

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AMBIENTALES.

Autoras: Dra. Dagniselys Toledano Cordero

Profesora, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

Dra. Yisel Muñoz Alfonso

Profesora, Facultad de Derecho, Universidad Central de las Villas.

Índice.

- 1. La responsabilidad civil como mecanismo de reparación del daño ambiental.**
- 2. La apreciación de los presupuestos de la responsabilidad civil en los supuestos de daños ambientales.**
 - 2.1. La existencia de un daño ambiental.**
 - 2.1.1. Delimitación conceptual del daño ambiental. El criterio de resarcibilidad.**
 - 2.1.2. Las características del daño: sus peculiaridades en los daños ambientales.**
 - 2.1.2.1. La certeza del daño.**
 - 2.1.2.2. El carácter personal del daño.**
 - 2.1.2.3. La relevancia como especial requisito del daño ambiental. Su admisibilidad.**
 - 2.1.3. La clasificación de los daños.**
 - 2.1.3.1. Por su naturaleza.**
 - 2.1.3.2. Por su duración.**
 - 2.1.4. Los daños comprendidos.**
 - 2.1.5. La inclusión de las medidas preventivas.**
 - 2.2. El comportamiento dañoso.**
 - 2.3. El requisito de la antijuricidad.**
 - 2.3.1. El tratamiento jurídico del tema en la Ley del Medio Ambiente.**
 - 2.4. La relación de causalidad.**
 - 2.4.1. Definición.**
 - 2.4.2. La concurrencia de causas.**
 - 2.4.3. La interrupción del nexo causal.**
 - 2.4.3.1. El caso fortuito y la fuerza mayor.**
 - 2.4.3.2. Actuaciones concurrentes de la víctima o de un tercero.**
 - 2.4.3.2.1. La participación de la víctima en el resultado dañoso.**
 - 2.4.3.2.2. La intervención del tercero.**
 - 2.4.4. Situación normativa del presupuesto.**
 - 2.5. Criterios de imputación de la responsabilidad.**
 - 2.5.1. El criterio subjetivo.**
 - 2.5.2. El criterio objetivo.**
 - 2.5.3. La tendencia actual en materia de imputación de la responsabilidad.**
 - 2.5.4. La imputación de responsabilidad en los supuestos de daño ambiental.**
 - 2.5.5. El criterio de imputación en la norma cubana.**
- 3. La reparación del daño ambiental.**
 - 3.1. Las formas de reparación en el ordenamiento jurídico cubano.**
- 4. La legitimación.**
 - 4.1. La solución normativa cubana.**
- 5. Las inmisiones y la tutela del medio ambiente.**
 - 5.1. Las relaciones de vecindad y las inmisiones.**
 - 5.1.1. Las relaciones de vecindad en el Código Civil Cubano.**
 - 5.2. Las inmisiones. Concepto y caracteres fundamentales.**

5.2.2. Las inmisiones en el Código Civil cubano.

5.3. La protección jurídico-civil frente a inmisiones.

5.4. La responsabilidad por inmisiones.

5.5. La disciplina de las inmisiones y la tutela del ambiente.

1. La responsabilidad civil como mecanismo de reparación del daño ambiental

La institución de la responsabilidad civil tiene sus orígenes en el Derecho Romano y permite la reparación del daño y restauración del equilibrio perdido. El desarrollo y articulación del sistema de la responsabilidad civil se encuentra estrechamente vinculado con el principio romano *alterum non laedere*, en virtud del cual nadie debe causar daño a otro, pues con el término responsabilidad civil se hace referencia a la obligación que surge para una persona, natural o jurídica, de resarcir a otra por el daño que le hubiese ocasionado.

La responsabilidad civil tiene por contenido la obligación de resarcir los daños o perjuicios frente a su causación a otro. Puede presuponer una relación jurídica preexistente entre quien ocasiona el daño y el afectado de la cual resulta la modalidad de responsabilidad contractual o en otro caso pudiéndose derivar del mero hecho de haberse producido un daño en cuyo caso surge la obligación de reparar sin la previa relación jurídica entre las partes, tratándose en este caso de la responsabilidad extracontractual. No es objetivo de este trabajo reparar en la distinción que la doctrina ha realizado de ambas modalidades de responsabilidad.

Del concepto anterior se infiere que la función de la responsabilidad civil es resarcitoria; es a través de la institución de referencia que se logra ubicar a la persona o al medio que resulte afectada en las mismas condiciones en que se encontraba antes de ocurrir el daño. Como destaca la autora española ENCARNA ROCA con la exigencia de responsabilidad civil se persigue: "...evitar que soporte la injusticia del daño quien no estaba previsto deba soportarlo".¹ Igualmente se ha reiterado que la finalidad de la responsabilidad civil es compensatoria, cuestión estrechamente vinculada a la función antes explicada, toda vez que al indemnizar a quienes sufren el daño, se pretende que las consecuencias negativas no sean permanentes.

El fundamento de la aplicación de la responsabilidad civil a los supuestos de daño ambiental lo encontramos en dos aspectos, a saber: la función de la responsabilidad civil y la aplicación de los principios del Derecho Ambiental. Frente al papel preventivo del Derecho Administrativo que impone determinadas conductas y punitivo del Derecho Penal que actúa sancionando al comisor del daño ya manifiesto, el Derecho Privado, juega un rol importante en la protección del medio ambiente por su naturaleza reparadora. Como destaca EULALIA MORENO TRUJILLO es mediante la exigencia de responsabilidad civil que se puede lograr "... la reparación de los daños ya causados, intentando la restauración a su equilibrio original del medio ambiente alterado".²

Comúnmente, en el plano teórico se hace descansar la exigencia de responsabilidad civil por daño ambiental en el principio del Derecho Ambiental «quien contamina paga». Los orígenes de este principio lo encontramos en los instrumentos jurídicos internacionales dedicados a la protección del medio ambiente; su contenido aparece por vez primera en la Recomendación C(72) 128 de Mayo de 1972 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Asimismo, se ha destacado su importancia para el Derecho

¹ ROCA TRIAS, Encarna: *Derecho de Daños: Textos y materiales*, 1ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (España) 1996, p. 22.

² MORENO TRUJILLO, Eulalia: "La responsabilidad por deterioro del medio ambiente", en *Derecho del Medio Ambiente*, Colección Cursos, Volumen 16, Madrid (España), 1995, p. 49.

Ambiental, llegando a afirmar EULALIA MORENO TRUJILLO que es una traducción del principio general «neminem leadere».³

Según la autora MARIA DEL CARMEN CARMONA LARA, la Recomendación de la OCDE adquiere rango de principio del Derecho Ambiental en el Principio XXII de la Declaración de Estocolmo.⁴ Conforme a este principio: “*Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y de otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción*”, señalando con posterioridad la citada autora que en la Declaración de Río el axioma ambientalista «quien contamina paga» aparece en el Principio 16 que dispone: “*Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costes ambientales y el uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales*”.

Como puede observarse, es evidente la falta de correspondencia entre ambos principios. En el caso del Principio transcrito de la Declaración de Estocolmo, se hace mención directa a la responsabilidad y la indemnización de las víctimas de la contaminación y de los daños ambientales en general, mientras que en el Principio de la Declaración de Río a que se refiere MARIA DEL CARMEN CARNOMA LARA se promueve el establecimiento de instrumentos jurídicos para que los contaminadores potenciales soporten los costos de la contaminación. En el último de los instrumentos a que se refiere la autora citada el correlativo al Principio XXII de la Declaración de Estocolmo se encuentra en el Principio indicado con el numeral 13 que estipula: “*Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y decida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.*”

La génesis de la incongruencia antes citada radica en la propia evolución del principio «quien contamina paga». Desde su formulación inicial en la Recomendación de la OCDE, el principio se concibió en términos similares a los contenidos en el Principio 16 de la Declaración de Río. La ampliación de su significado, encontrando en él el fundamento de la responsabilidad, es una tendencia que se ha generalizado en los últimos años, siendo considerado como afirma LUCIA GOMIS CATALA: “... un remedio a posteriori de los daños producidos por el contaminador haciendo uso del mecanismo de la responsabilidad por daños al medio ambiente.”⁵

La redacción del Principio 16 deja claro, que su función esencial es internalizar los costes de las afectaciones medioambientales y de su prevención, o sea, que en virtud de este principio, como indica TULLIO ROSEMBUJ se justifica que: “La imputación del gasto ambiental, de prevención y corrección, del deterioro ambiental es al que lo produce o provoca”.⁶ Este mismo sentido ha expresado BLANCA LOZANO CUTANDA que: “La

³ MORENO TRUJILLO, Eulalia: *La responsabilidad por ... cit.*, p. 50.

⁴ Véase: CARMONA LARA, María del Carmen: *Notas para el análisis de la responsabilidad ambiental y el principio de “quien contamina paga” a la luz del Derecho mexicano*, Edición electrónica, Biblioteca Jurídica Virtual, www.vlex.com, 21 de Septiembre del 2001, pp. 1 – 2.

⁵ GOMIZ CATALA, Lucía: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra (España), 1998, p. 97.

⁶ ROSEMBUJ, Tulio: *Los tributos y la protección del medio ambiente*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid (España), 1995, pp. 79.

finalidad última que se persigue con la aplicación de este principio es el logro de una actividad económica más respetuosa con el medio ambiente, que tome en consideración, los costos ambientales que conlleva la producción y consumo de bienes...”.⁷ Es importante tener presente que con la alusión a los costos ambientales se está haciendo referencia a la asunción de las medidas de protección que puedan adoptarse aún cuando no se ha producido un daño ambiental, es la contribución económica de quien desarrolla una actividad contaminante.

Si bien en el Principio 16 se establece que «el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación», no puede concluirse que este sea un reconocimiento expreso y directo de la obligación de responder para quien ha sido identificado como causante del daño. En cambio, el Principio 13 de la propia Declaración de Río, al fomentar la adopción de las leyes relativas a la responsabilidad e indemnización de las víctimas, implícitamente está reconociendo el especial deber jurídico de resarcir a quien ha sufrido el daño. Por tanto, puede concluirse que para interpretar el Principio «quien contamina paga» como fundamento de la responsabilidad civil por daño ambiental, es necesario conjugar las disposiciones de los Principios 13 y 16 de la Declaración de Río antes transcritos.

La responsabilidad civil por el daño ambiental aparece refrendada en la Ley Nro. 81 en el Capítulo XII del Título Tercero. La obligación de reparar el daño la encontramos en el artículo 70 que dispone: “*Toda persona natural o jurídica que por su acción u omisión dañe al medio ambiente está obligada a cesar su conducta y a reparar los daños o perjuicios que ocasione.*”. En sentido general, los presupuestos de la responsabilidad aparecen refrendados en la Ley del Medio Ambiente. No obstante, las disposiciones sobre el tema son escuetas y su contenido en lo que al alcance de la responsabilidad se refiere es, en comparación con la Ley Nro. 59, Código Civil, limitado.

En virtud de lo anterior, cabe preguntarse la pertinencia de acudir supletoriamente a la norma civil. Las autoras VIVIAN HERNÁNDEZ TORRES, ANETTE ROJAS MASET E ILEANA SARRIA LOPEZ afirman que en los supuestos de daños ambientales no es posible aplicar las normas del Código Civil en atención del principio de especialidad,⁸ reconocido en el propio Código Civil en su Disposición Final Primera.

Ciertamente, en la solución de los conflictos generados por la aplicación de dos normas, uno de los principios que se tienen en cuenta es de la especialidad. Ante dos normas de igual jerarquía, se atiende a la competencia por materia para determinar la norma aplicable primando la norma especial sobre la general.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa no puede aseverarse que exista un conflicto de normas. No hay ninguna antinomia entre las estipulaciones de ambas normas, sino que lo que se presenta es una incongruencia entre ambos textos legales. La aplicación de las formas de reparación previstas en el Código Civil no contradice el espíritu de la Ley del medio Ambiente, sino que, por el contrario, la complementa y refuerza. Por tanto, puede perfectamente admitirse la aplicación del principio de supletoriedad.

2. La apreciación de los presupuestos de la responsabilidad civil en los supuestos de daños ambientales

2.1. La existencia de un daño ambiental

2.1.1. Delimitación conceptual del daño ambiental. El criterio de resarcibilidad

⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca: *Derecho Ambiental Administrativo*, 1ª ed., ED. Dykinson, Madrid (España), 2000, p. 45.

⁸ El principio de especialidad es uno de los principios de ordenación de las relaciones internormativas, a tenor del cual las normas especiales, de menor extensión material y/o personal, deben primar sobre las normas generales. Para más información al respecto remítase a: de LUCAS, Javier, et. al.: *Introducción a la Teoría del Derecho*, 1ª ed., 1ª Reimpresión, Ed. Tirant lo blanch, Valencia (España), 1992, pp. 166 – 168; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, 1ª ed., Ed. Tecnos, Madrid (España), 1997, pp. 205 – 207.

Para la exigencia de responsabilidad el daño es el elemento que en primera instancia debe tenerse en cuenta, si bien materialmente es el último que se manifiesta. Desde el punto de vista físico el daño está antecedido por la conducta dañosa, si embargo, no es hasta que el daño se materializa que entra en funcionamiento el andamiaje de la responsabilidad.

En el área del Derecho Ambiental, la definición del daño es uno de los temas en el que mayor divergencia existe. Los problemas en torno a la delimitación conceptual de los daños ambientales se derivan del hecho de que estos pueden manifestarse en el ámbito de los bienes o derechos de una persona, o bien, afectar exclusivamente a un componente del medio ambiente sin repercusión en la esfera individual de algún sujeto. Al decir de LUCIA GOMIS CATALA: “La definición de «daño al medio ambiente» se encuentra actualmente afecta a dos categorías distintas en función de que el medio dañado atente a la salud y a los bienes de las personas o al natural en cuanto tal.”;⁹ indicando con posterioridad la propia autora que en el primer caso se integra lo que comúnmente se ha denominado daños personales, patrimoniales o económicos mientras que en el segundo se está en presencia de un supuesto que la doctrina ha nombrado daño ecológico puro.

En los estudios doctrinales sobre el tema, se aprecia una tendencia mayoritaria que apunta la existencia de daño ambiental en la medida en que este afecta el desarrollo del hombre, sus bienes o derechos. Se reconoce como daño ambiental a aquel que puede refutarse personal, patrimonial o económico, postura que se corresponden con la concepción inicial de los daños resarcibles en lo que a responsabilidad civil respecta, cuando se entendía el daño como aquel menoscabo o deterioro a un bien material o a un derecho. En la actualidad la tesis anterior ha sido superada, reconociéndose la existencia de un daño cuando se lesiona un interés.¹⁰ Según LUIS DIEZ – PICAZO y ANTONIO GULLON el daño debe entenderse en sentido amplio como: “... toda violación o lesión que se sufre en bienes o derechos de cualquier tipo o, en general, en intereses jurídicamente protegidos.”.¹¹

En las cuestiones ambientales está presente un interés jurídico. Como señala el autor argentino EDUARDO A. ZANNONI se considera como tal: “... el poder de actuar reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción (en cuyo caso se alude a un interés legítimo que es contenido de un derecho subjetivo), o por lo menos una expectativa, lícita, a continuar obteniendo el objeto de satisfacción (al que se ha denominado “interés simple” si esa expectativa no es sustento de un derecho subjetivo). Finalmente se reconocen al hombre, en cuanto persona, intereses que refieren poderes de actuar en defensa de objetos de satisfacción que nos son exclusivos del sujeto, sino compartidos por otros – o con otros – en comunidad. (...). En éstos casos se reconocen a la persona intereses jurídicos no exclusivos sino difusos...”.¹²

El interés difuso ha sido definido por MANUEL LOZANO – HIGUERO como: “...el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido –expandido– o compartible - expandible - por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos, cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal”.¹³ En efecto, una de las características de este

⁹ GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., p. 64.

¹⁰ PIROTA, Martín Diego: *Responsabilidad por daños derivados del peaje*, 1ª ed., Ed. Belgrano, Argentina, 1999, pp- 77 – 78; ZANNONI, Eduardo A.: *El daño en la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Ed. ASTREA, Buenos Aires, 1987, pp. 24 – 36.

¹¹ DIEZ – PICAZO PONCE de LEÓN, Luis y GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 3ª ed., Ed. TECNOS, Madrid (España), 1982, p. 627.

¹² ZANNONI, Eduardo A.: ob. cit., pp. 25 – 26.

¹³ Citado por MATEO RODRIGUEZ – ARIAS, Antonio: *Derecho Penal y protección del Medio Ambiente*, 1ª ed., Ed. Colex, Madrid (España), 1992, pp. 36 - 37. Sobre las características de los intereses difusos y su aplicación al tema ambiental consúltase: MARTIN MATEO, Ramón: *Manual de Derecho Ambiental*, 1ª ed., Ed. Trivium S.A, Madrid (España), 1995, pp. 182 - 184.

tipo de interés es su falta expresa de reconocimiento, pues se trata de situaciones de hecho que alcanzan un alto reconocimiento social; su alcance colectivo y la intercomunicación de resultados son otros rasgos distintivos de estos intereses.

Todos los caracteres antes mencionados, son fácilmente identificables en la tutela del medio ambiente, considerado en ocasiones *res nullius* y en otras como bien de dominio público. Hoy día la defensa del medio ambiente es entendida más que como un interés difuso como un interés colectivo, en tanto se le reconoce: "... como derecho de todas las personas, en definitiva, como interés general de la colectividad."¹⁴

Consecuentemente, cuando se produzcan alteraciones en un componente del medio ambiente, aún si éstas no se manifiestan en una persona, su patrimonio o situación económica, podrá tenerse por afectado el interés jurídico que el medio ambiente representa para la sociedad. Por ende, la pretensión de su reparación es legítima. Debe tenerse presente como apunta ENRIQUE FERRANDO que: "La agresión a un interés colectivo siempre es más grave que el perjuicio irrogado a la de suma de interés individuales comprendidos en ese interés colectivo, pues además de afectar la esfera patrimonial o moral de cada individuo, afecta una condición de sustentabilidad de la sociedad; afecta su estructura, su columna vertebral, pone en tela de juicio uno de los elementos constitutivos de la calidad de vida, aspiración social irrenunciable."¹⁵

La mayoría de los ordenamientos jurídicos no ofrecen una solución a la difícil tarea de conceptualizar el daño ambiental, adolecen de una definición de esta institución. En el contexto latinoamericano, en algunos textos constitucionales se establece la obligación de reparar los daños ambientales,¹⁶ dejando su definición a las leyes especiales. Paradójicamente, en los sistemas donde tal mandato constitucional existe no aparece legalmente conceptualizado el daño ambiental. Sólo en Chile y Cuba se ofrece una formulación del término daño ambiental, siendo una carencia de los restantes países del área.

En el caso de América del Norte, nos encontramos con definiciones demasiado amplias; tanto en Estados Unidos como en Canadá, el concepto que se ofrece es sectorial en atención a las diferentes esferas de protección establecidas en ambos ordenamientos jurídicos. Dentro del continente europeo hay sistemas que centran su atención en las afectaciones que se producen en el aspecto físico del medio ambiente, mientras que otros sistemas atienden directamente a aquellos daños que tienen repercusión en la utilización del medio ambiente.¹⁷

Para definir el daño ambiental debe partirse de la concepción amplia del daño, o sea, considerarlo como una afectación, lesión, menoscabo o violación de intereses. En consecuencia, el concepto al que se arribe deberá comprender tanto las lesiones que se produzcan en la esfera de una persona determinada como aquellos que se manifiesten en un componente particular del medio ambiente que no sea objeto de relación dominical alguna. También es importante, que la definición que se elabore esté en correspondencia

¹⁴ MATEO RODRIGUEZ - ARIAS, Antoino: ob. cit., p. 38.

¹⁵ FERRANDO, Enrique: "La responsabilidad por el daño ambiental en Perú", en *La responsabilidad por el daño ambiental, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental*, Nro. 5, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional América Latina y el Caribe, 1996, p. 490.

