dan lugar a una mayor necesidad de criterios para definir los elementos que violan esos deberes de cuidado, a los que se atribuye la responsabilidad del indirecto. Si no se demuestra que la omisión viola los deberes de cuidado del medio ambiente, no es necesario hablar de la responsabilidad de los indirectos. En opinión del Min. Teori Zavascki sobre tales criterios, la solidaridad depende de un examen de si esta “omisión fue ‘determinante’ (es decir, causa suficiente o concurrente) para la ‘materialización o agravamiento del daño’”. (BRASIL, 2011).

Hay por lo menos dos corrientes que modulan de manera diferente la responsabilidad civil de los indirectos en los casos de daño ambiental. Por un lado, la corriente más afecta a una mayor amplitud y extensión del sentido de contaminador indirecto, existiendo, para esta, la defensa de la aplicación de la responsabilidad objetiva, modulada por la teoría del riesgo integral, no sólo al responsable directo, sino también al indirecto (BENJAMIN, 1998; STEIGLEDER, 2017). Por otra parte, se entiende que la responsabilidad civil de los indirectos debe adoptar un patrón inherente a la teoría del riesgo creado (SAMPAIO, 2013; ZAPATER, 2013). En la primera cadena, además de no hablar de las exclusiones de responsabilidad y de no exigir el análisis de la ilegalidad de la actividad, la carga probatoria recae preponderantemente en el demandado, en el sentido de que debe probar la ausencia de causalidad o la violación del deber de seguridad. Herman Benjamin describe lo indirecto, por ejemplo, en los siguientes términos:

[...] el vocablo [contaminador] es amplio e incluye a quienes causan directamente el daño ambiental (el agricultor, el industrial, el maderero, el minero, el especulador), así como a quienes contribuyen indirectamente con él, facilitando o haciendo viable la ocurrencia del daño (el banco, el organismo público de concesión de licencias, el ingeniero, el arquitecto, el promotor, el corredor, el transportista...) (BENJAMIN, 1998, p. 37).

En ese sentido, la solidaridad sigue siendo aplicada en muchos casos en asuntos ambientales presentados al STJ (BRASIL, 2003; 2005). Sin embargo, llama la atención sobre el hecho de que, incluso ante una concepción amplia de un contaminador indirecto, debería haber una demostración de causalidad (BRASIL, 2017b). En otros casos, aunque esto no se expresa, la decisión no parece hacer mucha diferencia sobre la responsabilidad del agente directo del llamado indirecto (BRASIL, 2017a). En defensa de una interpretación maximalista de la responsabilidad civil conjunta y solidaria, el STJ ha presentado decisiones que no sólo consideran que la solidaridad conduce al litisconsorcio facultativo (BRASIL, 2009a), en cuanto a la imposibilidad de denunciar el caso (BRASIL, 2009b). Una síntesis de esta perspectiva maximalista se da por el voto del Relator Min. Herman Benjamin cuando afirma que “al final de la verificación del vínculo causal en el daño urbano-ambiental y la eventual solidaridad pasiva, los que hacen, los que no hacen cuando deberían hacer, los que no les importa que hagan, los que guardan silencio cuando les corresponde denunciar, los que financian para que lo hagan y los que se benefician cuando otros lo hacen” (BRASIL, 2010). Por otra parte, la aplicación de la teoría del riesgo creado para la responsabilidad de los indirectos repercute en el análisis de la posibilidad de exclusiones de responsabilidad (fuerza mayor y acontecimientos fortuitos). Además, en lugar de internalizar completamente el riesgo (como ocurre en la teoría del riesgo total), en la teoría del riesgo creado sólo se da lugar a la responsabilidad por el riesgo capaz de causar un daño determinado.

Independientemente de la teoría que se adopte, nos parece que la responsabilidad civil por daños ambientales requiere, por una parte, la demostración de la concausa para la ocurrencia del daño y, en el caso de los indirectos, la demostración de la violación de un deber de cuidado o seguridad. Estos deberes se imponen legalmente. La violación de estos deberes está directamente relacionada a las atribuciones (privadas) o las competencias (públicas) de las entidades involucradas. En este sentido, estas actividades deben tener el conocimiento del riesgo que implica y, además, tener la capacidad de intervenir y supervisar. En este sentido, debe demostrarse que

el indirecto no ha cumplido con un deber normativo de cuidado, protección y seguridad ambiental. En otras palabras, el concausador está necesariamente vinculado al daño, mientras que el indirecto lo hace por omisión o afrenta a un deber normativo.