¹⁶ Las Constituciones que disponen tal obligación son las de: Brasil, Colombia, Paraguay y Argentina. Para profundizar consúltase: BRAÑES, Raúl: "El acceso a la justicia ambiental en América Latina: Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible", en *Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental*, Nro 9, 1ª ed., Programas de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional América Latina y el Caribe, 2000, pp. 72 – 73.

¹⁷ En el primer supuesto se inscriben el sistema alemán e inglés, siendo el español ejemplo del segundo criterio. Para más detalles: GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., pp. 68 – 71.

con la concepción holística del medio ambiente, es decir, que comprenda al medio natural,¹⁸ al construido¹⁹ y al social.²⁰

El concepto que ofrece el autor chileno RAFAEL VALENZUELA incluye todos los elementos anteriormente resumidos, pues considera al daño ambiental como: "...toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al sistema global constituido por los elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica o sociocultural que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida, en sus múltiples manifestaciones; así como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo infligido a uno o más de los componentes de este sistema global soportante de la vida."²¹ Nótese, como se abandonan en la definición anterior las posiciones antropocentristas, propugnando la protección del medio ambiente por sí mismo y no por su importancia para los seres humanos.

No es del toda satisfactoria la distinción entre el menoscabo que sufra el sistema global y el que se presente en uno o más componente; el detrimento de cualesquiera de los componentes implica, en definitiva, una alteración en el sistema. Tampoco resulta adecuado incluir en el concepto de la institución que nos ocupa el adjetivo «significativo».

En primer lugar, su admisión introduce un peligroso criterio valorativo que puede provocar la exclusión de algunas afectaciones al medio ambiente. Cuando se hace referencia a lesiones significativas puede pensarse exclusivamente en eventos de gran magnitud, con lo que quedarían sin reparación otras no tan elementales ni inevitables.

Deberá pues, entenderse por daño ambiental: Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo inferido a todo o a alguno de los componentes del sistema global constituido por los elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química, biológica, sociocultural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida, en sus múltiples manifestaciones.

2.1.2. Las características del daño: sus peculiaridades en los daños ambientales

Las características exigidas al daño como presupuesto de la responsabilidad civil son que sea cierto y personal. Cuando de daños ambientales se trata, la presencia de tales caracteres se torna controvertida, sobre todo en los daños ecológicamente puros.

En lo que a la certeza respecta, su determinación es bastante compleja, al igual que el establecimiento de su significación a los efectos de ser reparados. Más dificultoso es el problema del requerimiento del carácter personal, cuestión que si bien es clara en los supuestos de daños ambientales personales, patrimoniales o económicos, resulta imposible verificar su manifestación exacta en los casos donde el daño sea puramente ecológico.

2.1.2.1. La certeza del daño

No cabe duda alguna acerca de la necesidad de que el daño sea cierto a los efectos de la exigencia de responsabilidad. Como indiqué en espacios anteriores, el menoscabo o detrimento de bienes, la lesión de la persona en sí misma, o la vulneración de sus derechos

¹⁸ Referido a los componentes de la naturaleza, incluye los organismos abióticos y bióticos.

¹⁹ Compuesto por las obras realizadas por los hombres.

²⁰ Comprende las actividades económicas, culturales y las tradiciones, que conforman las diversas facetas de la vida de los seres humanos.

²¹ VALENZUELA, Rafael: "Responsabilidad civil por daño al medio ambiente (régimen vigente en Chile)", en La responsabilidad por el daño ambiental, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental, Nro. 5, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional América Latina y el Caribe, 1996, p. 133. El concepto que este autor ofrece es una conjugación de la definición que de los términos daño ambiental y medio ambiente aparecen en la Ley Nro. 19.300 de Chile, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. El concepto que del daño ambiental contiene la citada norma es casi coincidente con el de nuestra Ley 81, que le agrega «que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica». El estudio de la definición en el ordenamiento jurídico cubano lo realizaremos en el tercer Capítulo.

o intereses, es lo que determina en primer lugar el funcionamiento del sistema de la responsabilidad civil. Sería jurídica y lógicamente inaceptable pretender resarcir a alguien por la sospecha o creencia de que existe un daño. En consecuencia, el daño ambiental también deberá ser cierto para que pueda exigirse la responsabilidad civil de quien lo ha ocasionado.

Precisamente basada en lo esencial que resulta el daño para iniciar el proceso de exigencia de la responsabilidad civil, EULALIA MORENO TRUJILLO resalta la necesidad de su existencia real y efectiva concluyendo que: “El daño ambiental, pues, ha de existir realmente, y ser demostrado y cuantificado en términos económicos por el actor.”.²² Si bien es importante que el daño exista, no sucede lo mismo con la cuantificación, o sea, este elemento no debe tenerse como un requisito *sine qua non*.

Cuantificar el daño, amén de los problemas que genera, no es atendido como un requisito del daño, habida cuenta que en muchas ocasiones resulta invaluable en sí mismo. En el caso concreto que estudiamos, también resulta a veces imposible valorar matemáticamente las consecuencias de la acción dañosa, pues no existe fórmula alguna para calcular a cuanto equivale romper un ciclo de la cadena alimenticia de cierta especie o el equilibrio de determinado ecosistema; lo que deberá evaluarse será, en todo momento, las medidas que tendrán que adoptarse para restaurar los daños producidos.

El requisito de la certeza cuando el comportamiento lesivo afecta la salud o integridad física de las personas, sus bienes o derechos, o el ejercicio de actividades económicas de este, puede requerir una ardua labor probatoria, pero en la mayoría de los casos se logra evidenciar la existencia del daño. Ahora bien, demostrar que el daño es real si la afectación es ecológica es bastante complicado, tanto por lo sofisticado de los procedimientos que se requieren como por la complejidad que encierran tales daños. Es sencillo comprender que la tala de los árboles, el vertido de tóxicos en ríos, lagunas, mares y océanos, la emisión a la atmósfera de gases y otras sustancias, o el empleo de fuertes fertilizantes, generan variaciones en cada uno de estos ecosistemas, pero tal afectación debe ser probada. En la medida en que se pruebe que las alteraciones de los ecosistemas comprometen el desarrollo de las especies vivas y repercute en el equilibrio del medio ambiente, podrá accionarse el mecanismo de la responsabilidad civil.

Afirmar que el daño debe ser cierto significa – señala LUCIA GOMIS CATALA – afirmar que no existen dudas sobre su realidad.²³ Para evacuar las dudas sobre la existencia del daño ambiental se deben emplear métodos científicos que demuestren la alteración del o de los ecosistemas y sus consecuencias, siendo ello generalmente muy costoso.

2.1.2.2. El carácter personal del daño

Junto a la certeza se ha inscrito como requisito del daño su carácter personal, entendiendo como tal, que el mismo se manifieste en la propiedad o salud de una persona en concreto. En el primer apartado de este epígrafe se abordó la situación existente en torno a la admisión del daño ambiental que no afecta a una persona determinada, sino a la sociedad en su conjunto, especialmente, si lo que se afecta es uno de los componentes naturales del medio ambiente ajeno a cualquier relación dominical con un sujeto determinado.

La protección del medio ambiente como un bien jurídico en el ámbito del Derecho Civil no puede limitarse a los intereses individuales. No puede perderse de vista, como indica PAULO DE BESSA ANTUNES que: “El medio ambiente es una *res communis omnium*. Una cosa común a todos, que puede ser compuesta por bienes pertenecientes al dominio público

²² MORENO TRUJILLO, Eulalia: ob. cit, p. 259.

²³ GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., p. 73.

o al dominio privado. (...) El disfrute del bien jurídico medio ambiente es siempre de todos, de la sociedad.”.²⁴

Es importante destacar, que el reconocimiento doctrinal de este requisito tiene su origen en el derecho positivo; la mayoría de los Códigos Civiles europeos promulgados en los últimos siglos exige la presencia de este requisito. No puede excluirse la posibilidad de exigencia de responsabilidad civil cuando no se tipifique este requisito. Los tiempos actuales exigen se supere esta postura en extremo individualista; “...el atentado al medio ambiente – concluye LUCIA GOMIS CATALA – afecta a valores que superan el interés personal del presunto titular de derecho y, por lo tanto, será necesario olvidar la clásica concepción individualista del daño para dar paso a una concepción colectiva basada en la protección del interés general para la reparación del daño colectivo: interés que, para algunos autores se materializa en la protección de intereses públicos directamente atribuidos al Estado (regiones, municipios, etc.), mientras que para otros lo que se protegen son, en realidad, intereses colectivos representados por el ente público y, en determinados ordenamientos jurídicos por las organizaciones para la protección del medio ambiente.”.²⁵

2.1.2.3. La relevancia como especial requisito del daño ambiental. Su admisibilidad.

En el estudio de la responsabilidad civil por daño ambiental encontramos la tendencia internacional de adicionar un nuevo requerimiento para su exigencia, a saber: la relevancia. El criterio de la relevancia aparece vinculado a la significación o importancia que pueda tener el daño de que se trate.

Las disposiciones normativas que asumen este criterio²⁶ han sido criticadas en su mayoría por la falta de concreción al establecer este requisito. De manera general, se señalan como elementos a tener en cuenta para el resarcimiento del daño su «importancia», «significación» y «aceptabilidad», sin precisar el alcance de éstos términos. La falta de una definición expresa de tales criterios crea cierta inseguridad jurídica en tanto se deja su fijación a la interpretación de los jueces, situación que puede generar soluciones diferentes para supuestos de hecho similares. Es riesgoso determinar *a priori* cuál daño es más o menos importante, pues en su acepción amplia, o sea, como la afectación a un interés legítimo, el criterio de la importancia puede variar de un sujeto otro aún en iguales circunstancias.

En cambio, si se vincula la relevancia con el establecimiento de estándares de calidad, la posibilidad de admisión parece ser más aceptada.²⁷ Se trata de poner límites a la actuación humana a través de niveles de calidad que permitan mantener aceptables los parámetros ambientales; dichos niveles podrán atender a las exigencias globales y adecuarlas a las realidades de cada Estado. En cualquier caso, al adoptar el criterio de la relevancia como requisito adicional del daño ambiental, deberá cuidarse en extremo el alcance y significado que se le otorgue.

2.1.3. La clasificación de los daños

De la institución jurídica del daño se han elaborado las más disímiles clasificaciones, empleando incluso denominaciones diferentes para un mismo fenómeno. Para garantizar la

²⁴ DE BESSA ANTUNES, Paulo: *Dereito Ambiental*, 5ª ed., ED. Lumen Juris, Río de Janeiro (Brasil), 2001, pp. 168 – 169. (traducción de la autora)

²⁵ GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., p. 87.

²⁶ Pude tomarse como ejemplo la Ley alemana sobre responsabilidad ambiental y la Propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre responsabilidad en materia de residuos.

²⁷ Sobre el tema de los estándares y de la tolerabilidad del daño consúltese: BESALÚ PARKINSON, Aurora: “El daño socialmente tolerable y el medio ambiente. Implicaciones básicas de la teoría del riesgo permitido”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, Año 1999, p. 65 y siguientes.

comprensión del tema, agruparemos las clasificaciones atendiendo a la naturaleza y duración de los daños.

2.1.3.1. Por su naturaleza

Según este criterio, se distinguen los daños en materiales y morales. En el primer caso, como su nombre lo indica, la afectación se manifiesta en un bien material; a éstos daños también se les denomina patrimoniales, teniendo en cuenta su repercusión directa en uno o más patrimonios. Su reconocimiento doctrinal es unánime, existiendo también acuerdo sobre su resarcibilidad. La aplicación de esta clasificación a los daños ambientales no puede limitarse a los supuestos de daños que afecten la esfera individual, es importante se tenga también en cuenta los ecológicamente puros, pues ellos presuponen una afectación a las *res nullius* o *res commun* que se les confiera un valor o interés social.

El tema de los daños morales es más complejo que el de los daños materiales, pues existen diversos criterios para su definición y para la determinación del bien lesionado. Su admisión se inscribe en los primeros años del siglo XX; de manera general suele decirse que son los que no se reflejan en medida alguna en un patrimonio. Recientemente en el ámbito nacional se ha realizado un estudio profundo de esta clase de daños, concluyendo su autor que se trata de: "... aquel que se produce por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, así como cualquier tipo de afectación o perturbación que sufra el ser humano en sus intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidades intelectuales como consecuencia de un acto ilícito."²⁸

La definición citada es bastante completa. En primer lugar, supera la tendencia de presentar los daños morales como una vulneración exclusiva de los derechos inherentes a la personalidad. Hay actos que lesionan derechos extrapatrimoniales que no son considerados inherentes a la personalidad; téngase a modo de ejemplo los derivados de la protección de los derechos de autor, que pueden entenderse incluidos en la definición de REINERIO RODRIGUEZ CORRIA cuando se refiere a la capacidad intelectual.

Sin embargo, hay dos cuestiones discutibles en el concepto al que se arriba en el mencionado estudio, a saber: la exigencia de que se afecte un ser humano, y, que la misma sea una consecuencia de un acto ilícito. Con relación al primer aspecto no puede perderse de vista que los daños morales también pueden ser alegados por personas jurídicas partiendo del hecho de que, como antes indicamos, no deben limitarse a la violación de derechos inherentes a la personalidad, pero incluso limitándose a aquellos, hay algunos de esos derechos que también se presentan en estos sujetos, como lo son el derecho al nombre, a la propia imagen y a la intimidad. En lo que respecta al origen del daño en un acto ilícito, llamamos la atención sobre la posibilidad de que el daño sea ocasionado por un acto lícito, como se analizará en espacios posteriores, la actuación de una persona puede considerarse lesiva en tanto ocasione un daño a otra, con independencia de la licitud o ilicitud del acto.

Los daños morales pueden presentarse también en los supuestos de daños ambientales. Tómese como ejemplo el caso de un empresario cuya actividad económica es la pesca deportiva y la comercialización del pescado, si en el área se produce un vertido que afecta las especies del área que él comercializa de difícil detección, aspecto que desconoce el empresario y se continúa comercializando el pescado con repercusiones en la salud de los consumidores, la imagen del empresario puede verse afectada con motivo de un daño ambiental provocado por quien realizó el vertido. En este caso puede perfectamente hablarse de la existencia de un daño moral.

²⁸ RODRIGUEZ CORRIA, Reinerio: ob. cit., pp. 134.

A diferencia de lo que sucede con los daños materiales los daños morales sólo se presentaran cuando se trate de daños ambientales personales, pudiendo ser el lesionado una persona natural o jurídica. No tiene ninguna lógica hablar de daños morales si la afectación es a un bien o a un interés económico; tampoco es aplicable si es un daño puramente ecológico.

2.1.3.2. Por su duración.

Entre los rasgos que distinguen el daño ambiental se destaca el hecho de que sus efectos pueden alcanzar gran magnitud, así como que las consecuencias perjudiciales puedan manifestarse inmediata, mediata o paulatinamente. En consecuencia, los criterios de clasificación generales del daño que atienden al momento en que se manifiesta son también válidos.

La manifestación inmediata y mediata de los daños ha generado la distinción entre daños actuales y futuros respectivamente. Tal distinción se ha elaborado teniendo en cuenta el momento en que se dicta sentencia reconociendo la existencia del daño con la consecuente obligación de repararlo; en ambos casos se exige la certeza del daño. En correspondencia con lo anterior, serán actuales los daños que sean evidentes al momento de adoptarse la resolución judicial que dispone el resarcimiento y futuros los que sin haberse manifestado existirán después de aquella. Las dos categorías se ajustan a los supuestos de daños ambientales, siendo aplicable cuanto se señaló sobre la certeza del daño ambiental con anterioridad.

A *contrario sensu*, no hay una exacta correspondencia entre las denominaciones y definiciones que ofrecen los autores consultados cuando los daños se revelan paulatinamente. La autora ENCARNA ROCA al abordar las clasificaciones de los daños por su duración dentro del Derecho de Daños, distingue entre daños duraderos, continuos y sobrevenidos, pero la definición que de ellos hace difiere de la que le atribuyen los ambientalistas.

En los textos propios del ámbito ambiental se emplean las categorías antes mencionadas, sin embargo, no todos los autores utilizan los mismos términos para describir iguales supuestos de hecho. Los casos de daños que se consideran de manifestación paulatina son los que:

- a) se originan por un acto único o periódico pero sus efectos se prolongan en el tiempo, o,
- b) se producen por un conjunto de actos sucesivos de los que se deriva un daño mayor que la sumatoria de los provocados individualmente por cada uno de ellos.

La primera diferencia terminológica se suscita por la denominación general que se le ha dado a ambos supuestos. CARLOS DE MIGUEL PERALES y EULALIA MORENO TRUJILLO los denominan daños continuados, mientras que LUCIA GOMIS CATALA les llama acumulativos.²⁹ A los daños del primero de los incisos los identifican como daños permanentes y como daños permanentes o continuados respectivamente, desapareciendo las diferencias con el segundo inciso que coinciden en nombrar daños progresivos.³⁰ El criterio de clasificación de LUCIA GOMIS CATALA resulta más conveniente, pues el calificativo de «acumulados» brinda una idea más exacta de la perdurabilidad de los efectos dañosos. En cualquier caso, los supuestos descritos se pueden manifestar tanto en los daños ecológicamente puros como en los de carácter personal, patrimonial o económicos.

²⁹ de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ... cit.*, p. 95; MORENO TRUJILLO, Eulalia: ob. cit., p. 264; GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., p. 90.

³⁰ Los daños progresivos pueden ser ocasionados por más de un agente sin que ninguna de las actuaciones ocasione por sí solas un daño susceptible de reparación por responsabilidad civil, pero que vistos en su conjunto pueden ser causantes de graves daños. Esta situación se ha denominado «contaminación por sinergia».

2.1.4. Los daños comprendidos.

Para los daños tradicionales se ha admitido sin reserva que la indemnización cubra tanto el «daño emergente» como el «lucro cesante», conceptos referidos a las pérdidas económicas que se originan como consecuencia del acto dañoso.

El daño emergente es aquel que efectivamente se produce en el patrimonio del afectado, o sea, la disminución o empobrecimiento que resulta de la acción del causante. Es importante destacar, que el daño emergente se extiende también a las erogaciones que el afectado ha realizado para restablecer la situación existente antes de producirse el daño. Como indica EDUARDO A. ZANNONI es aquel que genera "... tanto la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que en razón de ese evento la víctima ha tenido que realizar."³¹

La expresión lucro cesante, indica la pérdida sufrida al no obtener los beneficios o ganancias pretendidas. En este caso, resulta necesario probar que la frustración económica sea una consecuencia del acto dañoso.

La concepción general aquí enunciada se aplica también a los supuestos de daño ambiental. No cabe distinguir para su aplicación entre uno y otro tipo de daño ambiental, pues tanto en el ecológicamente puro como en el patrimonial, personal o económico, se puede exigir el resarcimiento por la disminución efectiva del patrimonio y por las ganancias que no se han obtenido por la ocurrencia del daño.

Una vez más, el estudio del Derecho comparado revela la carencia en las normas ambientales de estipulaciones especiales relativas en este caso al alcance de la indemnización. En consecuencia, se observa una remisión a las disposiciones del Derecho Civil en lo que a daño emergente y lucro cesante se refiere.

2.1.5. La inclusión de las medidas preventivas.

Otra de las particularidades de la exigencia de responsabilidad civil por el daño ambiental es la inclusión de las medidas preventivas junto con las de naturaleza reparadora. CARLOS DE MIGUEL PERALES ha destacado con razón que la inclusión de este tipo de medidas es: "... buena muestra de la especialidad de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente."³²

En efecto, la concepción clásica de la responsabilidad realza su función resarcitoria, en cuanto su finalidad es ubicar al afectado por el daño en idéntica situación a la que tenía antes del evento dañoso. La adopción de medidas preventivas rompe con este esquema ya que con ellas en modo alguno se pretende reparar el daño, sino que lo que se persigue es evitar que se produzca en el futuro el mismo daño. El causante del daño deberá resarcir a quien lo ha sufrido, contribuir a su reparación y adoptar las medidas necesarias para que no vuelva a producirse la lesión.

El origen de la inclusión de las medidas preventivas al área de la responsabilidad civil por daños ambientales se encuentra en las normas internacionales sobre responsabilidad civil derivada del transporte marítimo de hidrocarburos. En los Convenios vigentes se incluyen los costes de las medidas preventivas y las pérdidas o daños ocasionados por aquellas, extendiéndolo a las medidas adoptadas antes o después del suceso dañoso.

Si bien quien contamina es quien debe soportar el costo de las medidas preventivas, a través de la responsabilidad civil sólo debe exigirse su adopción después que se ha producido el daño. La exigencia de responsabilidad por un daño potencial no resulta

³¹ ZANNONI, Eduardo A.: ob. cit., p 60.

³² de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ... cit.*, p. 96.

adecuada, pues puede agravar en extremo la situación del “futuro causante del daño”. Para exigir el costo de las medidas preventivas previas a la producción de un daño a quien con su actuar regular puede causarlo, debe acudir a otros mecanismos económicos en virtud del principio «quien contamina paga». Por lo general en los ordenamientos jurídicos no se incluye de forma expresa la inclusión de las medidas preventivas.

2.1.6. La definición del daño ambiental en la legislación cubana.

El mayor mérito de la Ley Nro. 81 es haber sido la norma que por primera vez estableció en el ordenamiento jurídico cubano una definición del daño ambiental. Conforme al artículo 8, donde aparecen los conceptos básicos de la ley, debe entenderse por daño ambiental: *“Toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica.”*

Al incluir directamente en el concepto el término medio ambiente es obligatorio recurrir a la definición que de aquel se hace en el propio precepto, en virtud del cual el medio ambiente es el: *“Sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades.”*. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico el daño ambiental será: Toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al sistema de elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos con que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades, o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica.

En el concepto final resultante se observan aspectos positivos y negativos. En primer instancia, se destaca el reflejo en la definición de la concepción holística del medio ambiente, en tanto se protegen los elementos naturales y contruidos. Igualmente, es muy atinada la consideración como daño de las alteraciones que se producen en el conjunto de un sistema determinado o alguno de sus componentes.

Paralelamente, dos son las cuestiones controvertidas en la definición del daño ambiental contenida en la ley, a saber: la exigencia de que el daño sea significativo y de que sea el resultado de la violación de una disposición jurídica; de ellos sólo nos referiremos ahora al primero pues el segundo aspecto señalado se abordará más adelante. Con la restricción de los daños ambientales a los supuestos en que las afectaciones sean significativas, se ha tratado de salvar el hecho de que la mayoría de las acciones humanas, necesarias muchas para el desarrollo de la humanidad, generan afectaciones al medio ambiente. Ahora, si bien la intención seguida al incluir el calificativo es totalmente lícita y justa, el término empleado puede crea problemas mayores.

El término significativo introduce una indeterminación que no es conveniente y deja en las manos de la autoridad que conozca de la reclamación del daño decidir si la lesión es o no un daño.³³ Hay autores cubanos que sostienen que: “El término significativo en el concepto excluye esas acciones cotidianas que gravitan sobre el medio ambiente sin tener dimensión que justifique su tratamiento legal.”³⁴ En nuestra opinión, aunque las consecuencias no sean de gran magnitud, siempre que se lesione de algún modo el medio ambiente debe existir el mecanismo legal para que quien resulte afectado pueda exigir la compensación correspondiente. Encontrar una solución que no nos lleve a los extremos es bastante difícil. En este sentido, sería prudente acudir al establecimiento de estándares de calidad ambiental.

³³ Remítase sobre este punto al análisis del concepto de daño ambiental del autor RAFAEL VALENZUELA en el epígrafe I.2.1.

³⁴ REY SANTOS, Orlando; GONZALEZ MARTIN, Tamara; HECHEVARRÍA RAMIREZ, Zulma y CABRERA ZAYAS, Disney: “El medio ambiente”, en Mantilla Ramírez, Raúl, (coordinador): *La empresa y el empresario en Cuba*, 1ª ed., Ed. ONBC, La Habana, (Cuba), 2000, p. 268.

La definición del daño precitada y los términos en que en el artículo 70 se dispone la obligación de reparar el daño permite la inclusión de los daños ambientales personales, patrimoniales y de los ecológicamente puros. Al establecer la obligación siempre que se «*dañe al medio ambiente*» no resulta pertinente hacer distinción alguna sobre los daños en cuestión, por tanto, la reparación será pertinente tanto en los supuestos de daños a la salud de las personas, su patrimonio o actividad económica como a aquellos que sean puramente ecológicos. Igualmente, la generalización del precepto permite la inclusión al exigir responsabilidad de los daños sobrevenidos, continuados y permanentes, aspecto sobre el cual se observa en la ley marco un silencio total.

La exigencia de responsabilidad por daños morales no está expresamente reconocida en la ley 81 y podría incluirse también bajo la formulación del artículo 70. Sin embargo, en el artículo 73³⁵ no se reconoce la reparación del daño ambiental dentro del contenido de la responsabilidad. La limitación del contenido del resarcimiento presente en la Ley del Medio Ambiente no es correcta. El daño ambiental puede ser también un daño moral. Como se indicó anteriormente, no puede excluirse la clasificación del daño moral dentro de los daños ambientales. Admitida la posibilidad de su reparación en nuestro ordenamiento jurídico, no se justifica que al establecer en la Ley del Medio Ambiente el contenido de la obligación de reparar no se incluya expresamente la obligación de reparar los daños morales, en la práctica en estos supuestos será necesario recurrir a las disposiciones del Código Civil.³⁶

2.2. El comportamiento dañoso.

El daño es siempre originado por un acto exterior, para que se produzca es necesario que actúe una persona o que, por el contrario, debiendo realizar algún acto se abstenga de hacerlo. Dicho de otra manera, el daño es la consecuencia de una actuación lesiva que puede ser positiva, denominándosele acción, o negativa, llamada entonces omisión.

El comportamiento dañoso activo no ha generado grandes debates doctrinales. La mayoría de los autores coinciden en señalar que si se verifica que el acto ejecutado produce el daño y en él concurre el resto de los requisitos que la ley exige, se desencadena el sistema de la responsabilidad civil. ENCARNA ROCA la define como: “...cualquier actuación positiva que provoca de forma mediata o inmediata, el daño que debe indemnizarse.”³⁷

Con relación a la omisión, se ha planteado que ciertamente cuando el ordenamiento jurídico no le impone un comportamiento determinado a una persona ésta puede abstenerse de realizar cualquier acto. Sin embargo, tal derecho de abstención no puede generar daños a otra persona, pues si así ocurre nace la obligación de repararlo.

También se ha discutido si la omisión se produce solamente por no hacer aquello exigido por la ley o si *contrario sensu* basta que el no actuar vulnere un deber general. Se han admitido ambas posibilidades, al decir de ENRIQUE FERRANDO: “...habrá responsabilidad civil por omisión tanto si la persona ha evadido el cumplimiento de una obligación expresa como si ha omitido observar el deber de prudencia y diligencia, no adoptando medidas, o no ejecutando las acciones que razonablemente debieron ejercitarse o adoptarse para evitar el daño, reducirlo o mitigarlo, o hacer posible que éstos propósitos se alcancen.”³⁸

³⁵ **Artículo 73:** *En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente se procurarán de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente.*

³⁶ Artículo 83: El resarcimiento de la responsabilidad civil comprende:

- a) la restitución del bien;
- b) la reparación del daño material;
- c) la indemnización del perjuicio;
- d) la reparación del daño moral.

³⁷ ROCA TRIAS, Encarna: ob. cit., p. 50.

³⁸ FERRANDO, Enrique: ob. cit., p. 511. Sobre este tema pueda también consultarse: VALENZUELA, Rafael: ob. cit., p. 138; LATERZA, Gustavo: ob. cit., pp. 462 - 464; BLANCO – URIBE, Alberto: ob. cit., pp. 612 – 613.

En el caso de los daños ambientales el comportamiento lesivo podrá ser consecuencia de una acción o de una omisión, siendo importante significar la imperiosa necesidad de que se trate de un acto o actividad humana. En el área objeto de estudio, es usual se produzcan daños cuyo origen se encuentra en la naturaleza, lo cual, como es obvio, no genera responsabilidad alguna.

En lo que a la omisión se refiere, puede producirse por la violación de una norma concreta o por vulnerar el deber general de protección del medio ambiente. La determinación casuística de conductas omisivas en materia ambiental, además de ser un absurdo, podría generar graves problemas en la práctica, pues podrían dejar de definirse algunas conductas capaces de alterar sensiblemente el medio ambiente.

En cuanto al comportamiento lesivo el artículo 70 incluye los actos positivos y negativos. En todo caso se atenderá al hecho de que el resultado del actuar cause un daño a otro.

2.3. El requisito de la antijuricidad.

La antijuricidad se ha definido de una manera restrictiva y también en sentido amplio. El criterio más aceptado es el de la concepción amplia del término.

En sentido estricto, la antijuricidad se identifica con la contravención de una norma jurídica preexistente; se consideran antijurídicas aquellas conductas que violentan una disposición normativa anterior. Por su parte, la concepción amplia de este requisito lo define como la vulneración no sólo de una norma concreta sino también de los principios generales del Derecho e incluso de las costumbres; serán, pues, antijurídicas las actuaciones contrarias a Derecho.

De tomarse como válida la primera de las posturas no podría exigirse responsabilidad civil en aquellos supuestos en los que, sin incumplir las normas vigentes, se ocasione un daño, dejando indefenso a quien lo ha sufrido. En efecto, el evento dañoso no tiene por qué ser contrario a la norma escrita, pero igual puede producir un resultado perjudicial para una persona, contraviniendo de esta manera el principio general del derecho de no causar daño a otro, es decir, del principio *alterum non leadere*.

Partiendo del análisis anterior, se impone diferenciar los términos licitud, ilicitud y antijuricidad. La distinción jurídica entre lo lícito y lo ilícito tiene su fundamento en el respeto de las estipulaciones legales. Es lícito todo comportamiento que la ley permite o no prohíbe expresamente; lo ilícito, en cambio, presupone un acto contrario a la ley, o sea, el incumplimiento de un mandato legal. La antijuricidad va más allá de la violación de la norma jurídica, comprende además, como indicamos, la vulneración de principios y costumbres.

En consecuencia, no es del todo afortunado el uso indistinto de los términos ilícito y antijurídico. Si bien todo lo ilícito es antijurídico, no todo lo antijurídico es ilícito. De admitir que son vocablos sinónimos, habría que admitir la existencia de actos lícitos con consecuencias ilícitas,³⁹ situación que conduce a un juego de palabras técnicamente innecesario si se emplea el término antijurídico. Para equiparar ilicitud y antijuricidad, habría que entender también al primero de los términos como violación al ordenamiento jurídico en general.

El término antijurídico no se emplea en la mayoría de los cuerpos legales consultados. El término antijurídico sólo aparece expresamente en el Código Civil alemán. También resulta interesante, el aspecto destacado por CARLOS DE MIGUEL PERALES y por los autores LUIS DIEZ - PICAZO y ANTONIO GULLON, quienes llaman la atención sobre el hecho de que la exigencia de antijuricidad puede recaer sobre el acto dañoso, el daño o simplemente no exigirse expresamente.

³⁹ Con relación a los actos lícitos de consecuencias ilícitas ver: AGUIAR, Henoch D.: ob. cit., pp. 77 – 79.

En países como Alemania,⁴⁰ Paraguay⁴¹ y Argentina⁴² para poder exigir la reparación civil correspondiente, es menester que el comportamiento causante del daño sea ilícito. Los Códigos Civiles de Italia⁴³ y Bolivia⁴⁴ son una muestra del segundo supuesto al calificar como injusto al daño. Por último, en España,⁴⁵ Francia⁴⁶ y Perú⁴⁷ lo antijurídico no se ubica ni en el daño ni en la conducta de su comisor.

Otra de las tendencias que se observan en los estudios sobre este tema, es la de vincular la antijuricidad con la culpabilidad, llegando incluso a identificarlos. La antijuricidad indica una actuación contraria a Derecho. Por su parte, la culpabilidad es uno de los criterios de imputación de la responsabilidad, en el que se atiende a la intención o negligencia del agente lesionado en el acto generador del daño.

Igualar ambos términos no es correcto; tampoco lo será pretender que la antijuricidad requiera que el causante del daño haya actuado culposa o dolosamente. Si se hace depender la antijuricidad de culpabilidad no podrá exigirse responsabilidad a quien sin intención y actuando prudentemente cause un daño a otro, supuesto en el que, en definitiva, también se infringe el principio *neminem ledere*. Sobre esta particular afirma MARTIN DIEGO PIROTA: "...cuando una conducta es contraria a derecho la prohibición debe nacer necesariamente – en forma explícita o implícita – de la ley o de los principios apuntados, dejándose de lado la voluntariedad del autor."⁴⁸

La apreciación de la antijuricidad cuando la exigencia de responsabilidad civil proviene de un daño ambiental no sufre variación alguna, se debe valorar en las mismas condiciones que en cualquier daño de otra naturaleza. Como apunta CARLOS DE MIGUEL PERALES: "En la consideración de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, como en cualquier otro tipo de responsabilidad civil, objetiva o subjetiva, el elemento ilícito siempre debe estar presente (...). En el caso concreto de daños ocasionados al medio ambiente, la ilicitud surgirá, como en cualquier otro caso, cuando el acto sea contrario a la ley, costumbre o el principio *alterum non laedere*."⁴⁹

⁴⁰ El Código Civil alemán establece en su **Artículo 823: 1.** *Quien dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto. 2. La misma obligación incumbe al que infrinja una ley que tenga como objeto la protección de otro. Sí, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de esta es imposible sin la culpa, la obligación sólo aparece en caso de culpa.*

⁴¹ Este extremo aparece regulado en el Código Civil paraguayo en el primer apartado del **Artículo 1834:** *Los actos voluntarios sólo tendrán el carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales u otras disposiciones dictas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a tercero cuando una ley o reglamento obligare a cumplir el hecho omitido....*

⁴² En el Código Civil argentino la exigencia de que el actuar sea contrario a una norma se encuentra en la primera parte del **Artículo 1066** que dispone "*Ningún acto voluntario tendrá carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía;*".

⁴³ La referencia a lo daño injusto está contenida en el Código Civil italiano en su **Artículo 2043:** *Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasionare a otro daño injusto, obliga a quien ha realizado el hecho a resarcir el daño.*

⁴⁴ Con un texto similar al del ordenamiento jurídico italiano en el Código Civil boliviano se establece en el **Artículo 984:** *Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.*

⁴⁵ El Código Civil español dispone en el **Artículo 1.092:** *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

⁴⁶ En el ordenamiento jurídico francés nos encontramos que su Código Civil refrenda en el **Artículo 1382:** *Cualquiera hechos del hombre que causen a otro un daño le obliga, por la culpa del cual procede, a repararlo.*

⁴⁷ Para el legislador peruano tampoco exige este requisito al establecer de la obligación de resarcir por causar daño a otro como puede comprobarse en los dos preceptos destinados a este particular, a saber:

Artículo 1969: *Aquel que por dolo o culpa cause daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*

Artículo 1970: *Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa daño a otro, está obligado a repararlo.*

⁴⁸ PIROTA, Martín Diego: ob. cit., p. 73.

⁴⁹ de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil... cit.*, p.109. Este autor denomina el requisito que nos ocupa ilicitud.

2.3.1. El tratamiento jurídico del tema en la Ley del Medio Ambiente.

El elemento de la antijuricidad en materia de daños ambientales se encuentra establecido en la definición que del daño ambiental ofrece la ley 81 al exigir que el daño sea una consecuencia de «la contravención de una disposición jurídica». La formulación empleada denota una afiliación a la concepción restringida de la antijuricidad, toda vez que se hace depender este presupuesto de la violación de una norma en concreto.

Las autoras VIVIAN HERNÁNDEZ TORRES, ANETTE ROJAS MASET E ILEANA SARRIA LOPEZ señalan que la referencia a la contravención de una norma conduce a pensar en la futura adopción de una disposición normativa donde se describa cada una de las posibles conductas lesivas.⁵⁰ Sin embargo, el problema de esta exigencia no radica en la disposición que se viole sino en su mero reconocimiento.

Reducir los daños a aquellos que se producen por la contravención de una norma jurídica puede resultar inadecuado. Debe tenerse presente que no siempre los daños se producen por la contravención de una norma concreta. De admitirse el requerimiento de la contravención de una norma quedaría excluida la responsabilidad en los supuestos en que el resultado dañoso se deriva de un acto realizado conforme a derecho. A los efectos de la exigencia de responsabilidad basta que el daño vulnere un principio del derecho; recuérdese que la responsabilidad opera cuando el comportamiento lesivo es antijurídico, y esto puede ser el resultado de la violación de una norma (supuesto del acto ilícito), o por el quebrantamiento del principio *neminem laedere* (posible también si la actuación es lícita).

2.4. La relación de causalidad.

2.4.1. Definición.

El presupuesto de la relación de causalidad, denominado también nexo o elemento causal, si bien es fácil de conceptualizar su estudio resulta complejo por las múltiples aristas que han de abordarse. Con la expresión relación de causalidad se pretende conectar el evento dañoso con su resultado, o sea, con el daño; se trata – según CARLOS DE MIGUEL PERALES – de determinar la existencia de un vínculo entre dos realidades, de tal modo que pueda decirse que una (daño) es consecuencia de la otra (actividad).⁵¹

La relación de causalidad es la relación causa - efecto entre el comportamiento lesivo y el daño. Solamente si se logra unir la acción u omisión de una persona con la afectación que le ocasiona a otra, podrá exigírsele a aquella – con independencia del criterio de imputación que se siga⁵² - la obligación de resarcirlo. Por ende, es requisito *sine qua non* demostrar la vinculación del daño con la actividad que lo provoca, siendo la prueba uno de los aspectos más controvertidos en este tema.

⁵⁰ HERNÁNDEZ TORRES, Vivian; ROJAS MASET, Anette y SARRÍA LÓPEZ, Iliana: *La responsabilidad civil derivada de los daños al Medio Ambiente*, Ponencia presentada en la III Jornada de Derecho de Obligaciones “Antonio Díaz Pairó in memoriam Unión Nacional de Juristas de Cuba, Marzo 1998, p. 4.

⁵¹ Idem p. 147. También pueden consultarse: PUIG I FERIOL, Luis, et. all.: ob. cit., p. 467 - 468; LASARTE ALVAREZ, Carlos: ob. cit., pp. 345 - 346; DIEZ – PICAZO PONCE de LEÓN, Luis y GULLON, Antonio: ob. cit., pp. 631 - 632; PIROTA, Martín Diego: ob. cit., pp. 82 -85; LAFAILLE, Héctor: ob. cit., pp. 330; ROCA TRIAS, Encarna: ob. cit., pp. 117 - 118; CASTAN TOBEÑAS, José: ob. cit., pp. 939 y siguientes, p. 958.

⁵² Tradicionalmente en materia de responsabilidad civil se han contrapuesto dos criterios de imputación: el subjetivo y el objetivo (objetos de estudio en el siguiente epígrafe). Los tratadistas han señalado que el nexo causal tiene diferente relevancia según se asuma uno u otro criterio. Se plantea que cuando se sigue el criterio subjetivo no basta con demostrar la existencia de la relación causa - efecto propia de este requisito, sino que la imputación del daño y la exigencia de responsabilidad requerirá también de una valoración positiva en torno a la previsibilidad. De seguir la teoría objetiva, el elemento causal cobra mayor trascendencia, hasta el punto de aceptar que con la prueba del nexo causal, automáticamente se imputa el daño con las consecuencias que de ello se deriva. Véase al respecto: FERRANDO, Enrique: ob. cit., p. 344 – 354; de MIGUEL PERALES, Carlos: *Derecho español ... cit.*, pp. 164.