En este hilo, José Rubens Morato Leite observa que la exención de responsabilidad civil basada en la teoría del riesgo se produce cuando el riesgo no se ha creado, cuando el daño no ha existido o cuando el daño no tiene relación causal con el que ha creado el riesgo (LEITE; AYALA, 2010). De lo contrario, nos enfrentaríamos a un innegable exceso de protección, creando estímulos inapropiados desde el punto de vista social, jurídico y económico. Porque, en el caso de asumir la responsabilidad de aquellos que no pudieron “ni siquiera haber colaborado para evitar el daño, se prioriza la reparación, sin que se observe ningún aspecto preventivo” (ZAPATER, 2013, p. 346).

Así, según Zapater (2017), se desalentaría el carácter preventivo y disuasorio de la responsabilidad civil, desarticulando el carácter y el potencial de la responsabilidad civil como elemento jurídico que induce comportamientos de gestión de riesgos. Al fin y al cabo, tanto el agente directo como el causante (acción u omisión) son responsables solidariamente por el daño ambiental resultante de su conducta que, de manera activa u omisiva, generó los riesgos que, en un segundo momento, resultaron en un daño. El responsable indirecto (Administración Pública, institución financiera, socio o colaborador económico, entre otros) podrá ser considerado responsable cuando se haya demostrado que era consciente de la situación de riesgo de un tercero y, teniendo condiciones para intervenir, no actuó para contenerla, omitiendo el deber de cuidado o seguridad ambiental que se le exigía (BRASIL, 2009c).

Por otro lado, hay que prestar atención a la cuestión del tiempo en la relación de causa y consecuencia. En este sentido, el incumplimiento del deber de supervisar lo indirecto (público o privado), por ejemplo, debe ser antes del daño y no después de él (FARIAS; BIM, 2017). Una excepción a esta regla lógica general es en el sentido de la obligación llamada *propter rem*. Estas obligaciones acompañan a los bienes resultantes, incluso si las actividades degradantes han sido practicadas por terceros antes de la adquisición de la propiedad o posesión indirecta. Sin embargo, cabe señalar que esta disposición encuentra un asiento legal para casos específicos de protección de los bosques (art. 2, § 2 de la Ley n. 12.651/12). Se trata, por tanto, de una disposición específica y excepcional, de atribución de

responsabilidad sin necesidad de demostrar la contribución o el deber de cuidado (conocimiento del riesgo y aptitud para evitar el daño).

CONSIDERACIONES FINALES

A pesar del consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación del Instituto de Solidaridad a la reparación de los daños ambientales, la cuestión de los límites de esa aplicación es bastante atormentadora. Tras un primer momento de consolidación bastante amplia de la solidaridad y de imputación civil a lo indirecto, sigue siendo pertinente una reflexión crítica sobre los criterios para su imposición. En este sentido, de maduración temporal del instituto de solidaridad, que el presente artículo pretende arrojar las luces.