Los análisis teóricos sobre este requisito han destacado, con total acierto, la necesidad de que la relación entre el daño y el acto que lo origine rebase el concepto meramente material y se atienda el aspecto jurídico. La relación de causalidad no puede limitarse a la cuestión física de que ciertamente fue el acto lo que ocasionó el daño. MARTIN DIEGO PIROTA ha planteado la existencia de una «causalidad física o material» y otra «jurídica o formal», concluyendo que: “La primera estudia la relación de los hechos con otros hechos antecedentes o consecuentes, estableciendo cuando un daño fue empíricamente ocasionado por un hecho; y la segunda, se interesa por la relación de los hechos con los sujetos, y así determina cuando un daño fue jurídicamente producido por un hecho humano.”⁵³

CARLOS DE MIGUEL PERALES defiende también la preponderancia de la causalidad jurídica. La consecuencia de este enfoque - afirma - es que cuando un tribunal estima que el demandante tiene derecho a ser indemnizado por el demandado, tal decisión se basa muchas veces no en la certeza de la relación causa - efecto, sino en una mera probabilidad de su existencia.⁵⁴ De ello se infiere, que desde la perspectiva física se necesita demostrar la posibilidad de que el comportamiento dañoso efectivamente haya generado el daño; cuando por el contrario la percepción del nexo causal es jurídica basta con que sea probable que la conducta de agente comisor del daño pueda originarlo.

En los supuestos de daño ambiental, la relación de causalidad se entiende y aplica en los términos explicados. Lo difícil en estos casos es la prueba del nexo entre el acto lesivo y el daño, en tanto se suman a los habituales problemas del proceso probatorios, otras dificultades propias de la naturaleza de esta especie de daños. La autora LUCIA GOMIS CATALA ha sintetizado los escollos adicionales en cuatro aspectos,⁵⁵ a saber:

- Tiempo: El daño ambiental suele manifestarse frecuentemente no de una manera inmediata sino mediata o paulatinamente. Tal característica incide en que sea un factor que haga el trámite probatorio tortuoso, dilatado e incluso infructuoso.
- Distancia: Los efectos negativos del acto lesivo son susceptibles de aparecer en lugares alejados del lugar donde aquel se produce.
- Duda científica: La prueba física de la causalidad no siempre se logra en los supuestos de daño ambiental por la propia naturaleza de éstos. En este caso se deberá acudir especialmente al criterio de la probabilidad.
- Multiplicidad de fuentes: La producción del daño ambiental puede ser consecuencia del actuar de más de un agente, sin que pueda determinarse en algunos casos cuál es la fuente. Sucede también que los actos individualmente realizados no sean por sí solos suficientes para producir el daño.⁵⁶

Con relación a la prueba del nexo causal en la esfera de los daños ambientales, es menester la referencia a la admisión de presunciones como forma de solucionar los requerimientos probatorios. Algunos ordenamientos jurídicos establecen con mayor o menor flexibilidad algunas presunciones que no son más que una manera de invertir la carga de la prueba, o sea, la dificultad probatoria se traspasa del demandante (lesionado) al demandado (lesionante), en atención fundamentalmente de la mejor capacidad del segundo (generalmente un empresario).

⁵³ PIROTA, Martín Diego: ob. cit., p. 83.

⁵⁴ de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ... cit.*, p. 164.

⁵⁵ GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., p. 161.

⁵⁶ Este último elemento no es exclusivo de los daños ambientales. La concurrencia de causas es uno de los problemas que complejiza el estudio de este presupuesto.

Los ejemplos que se citan son los de Alemania y Estados Unidos (con leyes especiales de responsabilidad ambiental) y los de Francia y Japón (con normas sectoriales que incluyen las presunciones para los supuestos de hecho que regulan). En el caso de Alemania el sistema que contiene la Ley de responsabilidad ambiental, de 1990, las probabilidades que tiene el demandado son amplias para destruir la presunción, en tanto que la propia norma establece algunos parámetros que de ser demostrados queda excluida la presunción. En los restantes países mencionados el sistema es más rígido, siendo poco probable lograr destruir la presunción legal. Importante es significar, que en todos los sistemas las presunciones son *iuris tantum*.

2.4.2. La concurrencia de causas.

En un resultado dañoso pueden influir varias causas, de tal suerte que se imponga la determinación de cuál de ellas es la generadora del daño. La relación de causalidad no pierde su esencia ante la presencia de más de un acontecimiento con incidencia en el daño. Si la labor de probar la vinculación del daño con un hecho en particular es engorroso, más complejo aún se torna si concurren varios eventos con posibilidad de ocasionar el daño; al decir de CARLOS LASARTE: “...trátase sólo de una causa o de varias concausas el problema a determinar la vinculación del daño final habido con las circunstancias de hecho resulta difícil por principio.”.⁵⁷

Las concausas afectan la determinación del causante del daño, pero aún así es preciso establecer a quién o quiénes puede imputársele el daño para la posterior exigencia de responsabilidad. En cualquier caso, las opciones son tres como indica ENCARNA ROCA: “...bien se decide atribuir responsabilidad a todos los sujetos intervinientes, o bien debe elegirse aquel que parezca más razonablemente relacionado con el resultado dañoso. O bien se decide que nadie debe responder.”.⁵⁸

En aras de solventar este problema, se han creado diversas teorías que atienden a diferentes elementos. Las mismas pueden resumirse en:

- Teoría de la adecuación o de la causa adecuada: Atiende al grado de participación de cada uno de los hechos en el daño causado, decidiendo por aquella conducta que de haber seguido el curso natural de los acontecimientos hubiera producido el daño. Es decir, la circunstancia que pudiera refutarse como “causa normalmente generadora del daño”.
- Teoría de la equivalencia de condiciones: Toma en cuenta la participación de todos los causantes intervinientes, dando igual importancia a cada uno de ellos. Se entiende que el daño no se habría producido sin la intervención de los diferentes agentes.
- Teoría de la causa eficiente: En virtud de este criterio se decantan las causas seleccionando aquella que sea la decisiva y determinante del daño.
- Teoría de la causa más próxima: Como se evidencia de su propia denominación el factor tiempo juega un rol fundamental en esta teoría. Se tiene como causa la que tenga una mayor proximidad temporal con el acto dañoso.

2.4.3. La interrupción del nexo causal.

La relación de causalidad puede ser interrumpida y con ello desaparecer o atenuarse la responsabilidad del causante del daño. Las causas de interrupción suelen agruparse según se produzca como resultado de un caso fortuito o fuerza mayor, o, de la actuación directa de

⁵⁷ LASARTE ALVAREZ, Carlos: ob. cit., p. 346.

⁵⁸ ROCA TRIAS, Encarna: ob. cit., p. 119.

otro sujeto. En todo caso, siempre es necesaria su concurrencia con el comportamiento lesivo del comisor del daño.

2.4.3.1. El caso fortuito y la fuerza mayor.

El caso fortuito y la fuerza mayor han sido considerada causas de interrupción del nexo causal. Las definiciones que de uno y otro supuesto aparecen en la doctrina son disímiles y atienden a diferentes criterios, que también se utilizan en la distinción técnica entre estas dos figuras. En efecto, para diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor se han sostenido diversas tesis, tomando como base que sea un acto: exclusivamente natural o no, su previsibilidad, y, su inevitabilidad. El primero de los elementos no requiere aclaración alguna, se trata de tomar o no en cuenta que el acto concurrente sea simplemente un acto de la naturaleza o sea consecuencia de la actuación humana.

Los criterios de previsibilidad y de inevitabilidad responden a aspectos diferentes y no son excluyentes. El criterio de previsibilidad se relaciona con la posibilidad de determinar que un hecho sobrevendrá; un suceso es previsible cuando se conoce con antelación que acaecerá. En cambio, con la inevitabilidad se está aludiendo a la imposibilidad de evitar que un acto se produzca. Hay supuestos que son preVISIBLES y evitables, o sea, conociéndose que un hecho va a producirse es perfectamente posible evitarlo sin que, por tanto, llegue a producirse. En sentido contrario, hay ocasiones en aún previéndose un determinado suceso, no puede detenerse su ocurrencia aunque quizás se logre mitigar o disminuir sus efectos.

Atendiendo a los elementos anteriores, pueden distinguirse dos posiciones contrarias en la doctrina. Conforme a la primera, la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor solo debe atender a la fuente del acto, es decir, según el acto sea proveniente de la naturaleza o resultado de un comportamiento de los hombres. Así, estaremos en presencia de caso fortuito cuando se trate de actos de la naturaleza, siendo sucesos de fuerza mayor los que se originan de la actividad humana.

La otra postura conjuga lo relativo al origen de la causa concurrente con los criterios de previsibilidad y evitabilidad, atribuyendo la condición de caso fortuito a aquellos actos carentes de intervención humana que sean imprevisibles. En este sentido, al estudiar esta figura ANTONIO BORREL MACÍA destaca que se caracteriza por: "...la idea de la imposibilidad de prever el daño o su evitación; casos ambos que hacen desaparecer la actuación humana."⁵⁹ Por el contrario, se entienden sucesos de fuerza mayor aquellos que aún pudiendo preverse resulta imposible evitarlos. A diferencia del caso fortuito, la categoría fuerza mayor comprende tanto los actos de la naturaleza como los hechos en los que está presente la intervención humana.

Amén de las distinciones teóricas, las dos figuras suelen invocarse doctrinal y normativamente⁶⁰ de conjunto en atención a los efectos que producen. Los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor impiden que se le impute la responsabilidad al supuesto autor del daño, pues en ambos casos nada podría hacer aquel ante los hechos ya fuera por ser imprevisibles o inevitables.

2.4.3.2. Actuaciones concurrentes de la víctima o de un tercero.

Los casos que ahora nos ocupan podría entenderse que están subsumidos en el supuesto general de concurrencia de causas, pero son situaciones distintas. En la concurrencia de causas que estudiamos con anterioridad, existía una indeterminación en el causante del daño, es decir, se tienen varios actos susceptibles de ser los generadores del daño siendo difícil establecer cuál o cuáles lo originaron. *Contrario sensu*, en la circunstancia que ahora se analiza está bien determinado quien ha generado el resultado

⁵⁹ BORREL MARCÍA, Antonio: ob. cit., p. 78.

⁶⁰ Muestra de ello lo son las disposiciones contenidas en los Códigos civiles de España, Perú y en el nuestro.

dañoso, tan sólo que junto con su comportamiento está presente el actuar de la víctima o de un tercero.

2.4.3.2.1. La participación de la víctima en el resultado dañoso.

La primera acotación que requiere este tema es que sólo podrá hablarse de concurrencia de la actuación del agente con la víctima cuando el daño ambiental afecte a una persona, su patrimonio o esfera económica, pero nunca si el daño es puramente ecológico. Quien resulte perjudicado con el actuar de otra persona puede haber contribuido al daño final, caso en el cual, respondiendo a la más elemental norma de justicia, la responsabilidad de la otra persona deberá excluirse o cuanto menos moderarse.

Si bien es admitido, sin duda alguna, que la participación de la víctima incide en la apreciación de la responsabilidad de la otra persona, no son homogéneos los criterios sobre la exigencia o no de un elemento intencional en su actuar. Es importante determinar si la actuación del perjudicado debe ser culposa o dolosa, o si simplemente basta su participación para que se exima o module la responsabilidad de quien ha causado el daño.

El criterio que al respecto existe en el orden normativo no es uniforme. Los Convenios Internacionales y Regionales en materia de responsabilidad por daños ambientales varían, exigiendo indistintamente intención, negligencia o mera actuación; en el caso de los ordenamientos nacionales sí se observa una tendencia a la exigencia de una actuación culposa. Debe considerarse que para modular la responsabilidad de agente comisor del daño, basta la presencia de actos de la víctima con independencia de que en él concurra negligencia o dolo.

Otro de los aspectos a determinar en este punto es en qué medida se exime o reduce la responsabilidad del autor del daño; los autores consultados reconociendo que la responsabilidad debe adecuarse no ofrecen criterios que sirvan en la determinación de tal reducción. Así CARLOS DE MIGUEL PERALES ha planteado: “ ... si la víctima contribuye a la causación de su daño, en la misma medida de la intensidad y carácter de su aportación a la producción del daño deberá reducirse la responsabilidad del sujeto agente.”.⁶¹

La participación de la víctima en los casos de daño ambiental produce los mismos efectos que en el caso de los restantes daños. El criterio de la culpabilidad es variable al igual que lo concerniente a la medida en que se moderará la responsabilidad del agente, debiendo hacerse un análisis casuístico.

2.4.3.2.2. La intervención del tercero.

La concurrencia de la actividad de un tercero no representa muchas complicaciones. Con su actividad el tercero también hace que se modere la responsabilidad del agente del daño, que puede manifestarse en la esfera personal o ser un daño ecológicamente puro, en los mismos términos que en cualquier clase de daño.

De modo general se sostiene, que en los casos en que el tercero actúa junto con el agente ambos deberán responder por el resultado dañoso. Si puede determinarse la participación de cada uno de ellos, la lógica indica que su responsabilidad deberá corresponderse con su actuación. Lo problemático es la determinación de la responsabilidad si no es clara la contribución de cada uno ellos.

La solución apuntada por la doctrina y manifiesta también en algunas disposiciones jurídicas, cuando de daños ambientales se trata, es la de establecer la solidaridad para

⁶¹ MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ... cit.*, pp. 184.

ambos sujetos.⁶² La adopción del criterio de la responsabilidad solidaria es una manera de favorecer a la víctima de éstos daños, que puede lograr el resarcimiento de aquel que presente una mejor situación económica.

2.4.4. Situación normativa del presupuesto.

La regulación del presupuesto de la relación de causalidad es bastante deficiente, no existe en este caso exigencia expresa. La Ley del Medio Ambiente no contiene previsiones sobre la concurrencia de causas. Tampoco se establecen posibles causas de exoneración ni el criterio a seguir cuando se determina que el daño ha sido causado por más de una persona. Consecuentemente, en cuanto a estos particulares será menester remitirse a las reglas establecidas en el Código Civil, no porque exista una remisión expresa sino en atención al principio de supletoriedad refrendado en el artículo 8 del último texto legal citado.⁶³

2.5. Criterios de imputación de la responsabilidad.

Cuando se alude a criterios de imputación de la responsabilidad se está haciendo referencia a su fundamento. Se trata de establecer el criterio que justifica la exigencia de responsabilidad a quien ha causado el daño.

Dos son los criterios que se han articulado en torno a este tema en dependencia se adopte una postura subjetiva u objetiva, es decir, según se base la exigencia de responsabilidad en la intención del agente o comisor del daño o sólo se atienda al resultado dañoso y al establecimiento de la relación de causalidad entre el acto del lesionante y el daño final.

2.5.1. El criterio subjetivo.

Ya ha sido señalado que el criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad civil toma como fundamento la intención del autor del acto lesivo. La doctrina subjetivista tiene sus orígenes en el Derecho Romano y fue admitida tradicionalmente como el criterio válido para exigir responsabilidad al causante de un daño en los pasados siglos XVIII y XIX. La autora CARIDAD VALDES la ha catalogado como una doctrina: "... propia de la filosofía individualista y racional de la época de la codificación, que se niega a responsabilizar a una persona por la comisión de un daño que no ha sido resultado de su libre actuación." ⁶⁴

En la también denominada responsabilidad por culpa o teoría espiritualista, se exige la actuación dolosa o culposa del causante del daño en el acto lesivo, o sea, en el comportamiento del lesionante debe estar presente la intención de causar el daño o al menos que no haya actuado con la diligencia debida. Según HENoch D. AGUIAR a la luz de la doctrina subjetiva para que de un acto se derive la obligación de indemnizar: "... se requiere que el daño, que es su consecuencia, haya sido causado intencionalmente, con el propósito de ocasionarlo, o que habiendo podido ser previsto, no lo fue por la culpa o negligencia del agente." ⁶⁵

Las principales críticas que se han formulado en contra de esta postura se asientan en los problemas prácticos que genera en el orden procesal. Quien sufra las consecuencias del acto dañoso deberá probar la culpa de su comisor, hecho que adiciona, a las consecuencias negativas que daño reporta para el damnificado, la asunción de la carga de la prueba.

⁶² Sobre este particular consúltese: GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., pp. 136 – 137; MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ... cit.*, pp. 187 - 197. En el primer caso la autora expone algunos ejemplos en Convenios Internacionales, mientras que el segundo autor ofrece una panorámica de normas nacionales y su aplicación jurisprudencial.

⁶³ **Artículo 8:** *Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.*

⁶⁴ VALDES DIAZ, Caridad del Carmen: ob. cit., pp. 254. También puede verse sobre este punto: de BESSA ANTUNES, Paulo: *Dano ambiental. Uma abordagem conceitual*, 1ª ed.. Ed. Lumen Juris, Río de Janeiro (Brasil), 2001, pp. 89 – 119.

⁶⁵ AGUIAR, Henoch D.: ob. cit., p. 217.

Como se ha indicado resulta difícil probar la existencia del daño y su vínculo con el actuar del lesionado. Ambos elementos son, en cierto modo, más perceptibles que la intención, aspecto propio de lo interno del sujeto. Así pues, es fácil imaginar lo arduo que será demostrar que ciertamente ha concurrido la intención o negligencia del causante del daño. Sin lugar a dudas, la situación del perjudicado es, en este caso, bien desventajosa.

2.5.2. El criterio objetivo.

La adopción del criterio objetivo en contraposición del anterior es una consecuencia del desarrollo industrial. Los adelantos de la ciencia y la técnica incidieron en el aumento de los eventos dañosos, haciéndose cada vez más notoria la injusticia del sistema subjetivo ante el número de personas dañadas que no conseguían, bajo el esquema espiritualista, la reparación del daño sufrido. Como apuntan LUIS DIEZ – PICAZO y ANTONIO GULLÓN: “Un sistema semejante – refiriéndose al subjetivo - pudo existir en un mundo en el que los accidentes y los daños constituían acontecimientos infrecuentes. (...) El mantenimiento del sistema de que la responsabilidad se funde en la culpa, tenía como consecuencia que una gran parte de los daños, por desgracia cada día más frecuentes, quedarán sin resarcir, cuando el ideal de justicia parece que impone la solución contraria, esto es, que todo el que sufre un daño obtenga la reparación del mismo, a menos que por circunstancias especiales deba la reparación serle negada.”⁶⁶

A diferencia de lo que sucede bajo el criterio subjetivo de imputación, la teoría objetiva obvia toda referencia a la culpa del lesionado. Conforme este criterio la exigencia de responsabilidad sólo está condicionada por la relación causa - efecto entre el daño y el comportamiento lesivo. De este modo, se anula la carga de la prueba del daño cuya situación se hace más justa; es aquella en la que se atiende al resultado final y no la intención del autor en la producción del daño, tiene entre sus fundamentos la responsabilidad por riesgo, conforme a la cual aquella persona que crea, dentro de la vida social y en propio beneficio, una situación de riesgo o peligro es responsable del daño causado, siguiendo el principio *ubi commodum, ibi incommodum*, es decir que, el que se beneficia de una situación debe también en justa compensación, soportar las cargas de la misma.⁶⁷

Para explicar el fundamento objetivo de la responsabilidad se han elaborado diferentes tesis, de ellas la más aceptada es la doctrina del provecho o beneficio. A tenor de esta teoría se plantea que cuando se obtiene de una determinada actividad peligrosa las ganancias que ella reporta, lo más justo es que si de su desarrollo se derivan perjuicios para los terceros se asuman las consecuencias nocivas.

ENRIQUE FERRANDO al referirse a la concepción anterior introduce una distinción interesante. A juicio de este autor, no resulta conveniente vincular la teoría del riesgo a los provechos o beneficios que la actividad peligrosa puede representar para su titular, pues tal relación obligaría a distinguir entre «riesgo creado» y «riesgo provecho», supuestos con efectos diferentes en la exigencia de responsabilidad civil. Para poder imputar la responsabilidad por el resultado dañoso si se toma en cuenta los beneficios, es menester probar que estos existen para accionar el sistema de la responsabilidad, mientras que si sólo se tiene en cuenta el carácter peligroso de la actividad: “...solamente sería necesario introducir el riesgo...”, o sea, la exigencia de responsabilidad puede iniciarse demostrando que el daño existe como consecuencia del despliegue de esa actividad riesgosa.⁶⁸ Aunque es sutil la diferencia que existe entre ambas expresiones, debe considerarse correcta la precisión realizada por este autor.

⁶⁶ DIEZ – PICAZO PONCE de LEÓN, Luis y GULLÓN, Antonio: ob. cit., pp. 606.

⁶⁷ GOMIS CATALA, L: ob. cit., p. 102

⁶⁸ Al respecto: FERRANDO, Enrique: ob. cit., pp. 535 – 539.

Quien despliega una actividad riesgosa debe responder por los daños que puedan producirse. Ahora bien, de seguirse este criterio sería preciso establecer qué actividades son peligrosas y cuáles no. Al abordar esta temática GUSTAVO LATERZA ha expresado: “La teoría del riesgo requiere, no obstante, que la actividad peligrosa sea tenida por tal en la ley y no meramente por el criterio de las personas, por cuanto es sabido que ciertos actos pueden ser peligrosos en determinadas circunstancias y no serlo en otras. Por otra parte, es difícil que las normas califiquen la peligrosidad de todos los actos posibles, por lo cual se requiere avanzar en el empleo de las “leyes en blanco” y en la reglamentación administrativa como la forma de determinar con la precisión los límites de la peligrosidad. Por lo demás, la regla administrativa debe poner el piso y no el techo, es decir, a partir de cuando una actividad se torna riesgosa.”.⁶⁹

También PEDRO ABEL BETANCOURT BOSSIO se ha pronunciado sobre lo problemático que se torna la determinación de las actividades riesgosas o peligrosas, recomendando su fijación jurisprudencial o en Convenios Internacionales.⁷⁰ El establecimiento *a priori* de actividades de este tipo puede resultar o muy extenso o quedar excluidos otros actos que meriten tal calificación. Por esta razón, son válidos los argumentos de los ya citados LUIS DIEZ – PICAZO y ANTONIO GULLÓN que tras analizar las diferentes aristas del tópico que nos ocupa concluyen que: “Una responsabilidad es objetiva, cuando se impone en virtud del hecho escueto del daño producido, sin tomar en consideración circunstancia de otro tipo, como pueden ser la culpa, la negligencia, la creación de un riesgo o el lucro o beneficio extraído del mismo.”.⁷¹

2.5.3. La tendencia actual en materia de imputación de la responsabilidad.

Para poder establecer la tendencia actual en cuanto al criterio de imputación, es importante distinguir entre los criterios doctrinales y la realidad que ofrecen los diferentes ordenamientos. En lo que a doctrina respecta no puede decirse que haya un criterio unánime. Ambos criterios tienen defensores y detractores, incluso hay un sector doctrinal que aboga porque se adopte una postura intermedia en la que el criterio general sea el de la culpa y como excepción se disponga la responsabilidad objetiva para ciertos supuestos. Es decir, se pretende evitar el empleo absoluto de una y otra postura.⁷²

La mayoría de los ordenamientos jurídicos en la actualidad siguen el criterio subjetivo de imputación. Debe tenerse presente, que muchos de ellos están inspirados en los postulados que rigieron el proceso de codificación iniciado con el Código Napoleónico. No obstante, la lectura detenida de todos sus preceptos evidencia, sobre todo en los que han sido modificados en los últimos años, algunos vestigios de objetivización de la responsabilidad.

2.5.4. La imputación de responsabilidad en los supuestos de daño ambiental.

La aplicación de los criterios de imputación cuando de daños ambientales se trata, no se aleja mucho de la tendencia actual recién esbozada. La casi totalidad de los autores consultados coinciden en que el modelo subjetivo de imputación no es compatible con las características de la responsabilidad civil cuando su exigencia se funda en un daño ambiental, abogando por la admisión del criterio objetivo de imputación.

Al estudiar el presupuesto de la relación de causalidad expuse algunos elementos que dificultan el proceso probatorio de la relación causa – efecto entre el daño ambiental y el acto que lo ocasiona. Si a ello se suma la exigencia de que el damnificado deba probar la culpa de quien lo causó, sería prácticamente imposible lograr el resarcimiento de la víctima, pretensión esencial dentro del moderno Derecho de Daños. La exigencia de la prueba de la

⁶⁹ LATERZA, Gustavo: ob. cit., p. 468.

⁷⁰ Véase: BETANCOURT BOSSIO, Pedro Abel: ob. cit., pp. 186 – 187.

⁷¹ DIEZ – PICAZO PONCE de LEÓN, Luis y GULLÓN, Antonio: ob. cit., pp. 607.

⁷² Ver: MARTINEZ VAZQUEZ de CASTRO, Luis: ob. cit., p. 3.

intencionalidad o negligencia del comisor del daño según RAFAEL VALENZUELA deja el derecho a la reparación de los daños en el plano teórico, afirmando con posterioridad que: “...no podría decirse, ciertamente, que el sistema subjetivo de atribución de la responsabilidad civil ofrece suficientes garantías de protección al derecho de las víctimas del daño ambiental a ser resarcidas de los perjuicios que les hayan sido irrogados; ni tampoco, en su caso, a su derecho a exigir la reparación material del medio ambiente dañado. Más bien habría que decir que la protección que busca dispensar la ley puede llegar a tornarse en una “protección de fantasía”, meramente ilusoria.”⁷³

Pero más allá de los problemas que engendra la prueba de la culpa o dolo del lesionante, la admisión del sistema subjetivo en la esfera que nos ocupa, dejaría sin reparación aquellos daños que se han ocasionado sin la concurrencia de éstos elementos. Tales daños pueden ser nefastos no sólo para un sujeto en particular sino para la sociedad en general, pudiendo incluso comprometer el desarrollo de la vida. En este sentido, ha expresado ALBERTO BLANCO - URIBE: “...estimamos que un sistema de responsabilidad civil basado en que el implicado causante del daño haya actuado con intención, imprudencia o negligencia, es completamente insuficiente e inapropiado para la salvaguarda del ambiente. (...) El utilizador del ambiente, bien colectivo indispensable para la vida, que actuando de buena fe y conforme sus obligaciones legales, haya provocado un daño ambiental, debe repararlo.”⁷⁴

La solución aplicada en los demás supuestos de daño de invertir la carga de la prueba, no es tan poco muy afortunada para los daños ambientales. El sujeto lesionante bien puede demostrar que ha actuado legítimamente y sin intención de causar daño, adoptando todas las medidas pertinentes, con lo cual tampoco podría imputársele la responsabilidad por el daño producido.

En lo que a ordenamientos jurídicos respecta, llama la atención el hecho de que en la mayoría de los casos por falta de una norma ambiental expresa que atienda este particular, se acude a los sistemas que se establecen en el Derecho Común. Igualmente, los criterios seguidos varían de un país otro; así encontramos sistemas puramente subjetivistas, otros donde se conjugan ambas posiciones aunque con predominio del criterio subjetivo, y, finalmente, los que adoptan la objetividad para imputar la responsabilidad.⁷⁵ Las decisiones jurisdiccionales se inclinan hacia la objetivización de la responsabilidad en materia ambiental, aún en los sistemas jurídicos subjetivistas.⁷⁶

2.5.5. El criterio de imputación en la norma cubana.

Uno de los aspectos más meritorios de la legislación cubana es la afiliación al criterio objetivo de imputación. El artículo 70 establece la obligación de reparar los daños sin hacerlo

⁷³ VALENZUELA, Rafael: ob. cit., p. 143.

⁷⁴ BLANCO – URIBE, Alberto: ob. cit., p. 619.

⁷⁵ Para más información remítase a: de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ...cit.*, pp. 33 – 68; GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., pp. 117 – 128; KOOLEN, Ricardo: ob. cit., pp. 59 – 64; GUTIERREZ, Imelda: 17 – 191; VALENZUELA, Rafael: ob. cit., p. 142 – 146; SALAZAR, Roxana: ob. cit., pp. 252 – 253; JUSTUS, Roger: “Hacia el derecho reconocido por la ley y efectivo del medio ambiente saludable: algunas observaciones sobre Canadá en el contexto de la responsabilidad por el daño al medio ambiente”, en *La responsabilidad por el daño ambiental, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental*, Nro. 5, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional América Latina y el Caribe, 1996, pp. 90 – 116; GONZALEZ, José Juan: ob. cit., pp. 418 – 420; MOYA, Olga Lidia: “Protección al medio ambiente en los Estados Unidos”, en *La responsabilidad por el daño ambiental, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental*, Nro. 5, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional América Latina y el Caribe, 1996, pp. 311 – 351; LATERZA, Gustavo: ob. cit., pp. 465 – 468; BLANCO – URIBE, Alberto: ob. cit., p. 619; FERRANDO, Enrique: ob. cit., pp. 527 – 539; NIDO, Luis M.: “La responsabilidad por el daño ambiental en los Estados Unidos de América”, en *La responsabilidad por el daño ambiental, Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental*, Nro. 5, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional América Latina y el Caribe, 1996, pp. 375 – 388.

⁷⁶ Al respecto: MARTINEZ, Isabel: ob. cit., pp. 31 – 33, 40 – 41 y 50 – 51; de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ...cit.*, pp. 206 – 211.

depender de ningún elemento de culpabilidad. Con la simple ocurrencia del daño podrá accionarse el sistema de responsabilidad, sin que sea necesario demostrar que quien lo originó ha actuado culposa o dolosamente.

3. La reparación del daño ambiental.

En correspondencia con la función de la responsabilidad civil la reparación es el fin último que se persigue con la exigencia de responsabilidad. Se trata de ubicar al afectado en situación idéntica a la que tenía antes de que se produjera el evento dañoso.

En sentido general dos han sido las formas de reparación del daño, a saber la reparación en especie (*in natura*) y la reparación es equivalente. En el primer caso, la reparación consiste en la restitución del bien jurídico dañado de manera tal que el afectado pueda, tras la reparación, seguir disfrutando de aquel en idénticas condiciones a las que tenía antes de la ocurrencia del daño. Por su parte, en la reparación por equivalente no se verifica la restitución o rehabilitación del bien dañado, sino que se ofrece al perjudicado una suma monetaria que se debe, en principio, corresponder con el valor del bien lesionado.

La doctrina civilista ha reconocido que la reparación *in natura* debe prevalecer sobre la reparación por equivalente que operará con carácter subsidiario en aquellos casos en que sea imposible lograr la reparación en especie. La preferencia de la reparación *in natura* adquiere mayor importancia en los supuestos de daños ambientales. No puede perderse de vista que cuando de daños ambientales se trata, sean éstos a las personas, sus bienes o ecológicamente puros, al final lo que se protege es el medio ambiente que es un bien con valor *per se* cuya afectación repercute en la colectividad. De ahí la conveniencia de procurar en primer lugar la rehabilitación directa y en especie del bien afectado, o sea, la reparación *in natura* y solamente de no poder lograrse esta se debe acudir a la indemnización como mecanismo de reparador del daño.

En el ámbito doctrinal se han señalado algunos límites en torno a la reparación *in natura* de los daños ambientales. En primer término afloran las cuestiones de carácter técnico y científico. Para el logro de la reparación *in natura* es menester establecer el estado que tenía el bien dañado previo a la ocurrencia del acto lesivo lo que no es posible establecer en todos los casos. La indeterminación del estado real del medio ambiente con anterioridad al daño obstaculiza e incluso impide la evaluación del daño y la posterior reparación *in natura*. La autora española LUCIA GOMIS CATALA plantea que para que la reparación *in natura* sea efectiva deben establecerse estándares de reparación en correspondencia con los estándares de calidad ambiental previamente fijados.⁷⁷

El segundo de los límites que a la reparación en especie se le señalan son de orden económico. La reparación *in natura* además de ser técnicamente posible debe ser económicamente razonable. Las acciones que han de emprenderse no pueden ser excesivamente onerosa para el responsable de la reparación.

Como consecuencia de los elementos anteriormente expuestos la reparación *in natura* no siempre puede lograrse. La restitución exacta del medio ambiente a las condiciones preexistentes puede ser total o parcialmente imposible, pues en ocasiones el daño ambiental resultante es irreversible. Ante tal imposibilidad se ha articulado una teoría que aún dando preferencia a la reparación en especie se aparta de la idea de la restitución del afectado y busca la satisfacción del perjudicado con la adopción de medidas con efecto ecológico equivalente. Se trata de imponer al responsable del daño la obligación de reparar el daño mediante otros bienes o acciones con una incidencia colectiva similar o equivalente a la de los bienes afectados.

⁷⁷ Véase GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., pp. 260 – 265.

En cualquier caso consideramos que con independencia de los problemas que en el orden práctico pueden presentarse es importante el reconocimiento de esta forma de reparación como la idónea y primaria de reparación del daño ambiental. Las dificultades que se presentan en la materialización de la reparación *in natura* no pueden condicionar el reconocimiento legal de esta forma de resarcimiento; las normas jurídicas no pueden perder su carácter general y abstracto, la determinación de la procedencia o no en un caso concreto deberá ventilarse al momento de solucionarlo, o sea, cuando se aplique la norma. Por tanto, a la reparación por equivalente deberá recurrirse subsidiariamente.

La reparación por equivalente no está exenta de obstáculos en su ejecución. Aquí la cuestión fundamental que es de evaluación y cuantificación del daño, toda vez que no en siempre se puede atribuir claramente el valor del daño causado. En los supuestos de daños ambientales personales o económicos no resulta difícil la determinación del daño para la compensación económica. Sin embargo, cuando lo que se producen son daños puramente ecológicos la cuantificación, necesaria e imprescindible para la reparación por esta forma, puede tornarse engorrosa. De manera general los diferentes elementos del medio ambiente tienen un valor inestimable; ahora bien, lo anterior no puede ser óbice para que no se produzca la indemnización de no poder lograrse la reparación en especie. Como ha señala sobre este aspecto LUCIA GOMIZ CATALA: "... Negar su evaluación para no «patrimonializarlo» implica la ausencia de conceptualización jurídica y económica de los atentados ambientales: en tal caso, la colectividad no tendrá más remedio que asumir impasible la totalidad de la carga, probablemente la pérdida irreversible de los recursos naturales afectados.”.⁷⁸

Para solventar las dificultades que se generan de la cuantificación del daño se han elaborado en la doctrina algunos sistemas para evaluar el daño, pero no existe consenso sobre la admisión o prevalencia de uno u otro. Los sistemas que se han configurado son los de: evaluación negociada, evaluación judicial, evaluación administrativa y evaluación legal.

3.1. Las formas de reparación en el ordenamiento jurídico cubano.

En el caso concreto de nuestro país encontramos en la Ley del Medio Ambiente la preferencia de la reparación *in natura* aunque no se emplea de manera directa tal terminología. En el artículo 73 de la ley especial se dispone: «*En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente se procurará de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente.*». Para aquellos daños ambientales en que la reparación en especie no sea posible podrá ser exigida la reparación en equivalente, teniendo en cuenta que en el artículo 70 al establecer la obligación de reparar se hace en términos generales.

Con relación a la cuantificación del daño no aparece en la Ley del Medio Ambiente ni en ninguna otra norma legal una fórmula general para la evaluación del daño. De modo muy escueto en el Código Civil se hace alusión a los elementos que se deberán tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones, cuando el artículo 86 inciso f) que establece «*en el caso de daños al medio ambiente, los gastos necesarios para su rehabilitación total*». La formulación anterior sólo es de aplicación para los casos en que se impone la obligación de costear los gastos de restauración, pero como se analizo en el apartado anterior esto no siempre es posible y, por ende, lo dispuesto en la legislación civil no soluciona el problema de la estimación económica del daño y de los perjuicios que del mismo se puedan derivar para el o los afectados. Consecuentemente, en el contexto nacional la autoridad que conozca del caso deberá adecuar el *quantum* de la indemnización en dependencia de lo que las partes aleguen y las particularidades del asunto de que se trate.

⁷⁸ GOMIZ CATALA, Lucía: ob. cit., p. 266.

4. La legitimación.

Una vez establecido qué se entiende por daño ambiental, los requerimientos legales para la exigencia de su reparación y las formas en que el mismo puede ser reparado, se impone determinar quien es la persona que puede accionar el mecanismo de la responsabilidad civil. Se trata, pues, de establecer quien es la persona que puede iniciar un proceso ante las autoridades competentes a los efectos de que se subsane el daño causado; determinación que nos conduce al controvertido tema de la legitimación.

El término legitimación ha sido definido por RAFAEL GRILLO LONGORIA como: "... la consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual exige, para que la presentación procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes del proceso."⁷⁹ En otras palabras se trata de una condición especial que le permite a determinada persona ser parte en un proceso específico. La legitimación es exigida tanto a la persona que inicia el proceso (demandante) como al sujeto contra el cual se dirige el mismo (demandado); consecuentemente, puede hablarse de legitimación activa (relativa al demandante) y de legitimación pasiva (relativa al demandado).

La determinación del legitimado para el inicio del proceso no presenta grandes problemas en los supuestos en los que el daño recae sobre una persona específica, sus bienes o actividad económica; en tales casos, se entiende que dicha persona ha sido el único perjudicado y, por tanto, es quien debe activar el mecanismo de la responsabilidad. En sentido contrario, si el daño afecta a una colectividad o es un daño ecológicamente puro no es tan evidente quien es el legitimado para iniciar el proceso correspondiente. Las soluciones que se han articulado doctrinal y normativamente para resolver los problemas de la legitimación de los daños ambientales colectivos o ecológicamente puros han sido diversas.⁸⁰

La legitimación de la Administración Pública es una de las soluciones más generalizada. Tiene como fundamento el papel del Estado como protector del interés público general. En este sentido, actuará en los supuestos en los que no pueda identificarse un perjudicado en concreto y también en los que la afectación pueda redundar en la afectación directa de alguno de los componentes naturales del ambiente sin repercusión económica.

Igualmente, se ha admitido el ejercicio de acciones públicas, que se presenta con carácter exclusivo para los casos de interés difusos, o sea, para cuando se afectan con la acción dañosa una pluralidad de individuos entre los que no tiene que existir relación o vínculo alguno. Se trata de la exigencia de responsabilidad que realizan los grupos afectados sin llegar a constituirse en organizaciones, es decir, sin que el grupo tenga en sí mismo personalidad jurídica.

Por último, tenemos la legitimación de las asociaciones que, a diferencia del anterior caso, si tienen personalidad jurídica reconocida. Las asociaciones pueden en materia ambiental representar intereses propios, de sus asociados o que afecten el interés general.

4.1. La solución normativa cubana.

La Ley del Medio Ambiente establece la legitimación en los artículos 70 y 71. En el primero de ellos al imponer la obligación de reparación del daño ambiental a quien ha causado el daño

⁷⁹ GRILLO LONGORIA, Rafael: *Derecho Procesal Civil I: Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Ed. Félix Varela, La Habana (Cuba), 2004, p115. Véase además: MENDOZA DIAZ, Juan, et al: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., Ed. Félix Varela, La Habana (Cuba), 2001, pp. 101 – 134.

⁸⁰ de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil ...cit*, pp. 289 –312; GOMIZ CATALA, Lucía: ob. Cit., pp. 197 – 245; CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: *La reparación de los daños al Medio Ambiente*, 1ª ed., Ed. ARANZADI S.A., Pamplona (España), 1996, pp. 179 - 253.

no deja lugar a duda sobre el hecho de que será aquel el demandante, lo que constituye un reconocimiento de la legitimación pasiva.

El artículo 71 identifica las personas que pueden exigir la reparación de los daños ambientales, sentando así a quien le corresponde la legitimación activa.⁸¹ En primera instancia el precepto acude a la Fiscalía General de la República, institución encargada de velar por el cumplimiento de la legalidad, con lo cual se convierte en el principal garante de los intereses colectivos. Seguidamente se recurre al Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente como Órgano de la Administración del Estado encargado de la protección del Medio Ambiente. Por último, se reconoce la legitimación de los perjudicados.

La formulación del precepto indicado resuelve en el ámbito nacional los problemas de los supuestos de daños colectivos y de los ecológicamente puros. Como puede observarse se acude a la legitimación de la Administración Pública como solución al tema de la representación de los intereses difusos.