En primer lugar, hay que describir la distinción clásica entre el sistema de responsabilidad compartida y el de solidaridad. Estos sistemas consisten en normas aplicables internacionalmente para los casos de daños ambientales causados por una pluralidad de agentes. Con diferentes criterios, colocan la carga de la prueba y la remediación de las zonas huérfanas en diferentes actores. La compartida privilegia una mayor atención a las responsabilidades y la participación de cada una de las partes que han causado un posible daño. Por otra parte, da a las partes afectadas la carga de la prueba respecto de la demostración de la participación de cada uno de los agentes (en porciones determinadas) y sus porcentajes. Además, en un modelo puro, si no hay tal prueba, las zonas quedarán “huérfanas”, siendo el propietario o el responsable de la remediación la principal carga. La solidaridad, por otra parte, impone una pesada carga a los acusados de participar en la degradación del medio ambiente, con pruebas negativas de participación en el daño. Si no cumplen con esta carga de la prueba, pueden ser considerados responsables del conjunto, que abarca las zonas “huérfanas”. Sin embargo, la solidaridad, si se aplica demasiado ampliamente, entraña el riesgo moral de desalentar el comportamiento preventivo y la gestión de riesgos ante la expectativa de que una gran cadena se vea obligada a recuperar el daño en caso de que ocurra. En ocasiones, las actividades ajenas a la producción de riesgo se ven afectadas por la solidaridad en nuestro sistema, lo que provoca un efecto colateral de inseguridad jurídica y debilita la función disuasoria de la responsabilidad civil. Aunque hay una evidente opción por el sistema de solidaridad en nuestro Derecho, esto no quita que se prevea, en algunos casos normativos, la responsabilidad

compartida, como es el caso emblemático de la Ley de Política Nacional de Residuos Sólidos.

Tras abordar la solidaridad en su matriz general, era necesario abordar los matices de la aplicación de este instituto al tema y a los casos ambientales. Es en este momento que el presente texto demuestra la importancia de una delimitación conceptual y estructural del instituto de solidaridad. Un análisis sofisticado del instituto tiene la función de delinear los límites de la solidaridad, mostrando los casos en que la solidaridad, excepcionalmente, no se aplica. Entre los casos, contemplados en este artículo, susceptibles de excluir la incidencia de la solidaridad, se encuentran los supuestos i) de daño ambiental divisible o fragmentario, así como los sometidos normativamente al régimen de responsabilidad compartida; ii) en los que el cumplimiento de las obligaciones de recuperación del daño depende necesariamente de actividades o bienes de terceros; y iii) de aportaciones insignificantes.

Por último, el contaminador indirecto se aborda como una figura jurídica a la que se puede considerar responsable de los daños ambientales causados directamente por otras actividades. Se trata, por ejemplo, de casos de responsabilidad civil del Estado por omisión, de instituciones financieras por financiar actividades perjudiciales, de clientes de un centro de residuos que cierran irregularmente sus operaciones, de compradores de productos que generan algún daño durante el transporte, de desprecio de la personalidad jurídica.

El análisis detallado de estas definiciones muestra que los responsables directos son aquellos que contribuyen, en sus causas y concausas, a un daño ambiental, en el ejercicio de sus actividades y omisiones inmediatamente identificables como causales. Por otro lado, el indirecto, consiste en actores que, a pesar de no tener participación directa en la actividad causante del daño ambiental, terminan contribuyendo a la violación de algún deber normativo de seguridad ambiental, y que se le puede atribuir (causalidad normativa). La búsqueda de la delimitación conceptual del contaminador indirecto puede, tras un análisis crítico, revelar los criterios jurídicos para la delimitación del ámbito de imputación civil de este último. Así, se puede sintetizar que el contaminador directo consiste en aquellas actividades que, al producir situaciones de riesgo, contribuyen directamente al daño ambiental, por acción u omisión. El contaminador indirecto, a su vez, quizá sea responsabilizado cuando, a pesar de no producir directamente los riesgos involucrados, viola un deber normativo de seguridad y cuidado del

medio ambiente. Esta violación de los deberes de seguridad ambiental proviene de su conocimiento de los riesgos, su capacidad y competencia para evitarlos y, finalmente, de la configuración de una omisión de intervenir e inspeccionar.

REFERENCIAS

ABRAHAM, K. S. *The forms and functions of Tort Law*. 4. ed. New York: Foundation Press, 2012.

ANTUNES, P. B. O conceito de poluidor indireto e a distribuição de combustíveis. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 229-244, ago. 2014.

ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BENJAMIN, A. H. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p. 5-52, 1998.

BERGKAMP, Lucas. Liability and Environment. *The Hague: Kluwer Law International*, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.001.780/PR. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 27 de setembro de 2011. DJe 04 dez. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acceso: 24 de octubre. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial n. 843.978/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 21 de setembro de 2010. DJe 09 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial n. 1.383.707/SC. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 08 de abril de 2014. DJe 05 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo

Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 24 de octubre. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 839.492/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. DJe 06 mar. 2017a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 277.167/MG. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 14 de março de 2017. DJe 20 mar. 2017b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial n. 1.602.106/PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 25 de outubro de 2017. DJe 22 nov 2017c.