5. Las inmisiones y la tutela del medio ambiente.

La actividad industrial e incluso la mera actividad doméstica y agrícola implican la producción de factores agresivos a la salud humana, que inciden negativamente en el disfrute pacífico de los inmuebles, estos son los humos, malos olores, el vapor, el hollín, las vibraciones, el ruido y otros de más reciente descubrimiento como son las ondas electromagnéticas, la luminosidad y las radiaciones. Tales afecciones en forma más simplificada hunden sus raíces en el tiempo pues desde el derecho romano, ya se trataban como supuestos que empañaban la pacífica relación vecinal, adquiriendo nuevos tintes en la medida que la vida económica imponía otros imperativos al llamado derecho de vecindad.

Pero las inmisiones no solo trascienden a la relación entre vecinos, también por tener como fuente de producción una actividad que genera las emisiones perjudiciales de los elementos antes descritos, pueden ocasionar deterioro ambiental, y, por tanto, integrar modalidades de contaminación o daños a la salud adecuada.

Consecuentemente, al estudiar la responsabilidad civil por daño ambiental no puede obviarse lo relativo a la responsabilidad por inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad, particulares al que destinaremos las siguientes páginas.

5.1. Las relaciones de vecindad y las inmisiones.

Las relaciones de vecindad constituyen el sector normativo donde se insertan las inmisiones. Es en este específico campo donde se produce la delimitación del derecho de propiedad, a partir de la contigüidad o vecindad que se produce entre propietarios cuyos inmuebles poseen cercanía geográfica y, por ende, son susceptibles de inevitables roces. Tiene como función primordial establecer el contenido y regular el ejercicio de los propietarios vecinos, a fin de que sus respectivos derechos de propiedad se puedan realizar de la manera más plena y satisfactoria posible, sin ocasionarse afectaciones recíprocas, sino en el plano legítimo de igualdad.

Las relaciones de vecindad engloban todas aquellas relaciones que se producen entre vecinos, sean pacíficas, de buena convivencia, o de carácter conflictual, ocupándose solo el derecho de aquellas que tiene un componente litigioso. El derecho de vecindad establece las reglas que van a definir los marcos de actuación vecinal, cuando se hace referencia al derecho de vecindad es desde el punto de vista de su regulación positiva o normativa, en tanto el dispositivo jurídico señala los derechos y obligaciones de los vecinos.

⁸¹ Artículo 71: Están facultados para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios:

- a) La Fiscalía General de la república.
- b) El Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente.
- c) Quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio.

Las relaciones de vecindad confieren protección no solo a los fundos, como punto de partida y sobre los cuales gravitan los derechos reales, sino además sobre las personas que ejercen los derechos. La protección jurídica en éstos casos comprenden tanto a los propietarios como a los sujetos que participan en el ejercicio de otros derecho frutivos que difieren del propietario, y por determinadas razones ejercen potestades de uso y disfrute. Las relaciones vecinales afectan y protegen a cuantos, por el título que sea, bien de propiedad, superficie, usufructo, u otros, ejercen facultades de uso y disfrute sobre bienes determinados.

El ámbito espacial y geográfico en que tienen lugar las relaciones de vecindad, contribuye a dilucidar el concepto de vecindad desde el punto de vista físico. Sin embargo, el concepto de vecindad ha de ser interpretado en las actuales condiciones como de proximidad o cercanía, extendiendo de esta forma su aplicación a quienes se hallen en idéntica situación de conflicto que aquellos que afectan colindancia.

Las relaciones de vecindad engloban todas aquellas relaciones que se producen entre vecinos, sean pacíficas, de buena convivencia, o de carácter conflictual, ocupándose solo el derecho de aquellas que tiene un componente litigioso. El derecho de vecindad establece las reglas que van a definir los marcos de actuación vecinal, cuando se hace referencia al derecho de vecindades desde el punto de vista de su regulación positiva o normativa, en tanto el dispositivo jurídico señala los derechos y obligaciones de los vecinos. Por tanto, deben puntualizarse las cualidades que han de revestir las relaciones de vecindad que el derecho protege y regula.

ALGARRA PRATS ha definido las relaciones de vecindad como: “El conjunto de normas y principios que disciplinan aquellas relaciones que se producen entre las personas por razón de la proximidad o contigüidad de los inmuebles en que habitan o desarrollan actividades, a título de dominio o por cualquier otro título frutivo, con el fin de que en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas.”⁸² Este concepto engloba un concepto amplio de vecindad atemperado a las actuales circunstancias en las que el derecho de vecindad debe responder no solo a la protección del derecho de propiedad, sino además de la persona y otros aspectos relacionados con la esfera personal más que patrimonial, como son la salud y el bienestar, con un concepto espacial más amplio y un contenido delimitado por intereses fundamentales.

Ello permite resumir que los caracteres de las relaciones de vecindad que trascienden con mayor vigor a la concepción de las inmisiones son:
1- El derecho de vecindad tiene una doble consideración real u obligacional, en esta última se inserta el campo de la disciplina de las inmisiones en las que debe haber un referente jurídico real, pero que tiene esencialmente un contenido obligacional.
2- El sector normativo que regula las relaciones de vecindad confiere protección al derecho de propiedad y a las personas que lo ejercen, y abarca además a aquellos sujetos que ejercen otros derechos reales o cualquier otro derecho frutivo legítimo, de ahí que se protege el derecho y a las personas susceptibles de sufrir afectación en las facultades de goce del derecho.
3- El concepto geográfico de las relaciones de vecindad rebasa el estrecho marco de la contigüidad o colindancia y se sustituye por el de zona de influencia vecinal o vecindad, que alcanza físicamente a todos los predios cercanos afectados por la actividad perturbadora o molesta.

⁸² ALGARRA PRATS, E.: *op cit*, p. 53, una definición en términos similares realiza RODRÍGUEZ SAIF, MARÍA JULIA: *Las relaciones de vecindad en el derecho civil Cubano*, Tesis doctoral en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas, Santiago de Cuba, 2002. p. 8

4- El derecho de vecindad tiene una doble connotación preventiva y reparadora en tanto su condición jurídica señala el ámbito admisible de actuación del titular mediante normas reguladoras y la infracción de estas determinan la adopción de medidas de cumplimiento o resarcitorias.

5.1.1. Las relaciones de vecindad en el Código Civil Cubano.

El Código Civil Cubano, dedica a las relaciones de vecindad el capítulo IV del libro II “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”. Como su denominación lo indica se les da el tratamiento de limitaciones, en inadecuada técnica tomando en cuenta que el derecho de vecindad entraña la imposición de límites al derecho de dominio, en tanto integra el contenido del dominio individual.

La conceptualización general de las relaciones de vecindad se ofrece en el artículo 170, cuando señala:

.1. Las relaciones de vecindad generan derechos y obligaciones para los propietarios de los inmuebles colindantes.

.2. El propietario de un bien inmueble debe abstenerse de realizar actos que perturben más allá del límite generalmente admitido, el disfrute de los inmuebles vecinos.

En la formulación del precepto se recogen los presupuestos de generalidad, reciprocidad y colindancia, lo cual está en concordancia con las características fundamentales del derecho de vecindad.

Sin embargo, el criterio de colindancia podría entenderse matizado en el segundo apartado del precepto, cuando se esboza el criterio delimitador del ejercicio del dominio por su titular, al disponer «*disfrute de los inmuebles vecinos*». Se comprende aquí el concepto de vecindad de un modo más amplio considerando, a todos aquellos inmuebles que hallándose en cercanía geográfica son susceptibles de sufrir o sufren afectaciones o perturbaciones, o sea que los inmuebles que reciban tales influjos deben entenderse como vecinos, por tener afectada la esfera del goce del derecho y partiendo del sujeto perjudicado y la perturbación recibida, lo que constituye una ampliación del concepto de colindancia, con el de vecindad.

El título dedicado al derecho de vecindad en el Código Civil Cubano, acoge la doble connotación real y obligacional de este grupo normativo. En el artículo 170.2 aparece la significación o relieve obligacional, que hace admisible la abstención de la actividad del perturbador, y por tanto da derecho a la indemnización cuando tal límite ha ocasionado un daño. El precepto carece de un contenido predeterminado, por tanto su carácter difuso determina la necesidad de colegir las teorías que subyacen en la norma y que han de servir de criterio orientador al juzgador.

Los artículos 171 y siguientes establecen un contenido prefijado que configuran la situación interpredial entre los inmuebles y hace admisible solicitar del órgano jurisdiccional el restablecimiento por el infractor de la situación al estado anterior al quebrantamiento. La norma fija los derechos y obligaciones recíprocos que configuran los límites normales del derecho.

La tendencia obligacionista el artículo 170.2 es sumamente generalista e indeterminada. Su análisis está en plena conexión con el tema de las inmisiones, en tanto es el único artículo del Código Civil que permite la aplicación de esta institución. Por otra parte, supone la posibilidad de llenar esta vacuidad legal, por los operadores jurídicos bajo la fórmula de la perturbación que excede del límite generalmente admitido, aplicable a todos aquellos conflictos vecinales que no regula el derecho de vecindad cubano. Puede ser utilizado además como principio general a los restantes supuestos legales que el capítulo recoge,

considerados como actos perturbadores cuando se infringen los derechos y obligaciones allí reconocidos.

En cuanto a la esfera de protección que ofrece el Código Civil es evidente que su formulación va dirigida a proteger al propietario en tanto titular del derecho, más que a la persona. Sin embargo, el hecho de que se mencione que este debe abstenerse de realizar actos que perturben el disfrute de los inmuebles vecinos, van implícitos todos aquellos sujetos que obtienen beneficios fruitivos del inmueble. La facultad de disfrute como parte del goce, tiene por contenido su ejercicio pacífico sin perturbaciones de ninguna índole, incluidas las que puedan afectar la salud, el bienestar, las condiciones ambientales adecuadas etc. La extensión desde el punto de vista subjetivo del derecho de vecindad se materializa en el artículo 232 del Código Civil,⁸³ con lo cual se extiende su aplicación al poseedor inmobiliario, el usufructuario y el superficiario, según derive su posición de un derecho real u obligacional.

5.2. Las inmisiones. Concepto y caracteres fundamentales.

La palabra inmisión proviene del latín immissio, término que quedó acuñado por la doctrina romanista, y que significa una idea de injerencia en la propiedad ajena, que deberá tolerarse o prohibirse en dependencia de la potestad del sujeto para el ejercicio de la actividad. Es un término que goza de reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que si bien no ha sido recogido nominalmente en todos los textos civiles que la han regulado, los términos empleados y los casos que se regulan, sirven para identificar los fenómenos en que consiste las inmisiones.

Las inmisiones tiene tres caracteres esenciales que las definen, establecidos por la doctrina alemana e italiana, fundamentalmente, estos son, el carácter indirecto, el material y el positivo que a continuación se explicaran.

Caracteres de las inmisiones		
<u>Indirecto</u> : Implica que sus efectos han de comenzar en el fundo donde se lleva a cabo el acto que determina la propagación de sustancias, partículas u ondas al del vecino. Donde las actividades se inicien y se agoten en el propio inmueble no existe inmisión, porque no existe injerencia en el predio ajeno, por tanto, no hay conflicto de vecindad. Este tiene determinados requisitos:	<u>Material</u> : Significa que ha de suponer la existencia de materias, sustancias, partículas, elementos, ondas fuerzas, que por la actividad que las produce se propagan a la propiedad vecina, provocando determinadas consecuencias negativas. La materialidad ha de comprenderse no solo en el sentido de sustancias materiales, o materias con corporeidad o tangencia física, sino que además se compone por partículas, fuerzas u ondas, de escasa o mínima corporalidad. Tiene como requisitos:	<u>Positivo</u> : Significa que la inmisión debe penetrar en la propiedad ajena e introducirse en la esfera interna del derecho. Los requisitos son los siguientes:

⁸³ Artículo 232: *Son de aplicación a los titulares de la posesión y de los derechos de usufructo y superficie las limitaciones establecidas en este Código al derecho de propiedad y las correspondientes a las relaciones entre propietarios.*

<p>1- <u>En la producción de la inmisión</u></p> <p>a) Ha de ser el resultado de una actividad humana: en el ejercicio del derecho de propiedad o de un derecho de goce, el hombre debe ser quien inicie la cadena causal de inmisión, no debe ser un caso fortuito o de fuerza mayor lo que ocasione la actividad inmisiva. Siendo un acto conductual que causa daño a tercero puede consistir en una acción u omisión (vid. artículo 81 del Código Civil),⁸⁴</p> <p>No se exige que sea un determinado tipo de actividad, sino que puede ser tanto el resultado de una actuación doméstica, como de una explotación agropecuaria, o establecimientos fabriles de escasa entidad, pero en la mayoría de los supuestos por inmisiones son el resultado de una actividad industrial o empresarial.</p> <p>La condición del emitente tampoco trasciende en el requisito de la actuación humana, no importa que sea persona natural o jurídica, y que la naturaleza de la actividad sea estatal, particular o privada, pues cualesquiera de estas ocasiona idénticos efectos.</p>	<p>1- <u>La inmisión ha de tener la condición física de la mínima corporalidad o bien ser incorporal</u> Determinar el concepto de incorporalidad resulta una de las cuestiones más debatida, en orden al significado del término y si ha de atribuirse este rasgo a la inmisión.</p> <p>Lo cierto es que los supuestos de inmisión reconocidos legislativamente por diversos cuerpos jurídicos abarcan los concretos casos del humo, el hollín, ondas electromagnéticas, radiaciones, trepidaciones, ruido, calor, cenizas, etc. en algunos casos cabe predicar su corporalidad, como el hollín, el vapor, la ceniza, la arena, pero en otros resulta evidente que no son apreciables a simple vista, lo cual no significa que no tengan existencia material por cuanto son medibles o son constatables por medio de aparatos científicos como: el ruido, las radiaciones las vibraciones, los gases, cuyo nivel es medible, además de que son apreciables o inciden sobre los sentidos, la salud humana o los bienes materiales, (por ejemplo: la rajadura de una pared o techo).</p> <p>La inmisión ha de ser mensurable lo cual quiere decir que debe ser medible por medio de equipamiento científico, ello permite su constatación, pero además determinar que esta exceda de determinados niveles cuantitativos, cuya fijación</p>	<p>1- <u>La inmisión ha de alcanzar cierta entidad o nivel.</u> Solo cabe determinar como inmisión aquella que tiene determinada magnitud, o proporciones, esta ha de superar el mínimo de molestias que está obligado a soportar todo propietario en la convivencia vecinal y no es condenado por el derecho como inmisión, para ello las teorías o criterios delimitadores, que más adelante se examinarán, son los que permitirán establecer el minimun de molestias soportables por el propietario y cuando efectivamente esta ha alcanzado el nivel que permite entender que existe inmisión, pudiendo accionar los mecanismos de protección.</p>
---	---	--

⁸⁴ Artículo 81: *Los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro.*

	<p>sirve de guía para definir la existencia de la inmisión porque excede los límites tolerables fijados por el ordenamiento, aunque este no es el único criterio a tomar en consideración para establecer que se han producido determinados efectos jurídicos, por el fenómeno en que estas consisten.</p>	
<p>2- <u>En la propagación:</u></p> <p>La inmisión ha de propagarse por medios naturales: (agua, aire o tierra), sino que son conductores o propagadores de los efectos que esa actividad genera.</p> <p>En la propagación de las inmisiones opera, desde el punto de vista geográfico, el criterio de vecindad y no el de colindancia.</p>	<p>2- <u>La inmisión ha de ocasionar daños a la propiedad o causar daños o molestias a las personas en relación con la propiedad</u></p> <p>No toda inmisión resulta prohibida solo lo está aquella que alcanza determinado nivel de incidencia que exceda de los límites de tolerancia que ha de soportar el sujeto pasivo de la inmisión. Deben ocasionar determinado daño o molestia excesiva, solo pueden operar los mecanismos de protección frente a inmisiones, cuando efectivamente se han causado estas afectaciones negativas.</p> <p>Los daños o afectaciones comprenden a la propiedad y a las personas. En el primer caso, es donde con más frecuencia se producen los conflictos por inmisiones, ello dependerá de la función socioeconómica que tenga el fundo afectado.</p> <p>En cuanto a la afectación de las personas, se manifiesta en daños a la salud física o psíquica, o en molestias o perturbaciones, que afectan su bienestar. En este caso ha de tomarse en cuenta que tales lesiones parten de la</p>	<p>2- <u>Debe haber cierta reiteración en la penetración de la inmisión</u> Determina que la inmisión debe producirse al menos más de una vez, esto no implica que necesariamente deba ser perpetua, pero si han de corroborarse las afectaciones o perturbaciones con la repetición del acto. Para ordenar la cesación de las acciones que la producen, o la adopción de medidas, por medio de la acción negatoria, se exige que se continúe produciendo. La prueba de la falta de tolerancia solo se obtiene con la reiteración del fenómeno.</p> <p>No es exigible una frecuencia determinada, ni un período de duración específico para conformar la inmisión, lo cierto es que resulta intrascendente señalar un término prefijado en la ley cuando el acto inmisivo no depende para su existencia de esto. Pueden condenarse también las inmisiones temporales, irregulares, a intervalos de tiempo, por consiguiente, no se requiere la regularidad de su producción, aunque si la reiteración por los argumentos apuntados.</p>

	propagación e introducción que se produce en la finca de determinados factores de índole material, digamos, por ejemplo, el humo, el calor, el ruido.	
3- <u>Separabilidad del punto de origen</u> Significa que no solo debe propagarse, sino además penetrar en la esfera jurídica ajena, debe incidir en la propiedad vecina, pues si los efectos se agotan en la propia finca, pierde la condición de inmisión para considerarse emisión.	Han de excluirse las inmisiones ideales, que son aquellas actividades que se llevan a cabo en una finca próxima y que perturban la esfera afectiva y estética del vecino, teniendo una incidencia moral, inmaterial o psíquica sobre este. Aquí resultan afectadas la moral, las buenas costumbres, el pudor y, por tanto, dependen de una cierta predisposición subjetiva, individualizada por las circunstancias personales del afectado.	3- <u>Actualidad de la inmisión.</u> La inmisión ha de ser actual; debe de estar produciéndose al momento en que se establece su reclamación, no ha de ser una mera situación de peligro futuro o de afectación pasada. Si ya esta agotó sus efectos cabe contra el ente productor la exigencia de responsabilidad civil por los daños o perjuicios irrogados, no así la acción negatoria para declarar el cese de las afectaciones porque ya se consumaron y extinguieron. por el contrario entraña un peligro potencial que aun no ha comenzado a manifestarse en verdaderas perturbaciones, hay que valorar si esta situación puede ser considerada dentro del tema de las inmisiones, tomando en cuenta que esta materia tiene un carácter preventivo sobre todo en orden a la adopción de medidas que restauren la situación al estado original o sin perturbación. Ello no obsta para entender que solo cabe considerar los mecanismos de protección jurídico-civil cuando la inmisión efectivamente se ha producido, aun conociéndose que una determinada actividad industrial es susceptible de ocasionar afectaciones constitutivas de inmisión no puede paralizarse la actividad hasta que esta no ocasione inmisiones,

		entendidas bajo la integración de todos sus requisitos corporificándose con un cierta entidad o nivel, de lo contrario, aunque estén afectando o corran el peligro de afectar, no son inmisiones.
<p><u>Sustantividad propia de la inmisión con independencia del lugar de origen.</u></p> <p>inmisión cuando se propaga resulta independiente, autónoma de la propiedad de donde proviene, no existe vínculo específico con esta, lo cual responde al requisito que más adelante se verá de la escasa corporalidad, y al hecho de que se traslade por medios naturales, de ahí que pueda extenderse a fundos no colindantes.</p> <p>contraposición, es preciso concluir que las inmisiones directas no han de admitirse como inmisión en sentido estricto por más que estas acaban configurándose partiendo en algunos casos de los mismos supuestos que la inmisión indirecta por el modo en que se producen. Hay injerencia directa en cualquier acción que realice el propietario vecino dirigida especialmente a afectar al tercero, bien sea arrojando cuerpos sólidos o líquidos, basuras, desechos. La posición de la doctrina y de los códigos que regulan las inmisiones en este punto es coincidente en el punto de que han de ser prohibidas y no pueden ser consideradas como inmisiones con la correspondiente valoración de los intereses en juego y la practica compensatoria.</p>		<p>Quedan prohibidas las inmisiones negativas, que son aquellas constituidas por la privación de ventajas obtenidas porque el propietario vecino que aprovecha su inmueble de determinada forma, lo cual posibilitaba la obtención de determinados beneficios. Ellas no integran el derecho de propiedad, sino que forman parte su esfera externa, digamos por ejemplo las luces y vistas, la luz del sol, el disfrute de un paisaje etc. En estos casos diversos autores han emitido unánimemente el criterio de que han de quedar excluidas del concepto de inmisión, si bien en determinados supuestos pueden considerarse como servidumbres o en otro tipo de conflictos de vecindad de carácter real no en el caso que nos ocupa.</p>

Los supuestos más recurrentes en el ámbito legislativo foráneo como inmisiones son: el ruido, el humo, el hollín, el olor, el calor, el gas, las sacudidas y trepidaciones. Se utiliza el sistema abierto al rehuir la formulación de una lista cerrada, lo que facilita la labor jurisprudencial y la adaptación del precepto a las circunstancias del caso que se presente. Junto a ellos concurren otros como son: las aguas residuales, la luminosidad, el frío, las ondas eléctricas y las ondas electromagnéticas, en los cuales los rasgos que han de estar presentes son la escasa corporalidad o la inmaterialidad y su carácter positivo e indirecto como resultado de este rasgo de la escasa corporalidad.

La doctrina coincide en calificarlas como injerencias que se producen en un bien inmueble y se propagan al fundo vecino ocasionando molestias o daños sobre la propiedad y las personas, describiéndose los supuestos de hecho en que estas pueden consistir, además se formulan como parte del concepto los caracteres ya antes descritos. Debe considerarse como inmisión a toda injerencia, dañosa o molesta, incorporal o de escasa corporalidad, resultante de un actuar humano, en el ejercicio de un derecho con trascendencia real, que se propaga por medios naturales, sobrepasa los límites que impone la vecindad, e invade la esfera jurídica interna del inmueble vecino, afectando los bienes, las personas relacionadas con el inmueble por cualquier título y el ambiente circundante en que se ejercita el derecho.

5.2.2. Las inmisiones en el Código Civil cubano.

En Cuba la inmisión no tiene una expresa enunciación nominal. Sin embargo, no puede decirse que se haya omitido totalmente su inserción, pues el artículo 170.2 cuando hace referencia a la terminología de perturbación y establece el criterio delimitador de no sobrepasar el límite generalmente admitido, hace admisible la inclusión de los conflictos suscitados por la actividad inmisiva en este. Ahora bien, es menester aclarar que el concepto de perturbación es muy amplio y sus perfiles difusos permite incluir cualquier perturbación jurídica o de hecho, que no está expresamente prevista en los artículos que siguen, sea directa o indirecta, sin delimitar este aspecto.

Comprendida esta institución dentro del artículo mencionado, la primera cuestión a valorar es que establece un límite general por razón de vecindad, entendido a partir de la configuración de un hecho, que puede decursar como acción u omisión, que es la perturbación, término genérico que da cabida a cualquier tipo de actividad sea corporal o no. Otra cuestión a abordar es la obligación de tolerancia que se genera para el titular afectado cuando no se rebasan los límites. Ello determina que mientras no se vulnera la obligación la perturbación es lícita y no prohibida. No debe penalizarse bajo este límite cualquier clase de perturbación sino aquellas que efectivamente ocasionen una afectación real y demostrada para el titular involucrado sobre su persona o sobre sus bienes.

En cuanto a los caracteres tal formulación permite considerar el carácter indirecto de las inmisiones lo que presupone que han de iniciar sus efectos en el fundo emitente y prolongarlos en el vecino. El Código Civil cubano se hace partícipe de este requisito, cuando declara que el propietario debe abstenerse de realizar actos que perturben (artículo 170.2), por tanto la perturbación o injerencia debe ser el resultado de un acción u omisión humana.

Por otra parte, aunque el artículo no enuncie la prohibición de las injerencias directas, ha de concebirse que no entra dentro de la obligación de tolerancia que este artículo impone la aceptación de sustancias materiales, humos y otros medios inmateriales de forma directa porque cuando ello ocurre la actuación es ilícita y por tanto prohibida.

Sobre los caracteres material y positivo, también pueden ser reconocidos en esta formulación en la consideración de la concepción de la inmisión en sentido estricto; no aparece adecuadamente reconocida en este texto, que acoge cualquier variante de perturbación. Sin embargo, esta limitación no es óbice para que en su labor de aplicación de

la ley los operadores utilicen los caracteres ya enunciados para dar cabida a esta institución y no la excluyan.

En el análisis de las teorías delimitadoras presentes en este artículo hay que partir de que la fórmula está descrita desde la perspectiva del propietario que ejecuta la actividad perturbadora, es este a quien se le imponen límites. Se parte del autor y no de la prohibición de actuar frente a las inmisiones del afectado cuando este debe soportar determinadas inmisiones insustanciales, aunque a su vez el hecho de que establezca como marco de actuación, en cuanto a la facultad de exclusión del perjudicado y la facultad de disfrute del actuante, la frase «*más allá del límite generalmente admitido*», se impone la pregunta de ¿Cuándo considerar que está configurado? .

Si se analiza el criterio de uso normal, se coloca en la posición del emitente pudiendo entenderse como normal aquello que lo es para la generalidad de las personas y es admitido por estas. Tal criterio resulta evidentemente subjetivo que ha de apoyarse en el juicio pericial que permite valorar los límites cuantitativos desde el punto de vista técnico, pero sin que ello sea imprescindible porque a veces las molestias resultan insoportables aunque las medidas técnicas establezcan parámetros diferentes, de ahí que el juez deba valorar las circunstancias y lo que ha de considerarse normal en la zona donde se produce, o sea, que aunque no se menciona el término de uso normal, esta interpretación puede hacerse cuando se considera el carácter general al límite admitido por la sociedad, por la generalidad de los terceros y por quien en razón de equidad pondera los intereses en juego, cuestión que se apoya en los artículos precedentes del Código como son: el artículo 4, el artículo 131 y el artículo 132, que definen los límites al titular del derecho sobre bienes.⁸⁵

Pero de otro lado, la formulación admite la normal tolerancia si se analiza que también contempla la perspectiva del perjudicado cuando se plantea la obligación de abstención para el inmitente (responsable o causante de la inmisión, coincidente con la figura del propietario del bien inmueble desde donde se generan aunque también puede coincidir con el usufructuario, el arrendatario el administrador etc.), mas se define que cuando el límite no se rebasa este debe tolerar, ¿qué entender por lo que es tolerable y lo que no?. Precisamente esta fórmula de lo generalmente admitido permite concebir esta postura pues también ha de valorarse la perspectiva del perjudicado que no está obligado a soportar este exceso y puede accionar pidiendo la abstención.

Sobre el ámbito objetivo y subjetivo de protección es preciso evaluar la inclusión del término vecinos y no colindantes en el artículo 170.1, que hace admisible conferir protección a todos aquellos titulares, que con proximidad geográfica al emitente, sean víctimas de actos perturbadores. El precepto ampara a tales sujetos cuyo derecho subjetivo está lesionado, a su persona y los bienes afectados, pudiendo considerarse el medio ambiente incluido por entrar dentro de la esfera del disfrute del derecho de propiedad.

En cuanto a la protección a las personas, la facultad de disfrute aunque tenga por referente un bien inmueble al que se encuentra vinculado jurídicamente el titular por una relación permanente. La afectación al mismo implica perjudicar a quienes la pueden ejercer. Al mencionar la facultad de disfrute que pasa por el actuar pacífico de quienes son sus titulares, necesariamente también se protege a la persona; pero además, el límite del

⁸⁵ Artículo 131.1: *El propietario de un terreno puede hacer en él obras, plantaciones, excavaciones, con las limitaciones establecidas en las disposiciones legales, especialmente las relativas a sobrevuelos, construcciones y protección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente.*

2. *El propietario, al ejercitar su derecho, está en la obligación de adoptar las mayores precauciones, oyendo, si fuere necesario, el parecer de peritos en la materia, a fin de evitar todo peligro, daño, contaminación o perjuicios a las personas o a los bienes.*

Artículo 132: *Todo el que ejerza un derecho sobre bienes o realice alguna función relacionada con éstos, está obligado a hacerlo de modo racional y a tener en cuenta en cada caso el destino socioeconómico del bien de que se trate.*

artículo 131.2 protege ampliamente a las personas y los bienes, por tanto, permite considerar bajo el mismo a estos sujetos.

Sobre los supuestos típicos no establece una casuística pues se engloban bajo el término de “actos que perturben” todos los que pueden ser considerados como inmisiones, que de hecho significan una perturbación. No hay concreción alguna en este tema, lo cual es otra cuestión criticable a la regulación del Código Civil.

5.3. La protección jurídico-civil frente a inmisiones.

Una vez configurada la inmisión, corresponde el ejercicio de los mecanismos de protección por los afectados por la actividad del inmitente, esta es la reacción jurídica procedente cuando la inmisión ocasiona molestias que exceden del deber u obligación de tolerancia antes referido.

Cuando esta obligación resulta excedida existen dos mecanismos típicos para la protección frente a inmisiones estos son: la acción negatoria y la responsabilidad civil extracontractual.

La acción negatoria tuvo su génesis en el derecho romano, donde fue utilizada no solo para rechazar derechos reales (servidumbres), que graven la propiedad ajena, sino para alejar cualquier perturbación que provengan directamente de la finca vecina, o por operaciones que ocasionándose en terreno propio se propagan al ajeno. La esencia de la institución se ha mantenido hasta la actualidad aunque con matices en dependencia de las condiciones concretas de cada época y área.

La acción negatoria ha sido definida como aquella acción que tiene por objeto la protección de la libertad del derecho de propiedad u otros derechos de aprovechamiento sobre los bienes inmuebles, con el cese de las injerencias que le afecten de índole material o jurídica.

CANTON BLANCO, muestra la posición tradicional de la doctrina cubana, cuando refiere: “Otra de las acciones protectoras de la propiedad que el derecho ha dado es la acción negatoria, que se ejercita ante los tribunales para negar la facultad de que se cree investida otra persona en relación con la posesión de un derecho real, que afecta el dominio del propietario. La acción negatoria, casi siempre se daba por parte del propietario de una finca, para negar el derecho de servidumbre de la misma, sea de paso, de acueducto, etc. (...) Para ejercitar esa acción es requisito indispensable en primer lugar la demostración de la propiedad, en segundo lugar, que se probara en qué forma se perturbaba esa propiedad y los derechos que podía originar esa perturbación, a favor del demandado.”⁸⁶

La concepción tradicional, resulta superada por la doctrina actual, que defiende una concepción amplia de la acción negatoria aplicable a todo tipo de perturbaciones no posesorias del derecho de propiedad, dentro de las que cabe incluir las inmisiones y no solo el derecho real de servidumbre. ALONSO PEREZ, indica que además del uso tradicional antes expuesto, la acción también debe servir para alejar y rechazar cualquier perturbación ilegítima, carga indebida e inmisiones molestas y nocivas más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal.⁸⁷

Un análisis del Código Civil cubano permite acoger esta acción, a pesar de que carece de enunciación nominal. Si se analiza el artículo 170.2, puede apreciarse que hace referencia a la obligación que ha de imponerse al titular del derecho de propiedad que realice actos perturbadores más allá del límite generalmente admitido. En consecuencia, se

⁸⁶ CANTÓN BLANCO, L. E.: *La Protección del derecho de propiedad y de posesión*, Ed. ENPES, Departamento de textos y materiales de la Universidad de la Habana, Ciudad de la Habana, 1983, pp. 84 y 85

⁸⁷ ALONSO PEREZ, M.: “La protección frente a inmisiones molestas y nocivas”, *cit.*, p. 423

configura la inmisión cuando se excede el límite que resulta intolerable para el propietario afectado; esta obligación de abstención, tiene por objeto o contenido el cese de la conducta inmisiva, lo cual se corresponde con la finalidad de la acción negatoria. Tal obligación de abstención se halla configurada esta obligación de abstención en el precepto que reconoce la facultad de exclusión que corresponde a todo titular en el goce de su derecho de dominio.

Las perturbaciones e injerencias que configuran la inmisión, están enunciadas en este artículo. Es la más amplia concepción de la acción negatoria, en tanto este precepto, que es general y resulta de más exacta aplicación a las perturbaciones de hecho, que así expresamente señala.

Se completa esta construcción jurídica de la acción negatoria en el Código Civil, con el artículo 111 donde se establecen las acciones de protección de los derechos civiles. En el apartado b) se define: *el restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y el cese inmediato de los actos que lo perturben.*

La acción negatoria en su aplicación al tema de las inmisiones desde la perspectiva amplia ya antes fundamentada, se sustenta en dos vertientes a partir de su contenido:

- Negativa: a) Acción de cesación: consistente en la facultad del titular de interesar el cese de las perturbaciones que ilegítimamente se configuren sobre su derecho. Con la solicitud de cese de la perturbación culmina el ejercicio del derecho pues es esta la finalidad del ejercicio de la acción. En este sentido, la acción negatoria solo puede dirigirse a que cese la inmisión pero no necesariamente ha de estar dirigida a eliminar la fuente que la origina. b) Acción de omisión o abstención: está dirigida a eliminar la fuente que origina la inmisión y se dirige al cese de la actividad generadora de la misma, cuando la inmisión que constituye la perturbación no pueda cesarse.

- Positiva: En este caso el contenido de la acción va dirigido a la adopción de medidas técnicas que atenúen o eliminen la inmisión, esta puede conllevar a veces a reducir la inmisión a límites de lo tolerable, con la adopción de medidas concretas, que pueden además dirigirse a evitar la reaparición de nuevas inmisiones.

En el caso de Cuba, donde al contenido de la acción negatoria se hace referencia en el artículo 111 b), en el supuesto del derecho de propiedad, para restablecer no siempre es suficiente la abstención o cese de la conducta. En la mayor parte de los casos, es necesario adoptar medidas que permitan recuperar la libertad del dominio, sobre todo cuando las perturbaciones son de tipo inmisivo en las que no basta casi nunca con el cese pues ello puede implicar la paralización de la actividad. Una adecuada ponderación de intereses lleva a la exigencia de que se adopten medidas.

Sobre la legitimación activa cuando antes se enunció el concepto de acción negatoria se consideró sujeto activo de la acción al propietario. Sin embargo, cuando el objeto de la acción sea hacer cesar perturbaciones ilegítimas de hecho, debe abarcar a todos aquellos sujetos que ejerzan un derecho fructivo en cuanto al inmueble afectado; ha de entenderse por tanto con una mayor extensión subjetiva, por cuanto no solo se afecta el título de propiedad.

En cuanto a la legitimación pasiva, también ha de ser concebida en sentido amplio. Si bien las perturbaciones en que consisten las inmisiones se encuentran insertas en el contexto de las relaciones de vecindad y, por tanto, referidas a los propietarios vecinos, no siempre es el dueño del bien inmueble el sujeto responsable de la causación de las mismas. El titular de la finca puede haber cedido parte de sus facultades a un tercero que es quien ocasiona los actos perturbadores, por tanto reducir el ámbito subjetivo de la acción restringiría considerablemente su alcance y efectos.

Requisitos de la acción negatoria	
En cuanto a la persona del actor	Este deberá probar la existencia del título sobre el bien inmueble afectado, bien sea de propiedad o cualquiera de los otros derechos fruitivos que se pueden ejercer sobre el mismo, en tanto es la afectación del ejercicio de los usos propietarios lo que legitima el ejercicio de la acción.
En cuanto a la persona del perturbador	Ha de demostrarse que este sujeto es el causante de la perturbación y que por tanto ejecuta la actividad que produce la inmisión de forma directa o a través de terceras personas a su nombre, pues no puede ser un sujeto ajeno, a la acción u omisión que ocasiona la perturbación.
Sobre la inmisión	Ha de demostrarse por el sujeto afectado la existencia de la perturbación comprobándose la materialidad de la misma consistente, como ya se analizó en que se produzcan consecuencias comprobadas físicamente en la finca, aunque ello no implica que sean corpóreas, su carácter indirecto o mediato y la continuidad o permanencia, ya que los perjuicios que de esta se derivan no pueden ser consecuencia de un acto aislado, sino de una actividad periódica y continuada y por último su carácter positivo, o sea que alcance determinado nivel intolerable.
Nexo causal	La relación de causalidad entre actividad y molestia
En la variante de abstención	Debe tomarse en cuenta que exista un peligro comprobado de inmisión razonable o un daño previsible sustancial.
Inversión de la carga de la prueba	<p>En el tema de la prueba la acción negatoria en su planteamiento tradicional define que el dominio se presume en principio libre de toda carga o gravamen y que por tanto se distribuye la carga de la prueba y corresponde al demandado demostrar que tiene derecho a la servidumbre combatida. En la moderna concepción de la acción negatoria esta exigencia se modifica por el hecho de que por tratarse no de lesiones jurídicas al título de dominio sino de perturbaciones fácticas el afectado debe demostrar que se están produciendo injerencias en su propiedad, y que por esta razón deben ser prohibidas, por no corresponderle la obligación de tolerancia.</p> <p>Acontece la inversión de la carga de la prueba cuando el perturbador deba demostrar que se trata de perturbaciones inocuas y por tanto soportables, es este quien debe demostrar la legitimidad de su intromisión derivada de la inocuidad de la injerencia. No tiene porque el afectado en sede de acción negatoria demostrar la existencia de un daño, basta con probar la producción de la perturbación, la falta de peligrosidad a quien corresponde demostrarla es al demandado</p>

Otro aspecto a analizar es el referido a la autorización administrativa para el ejercicio de una determinada actividad y el uso de esta acción. Cuando ello se plantea como excepción a la acción negatoria se trata de asegurar el funcionamiento de instalaciones autorizadas frente a la acción que correspondería al propietario. A este criterio se objeta que generalmente las actividades que se autorizan mediante licencia son las mayores causantes

de inmisiones y de otro lado que cuando se concede la licencia se hace sin ir en perjuicio de tercero, quedando a salvo su acción para defenderse.

Es importante tener en cuenta que aun cuando se valoren con la posición contraria los intereses económicos y generales, no puede servir la licencia de patente de corso para quien la obtiene que posibilite la ejecución de actividades, que ocasionan consecuencias dañosas. Bajo la circunstancia de que la administración concedió el permiso para actuar, el particular o perjudicado queda totalmente desprotegido en sus intereses patrimoniales y personales, solo porque en la licencia esta representado un interés social; en todo caso, quien está autorizado debe poner la mayor diligencia en evitar las inmisiones. Dejar solo la acción negatoria para cuando existe un incumplimiento de las condiciones previstas en la licencia o para cuando esta no existe, crearía un disvalor en cuanto a los afectados que estarían maniatados ante la actuación negligente o perturbadora del que actúa amparado en una licencia.

El plazo de prescripción en cuanto a esta acción en el Código Civil cubano es de cinco años a partir de la formulación del artículo 114⁸⁸, que señala este plazo general de prescripción. Los artículos siguientes referidos a la prescripción son para acciones de tipo específico dentro de las que no se encuentra esta, este es un plazo de prescripción ordinario que abarca a todas aquellas acciones civiles que no tienen señalado término específico en la ley y que se van a asociar como en el caso de la negatoria a distintos tipos de pretensiones.

5.4. La responsabilidad por inmisiones.

Las relaciones de vecindad implican necesariamente la producción de molestias o incomodidades, cuando ellas alcanzan determinado nivel o adquieren proporciones que exceden de lo que normalmente ha de soportar una persona y ocasionan afectaciones para la persona y su patrimonio. En éstos casos se está en presencia de una actividad inmisiva que deviene intolerable y por ende frente a esta corresponde al afectado la tutela resarcitoria.

En la disciplina de las inmisiones hay que partir del hecho de que en este caso una actividad externamente lícita, en tanto, respalda y cumple con los parámetros administrativos establecidos se convierte en ilícita, a partir de que configurándose los presupuestos o caracteres de la inmisión deviene en ilegítima pues ningún titular está obligado a soportarla.