CARVALHO, D. W. Solidariedade ambiental e a figura jurídica do poluidor indireto. In: CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 353-412.

CASTRO, C. R.; REZENDE, E. N. Uma análise crítica sobre a responsabilidade civil por dano ambiental nos Estados Unidos da América. *Revista do Curso de Mestrado em Direito – RVMD*, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 1-20, jul./dez. 2015.

CATALÁ, L. G. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi, 1998.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COE – COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*. Lugano, 21 jun. 1993. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007c079>. Acesso: 15 de octubre. 2020.

COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, B. M. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-52, jan./mar. 1997.

DANTAS, M. B. Atualidades sobre a ação civil pública ambiental. In:

- MILARÉ, É. (Coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 573-589.
- FARBER, D.; FREEMAN, J.; CARLSON, A. *Cases and materials on Environmental Law*. 9. ed. St. Paul: West, 2014.
- FARBER, D. A.; FINDLEY, R. W. *Environmental law in a nutshell*. 8. ed. St. Paul: West, 2010.
- FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 6. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FARIAS, T.; BIM, E. F. O poluidor indireto e a responsabilidade civil ambiental por dano precedente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 127-146, jan./abr. 2017.
- FAURE, M. Environmental liability. In: FAURE, M. *Tort Law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 247-286.
- FREITAS, G. P.; CARDOSO, S. A. Os responsáveis pela degradação ambiental são coobrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas ou coletivas, litisconsórcio facultativo. In: PADILHA, N. S. (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: Direito Ambiental*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 171-183.
- GOMES, O. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GONZÁLEZ, A. R. *El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. Girona: Universitat de Girona, 2005.
- GREENBERG, J. M. Superfund and tort common law: why courts should adopt contemporary analytical framework for divisibility of harm. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 103, n. 2, p. 999-1039, dez. 2018.
- LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LEMOES, P. F. I. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LUCARELLI, F. D. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 7-26, fev. 1994.
- MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MADDEN, M. S. Joint and several liability and environmental harm in the 1990's. *Fordham Environmental Law Review*, New York, v. 9, n. 3, p. 483-494, 2017.

MARTIN, G. La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano. *Revue Juridique de l'Environnement*, Strasbourg, n. 2-3, p. 121-136, 1994.

MILARÉ, É. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, D. A. *Responsabilidade ambiental pós-consumo: prevenção e reparação de danos à luz do princípio do poluidor-pagador*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, A. P. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.

PERALES, C. M. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas, 1993.

SAMPAIO, R. *Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2013.

SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

STEIGLEDER, A. M. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *United States v. Monsanto Co.*, 858 F.2d 160 (4th. Circ. 1988) e *United States v. Chem-Dyne Corp.*, 572 F. Supp. 802 (S.D. Ohio).

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Pinal Creek Group v. Newmont Mining Corp.*, 118 F. 3d 1298 (9th Cir. 1997).

ZAPATER, T. C. Áreas contaminadas e reparação integral – diferença entre obrigação propter rem e a responsabilidade civil por dano ambiental. In: MILARÉ, É. (Coord.). *Revista do Advogado: Direito Ambiental*. São

Paulo: AASP, 2017. p. 218-228.

ZAPATER, T. C. Responsabilidade civil do poluidor indireto e do cocausador do dano ambiental. In: ROSSI, F. F. *et al.* (Coords.). *Aspectos controvertidos do Direito Ambiental: tutela material e tutela processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 339-377.

Artículo recibido el: 19/02/2020.

Artículo aceptado el: 28/10/2020.

Cómo citar este artículo (ABNT):

CARVALHO, D. W. Los límites de la responsabilidad ambiental solidaria y la caracterización del contaminador indirecto. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 39, p. XXX-XXX, sep./dic. 2020. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1774>. Acceso: día de mes. año.