La responsabilidad que se deriva de la producción de inmisiones cuando se ha ocasionado un daño es la responsabilidad extracontractual. Con independencia de que exista una relación vecinal, que ya antes se analizaba no es relación jurídica, el deber de tolerancia ha sido vulnerado, con una conducta abusiva o excesiva que ocasiona daños y que se torna ilícita.

CERDÁ OLMEDO, cuando analiza el fundamento teórico de esta clase de responsabilidad define: "...en las relaciones de vecindades el carácter perjudicial (que no hay obligación de soportar) de la conducta ajena lo que motiva la responsabilidad, pero dicha conducta no es abusiva, sino útil a su autor y en sí misma considerada, enteramente lícita."⁸⁹

La responsabilidad por inmisiones puede calificarse como objetiva, proviene de la intolerancia respecto a la inmisión, no es necesario valorar la idea de culpa, si la producción de la inmisión rebasa los límites legales exigibles al propietario afectado (uso normal, normal tolerancia, atendiendo a las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles) y que

⁸⁸ cfr. artículo 114 Las acciones civiles prescriben a los cinco años si nos e señala término distinto en este código o en otras disposiciones legales.

⁸⁹ CERDA OLMEDO, M. : " La responsabilidad civil por hechos futuros ", Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXVIII, Julio-septiembre, Madrid, 1985, p. 635

este no está en el deber de soportar, se deriva para quien ocasiona los daños la obligación de indemnizar.

La responsabilidad se deriva de la infracción de este deber de ejercer el derecho dentro de determinados límites. Cuando ello se infringe surge la obligación de reparar pues su actuar se convierte en ilícito, no es trascendente si hubo intención o no, si el autor actuó con diligencia.

No importa el carácter material o inmaterial de la influencia dañosa, el deber de respeto a la propiedad ajena incluye la abstención de estas porque la propiedad de un inmueble no autoriza para inquietar a un vecino. Cuando el dueño u ocupante traspasa el nivel, los vecinos pueden exigir que se atenga a este reformando las instalaciones o actividad y reclamando por los daños causados aun sin intención.

Antes se analizaba la posición del Código Civil cubano respecto al tema de la imputación de responsabilidad, y la primera cuestión a preguntarse es si tiene cabida como una forma específica de responsabilidad la que se deriva de las relaciones de vecindad o por inmisiones. La normativa citada es excesivamente parca en el tema de las inmisiones, ya se planteaba que estas pueden tener aplicación en el artículo 170.2 donde se dispone el deber de tolerancia para el titular siempre que los actos que realice quien disfruta del inmueble vecino no sobrepase el límite generalmente admitido. *Contrario sensu*, qué solución dar cuando ese límite resulta quebrantado y se ocasionan daños, ¿Se estaría ante un supuesto de acto ilícito? La actividad inmisiva solo cabe considerarla dentro del elenco de los actos ilícitos cuando ocasiona daños o perjuicios a un tercero, no basta con la mera extralimitación en el ejercicio del derecho sino que es preciso la producción de daños, es en este momento que surge la obligación de indemnizar. Es cierto que este precepto no hace referencia a la obligación de indemnizar, pero si calificado de excesivo el actuar del titular en el ejercicio del derecho y prohibido genera daños, es preciso conectar este precepto con los artículos 81 y 82 del Código, que establecen la calificación de acto ilícito a toda actuación que ocasione daños y tal conducta llevaría la misma.

Debe valorarse si procede considerarla como una forma autónoma de responsabilidad, cuando se define en los artículos 81 y 82 del Código Civil la responsabilidad extracontractual en sentido genérico y después particulariza determinados supuestos de responsabilidad. Por tanto, solo en cuanto a la procedencia del acto ilícito y su configuración como acto lesivo es pertinente tratar este tema en relación con el artículo 170.2 de forma peculiar, pero en las demás exigencias ha de transitar por los cauces de la responsabilidad prevista en los artículos antes mencionados.

El criterio de imputación es otra cuestión a analizar, ya arriba se estableció cual era la postura seguida por el Código Civil de cuasi objetivación de la responsabilidad. El análisis del artículo 131.2 que define: *“El propietario, al ejercitar su derecho está en la obligación de adoptar las mayores precauciones, oyendo si fuera necesario el parecer de peritos en la materia, a fin de evitar todo peligro, daño, contaminación o perjuicio a las personas y los bienes”*, lleva a la conclusión de que la responsabilidad por razón del dominio es objetiva. Al establecer un límite importante al ejercicio del derecho de propiedad, define la obligación de extremar el deber de diligencia para evitar la producción de daños o el peligro de estos, ello significa que en caso de que se vulnere este deber se produce la ilicitud por la afectación a las personas y los bienes, con carácter objetivo en tanto esta es la causa que condujo a los daños. La vulneración de este artículo debe conducir a la obligación de reparar los daños.

Por otra parte, volviendo al artículo 170.2, es necesario concluir que en este no es la culpa el factor determinante en la exigencia de responsabilidad sino la vulneración del deber de tolerancia por quien causa la inmisión que rebasó el límite generalmente admitido. No menciona la existencia de intención o negligencia, estrictamente se brinda importancia al exceso que se manifiesta en los daños ocasionados.

Los aspectos antes analizados sobre la responsabilidad por inmisiones en Cuba hacen admisible la construcción jurídica de esta forma de responsabilidad que no tiene su fundamento sobre la base de las restantes variantes, ni tampoco en la responsabilidad por riesgo reconocida de forma absoluta en los artículos 104 al 107⁹⁰ del Código Civil. Aunque la actividad inmisiva puede ser peligrosa, nociva o perjudicial, las actividades que generan riesgos tienen carácter excepcional.

Varios autores cubanos coinciden en la afirmación de que el Código Civil hace admisible el criterio interpretativo extensivo a otras actividades, además de las reconocidas en el artículo 105 que entrañen un riesgo, a partir de lo dispuesto en el artículo 104 como presupuesto general. Coincidimos con estos autores en cuanto a las críticas al carácter limitado del Código Civil, pues ciertamente existe un elenco de actividades riesgosas, que por su carácter nocivo debieron preverse en la norma.

No obstante, es admisible que aunque existan determinadas actividades industriales que en relación de vecindad pudieran ocasionar daños graves y son dignas de ser contempladas bajo el concepto de actividades que generan riesgos, aquellas que produzcan inmisiones no creo deban canalizarse bajo esta categoría de actos generadores de responsabilidad objetiva absoluta. Las inmisiones tienen efectos acumulativos, requieren de la reiteración y permanencia en el tiempo, a diferencia de las actividades que generan riesgos que entrañan por su propia naturaleza un estado de peligro que amenaza la integridad personal o patrimonial de un conjunto social más o menos amplio de personas; Son actividades que se autorizan previendo el potencial resultado dañoso, a partir del reconocimiento previsible de las consecuencias dañosas graves, a darse en un momento determinado y no por efectos acumulados, aquí está el motivo de su carácter absoluto.

Elementos de la responsabilidad por inmisiones	
Antijuridicidad	Una inmisión es antijurídica cuando produce un daño a tercero que no está obligado a soportar, de acuerdo con los principios de los diferentes ordenamientos jurídicos. Lo es cuando supone una extralimitación del derecho de propiedad objetivamente abusiva que lesione intereses particulares legítimos.
Nexo causal	A primera vista este tema no difiere de las exigencias que para cualquier otra forma de responsabilidad extracontractual.
Legitimación activa	La determinación de los sujetos legitimados no plantea dificultades en las inmisiones, aunque los conflictos que dan lugar a la producción de las mismas se producen teniendo como referente a un bien inmueble, lo cierto es que la acción de resarcimiento corresponde a quien ha sufrido el daño o perjuicio en su persona o sus bienes, por tanto, la legitimación no ha de quedar necesariamente circunscrita a los sujetos que ostenten título con relación al bien involucrado. El Código Civil cubano posibilita esta amplia legitimación y ello se evidencia en el artículo 131.2.
Legitimación pasiva	La acción se dirige contra la instalación causante de la inmisión, ha de ser concretada al sujeto emisor productor de los daños. Será responsable, por consiguiente, todo aquel que en ejercicio de una actividad produzca inmisiones excesivas que sean nocivas a las

⁹⁰ Artículo 104: *Las actividades que generan riesgos son actos ilícitos que por su propia naturaleza implican una posibilidad de producir daño o perjuicio.*

	personas y a las propiedades
Prescripción	Definida con el término establecido para entablar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que es de un año según el artículo 116.d) ⁹¹

5.5. La disciplina de las inmisiones y la tutela del ambiente.

Aunque el ambiente tenga connotación colectiva y de interés estatal, no deja de tener incidencia en los intereses individuales cuando han sido lesionados sus titulares. La tutela jurídica al ambiente puede decodificarse en dos vertientes: en lo relativo al ambiente como ente público y colectivo por ejemplo el aire, el agua, los mares, el subsuelo, etc., o en clave privada cuando existe trasgresión a la persona misma y su patrimonio como resultado de una agresión ambiental.

En efecto, si las consecuencias nocivas de la inmisión se materializan sobre la atmósfera y el aire local, los bienes patrimoniales, el suelo, la salud humana, la calidad de vida, etc., se hace evidente la concreción en valores o bienes individuales del medio ambiente, solo que en un sistema específico donde se interrelacionan estos elementos y el hombre como factor importante. Se hace patente la relación hombre (como agente causante de la inmisión y sus consecuencias dañosas) – hombre (como ente afectado en sus bienes patrimoniales, su persona y otros elementos ambientales).

MORENO TRUJILLO refiere el papel del derecho privado en la tutela del ambiente “... no se puede dejar de ver que en el derecho privado encontramos instrumentos idóneos, de defensa para el interés lesionado de un particular, defensa que de manera indirecta se extiende a toda una colectividad. (...) Una lesión del ambiente va a ocasionar de manera inmediata un perjuicio en el patrimonio de un particular (la alteración del precio de venta de una parcela que sufre vecindad altamente contaminante, la merma en la producción hortofrutícola de una determinada finca por inmisiones diversas, la muerte o enfermedad de animales causadas directamente por alteración de los factores ambientales), o bien en su propia persona (enfermedades pulmonares por respirar el aire contaminado, perturbaciones psicológicas por soportar vecindades altamente ruidosas) que van a provocar la reacción inmediata del Derecho Civil ante esta injerencia legítima en la esfera personal patrimonial de los perjudicados, de los que está encargado en su defensa y protección”.⁹²

En ese sentido, la inmisión si bien no en todos los casos, puede llegar a ocasionar daños y perjuicios, cuando estos acontecen se produce para el afectado el derecho a exigir la reparación, dando lugar a la responsabilidad objetiva por los motivos ya fundamentados. Resulta pertinente caracterizar los daños resultantes de las inmisiones por cuanto en estos se producen determinadas especificidades. Las inmisiones en su amplia tipología contemplan eventos de inmaterialidad o cuasi inmaterialidad, no siempre dejan efectos nocivos permanentes en el tiempo, no basta con una sola causación, y si no se interrumpe la actividad que las genera pueden ocasionar afectaciones en el futuro.

Esta caracterización se hará con la finalidad de demostrar los puntos de contacto con los daños ambientales, si bien ha de salvarse la distancia entre los bienes jurídicos tutelados y los términos en que se plantea el conflicto. En el caso de las inmisiones, se aprecia que con estas se genera una afectación al libre ejercicio del derecho de goce sobre los bienes inmuebles, se limita la capacidad de actuación del titular, por tanto se lesiona el derecho en sí mismo. Las afectaciones pueden ser meras restricciones de hecho al impedir el goce

⁹¹ cfr. Prescriben al año las acciones:

d) para reclamar la indemnización de daños y perjuicios derivados de los actos ilícitos.

⁹² MORENO TRUJILLO, EULALIA : “La responsabilidad civil ...cit”, pp. 48 y 49

satisfactorio, pero también se pueden menoscabar los bienes materiales y los sujetos en tanto se puede afectar la salud, la calidad de vida, el bienestar etc.

El daño inmisivo puede inscribirse como daño ambiental personal o patrimonial, o sea, es el resultante del deterioro ambiental que afecta a las personas y sus bienes. El daño es ocasionado por las inmisiones que - en sus supuestos típicos son el ruido, el humo, el vapor, el calor, el hollín, la luminosidad, las ondas electromagnéticas y otros disímiles factores físicos - ocasionan también deterioro o afectación del medio ambiente propiamente dicho, si bien inciden con mayor nocividad en la salud y la calidad de vida de las personas.

MARTIN MATEO, afirma: "Aunque cabe invocar autónomamente, daños ilícitos derivados de actuaciones que implican culpa contractual o extracontractual, o abuso de derecho, sostenemos que los daños ambientales de naturaleza privada se producen normalmente en el contexto de las relaciones de vecindad implicando deterioros patrimoniales no queridos en el ordenamiento, lo que incluso es predicable como veremos de los perjuicios ocasionados a la salud."⁹³

Existe identidad de causa en la producción del daño que ocasionan las inmisiones y la que gesta el daño ambiental. Las inmisiones se propagan por el aire, el suelo y el agua y ocasionan perturbaciones no solo a la persona misma, sino, además, al entorno donde se asientan los inmuebles que se encuentran en relación de vecindad.

No puede pedirse resarcir daños ambientales puros en un proceso de relaciones de vecindad, estas siempre van a plantear la exigencia de que exista la conexión con un derecho fundiario y por tanto la existencia de daños patrimoniales o personales, es solo en esta vertiente que puede utilizarse el instrumento de la responsabilidad por inmisiones.

Dada la regulación actual de la Ley del Medio Ambiente, resultaría de utilidad el uso del concepto del daño resultante de las inmisiones para encausar por la vía de la responsabilidad por inmisiones aquellas conductas, que sin ocasionar un daño significativo al ambiente lo afectan de algún modo o afecten la salud de los sujetos involucrados. De esta forma encontrarían una alternativa legal que también otorgue acceso a la justicia ambiental aun en casos como estos.

Este es un tema que se relaciona con la estimación de los daños a partir de los requisitos de tolerabilidad atendiendo a las condiciones del lugar, existen determinados autores que dan importancia a la relevancia de los daños. Esto se vincula con la determinación de estándares ambientales de calidad lo cual es función fundamental del Derecho Administrativo Ambiental, debiendo definirse según las condiciones locales trazadas por cada Estado. Hecho que resulta exigible en materia de responsabilidad ambiental, y que se relaciona con la disciplina de las inmisiones, en tanto, existen límites de tolerancia para las inmisiones, pero que no tiene porque identificarse con la tolerabilidad ambiental, pues aquí se trata de otros bienes tutelables.

Otra cuestión que también favorece la entrada del mecanismo de la responsabilidad civil por inmisiones, es el hecho de que la definición de daño ambiental en la legislación cubana establece como requisito el de antijuridicidad de la siguiente forma: «*contraviniendo una norma jurídica*», La exigencia anterior determina la preexistencia de una norma administrativa o técnica que defina la conducta del agente causante del daño.

⁹³ MARTIN MATEO, R. : *op cit*, p 164, coincide ESAIN, J. A. : " El problema de la ejecución de las sentencias por recomposición ambiental", VII Congreso Internacional de Derecho de daños, Responsabilidades Siglo XXI, Buenos Aires, 2002., www.aaba.org.ar, consultado junio 2003, p. 1

Características de los daños inmisivos	
Patrimoniales	Al recaer generalmente sobre bienes materiales de cualquier tipo, al producir un menoscabo valorable en dinero sobre intereses patrimoniales del perjudicado, que son susceptibles de valoración pecuniaria. También puede tratarse de daños patrimoniales indirectos o daños morales impropios cuando a través de lesiones de intereses inmateriales se trasciende al patrimonio, como acontece cuando se daña la salud o se ocasionan lesiones corporales y procede la cuantificación de los gastos y otros recursos invertidos en obtener su restablecimiento, apreciables económicamente, por existir un reflejo económico de tales afecciones en el patrimonio del sujeto.
Ciertos	Significa afirmar que no existen dudas sobre su realidad, ello resulta difícil en materia de inmisiones por cuanto estos deben tener expresión en determinados bienes o en personas, y dadas sus características pueden estar ocasionándose efectos nocivos, sin que tales daños puedan ser corroborados, ante la falta de la necesaria certeza científica, con las consiguientes dificultades probatorias. Además porque son daños cuyos efectos se observan casi siempre a largo plazo y son complejos, elementos estos que obstaculizan su evaluación.
Personales	Al afectar a una víctima concreta, requisito que resulta determinante para definir la legitimación activa, en la exigencia de responsabilidad, en el análisis de este tema en el capítulo precedente se ventilaba que en el caso de la responsabilidad por inmisiones debe existir una relación permanente entre el fundo dañado y el demandante.
Pueden ser daños acumulados	A partir de la cantidad de agentes que interviene en su producción este tema se abordaba en la referencia a las inmisiones acumuladas, en lo cual interviene también la definición de responsabilidad a partir de la definición del nexo causal.

El mecanismo de la responsabilidad por inmisiones no es necesariamente el idóneo en demérito del de la responsabilidad ambiental; este último está diseñado precisamente para hacer frente a los daños ambientales, pero no excluye la responsabilidad por inmisiones. Por el contrario, es una alternativa adicional para los sujetos que sufran daños como resultado de una afectación por inmisión. En la acción negatoria su finalidad precisamente va encaminada a eliminar la actividad inmisiva paralizándola o decretando la adopción de medidas, en las variantes que conforman su contenido, con lo cual se obtiene de manera inmediata este resultado tuitivo, sobre el predio o los predios afectados, las personas y el medio ambiente de forma indirecta.

Encuadrar algunos conflictos ambientales como conflictos de vecindad no implica que se genere para el propietario el derecho a contaminar, amparado en el cumplimiento de ese nivel o estándar mínimo de los deberes de vecindad, que depende de las normas administrativas y el respeto del derecho del vecino. Es procedente enfatizar en la afirmación de que en las relaciones de vecindad ante inmisiones nocivas, se aprecia la tutela mediata o indirecta al medio ambiente, por cuanto sus instrumentos de protección son aplicables cuando se ha producido una agresión a la propiedad o a la persona. Se ha de establecer además como un conflicto entre dos o más titulares, donde debe haber un perjuicio cierto y personal, y aunque se pueda y deba aludir a las afectaciones ambientales cuando ellas sean una consecuencia de la actividad inmisiva contaminante, como un elemento perjudicioso en contra del demandante junto a los otros enunciados, no deberían utilizarse estos instrumentos para reparar los daños en pureza ambientales.

En Cuba, las relaciones de vecindad, en cualquiera de sus supuestos típicos son de conocimiento de los Tribunales Provinciales Populares, según el artículo 6.6) y se plantean en proceso civil ordinario sustentados en el artículo 223.3, ambos preceptos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Por otro lado, el Decreto-Ley 223 de 2001 “De la jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico establece la solución de conflictos ambientales a las Salas de lo Económico.

Es evidente que tales conflictos incluyen aquellas reclamaciones tendentes a obtener la reparación de daños y perjuicios por causa de afectaciones ambientales. La regulación antes citada puede conducir a pensar que esencialmente cuando existe afectación ambiental queda excluida la jurisdicción civil de conocer de estos litigios. Sin embargo, ello no debe ser apreciado en esta forma cuando se trata de conflictos de relaciones de vecindad por inmisiones, en que la relación jurídica procesal se entabla entre vecinos y con los requisitos ya antes evaluados en el orden de los derechos subjetivos tutelables, aun cuando se evalúen los daños o molestias que trascienden al medio ambiente como parte de los intereses a proteger, resulta la tutela al derecho de dominio y otras titularidades su finalidad. En este caso, el cauce procesal debe ser en un proceso ante la Sala Civil del Tribunal Popular correspondiente, a partir de que la pretensión va dirigida a restablecer el estado de cosas al goce pacífico o a reparar las afectaciones sufridas por el uso desmedido que hace el vecino, la tutela del medio ambiente como ya antes se dijo es indirecta y secundaria y no puede convertirse en el punto central que determine el objeto del proceso y la jurisdicción. Cuando por el contrario el proceso se sustente con base en el derecho subjetivo a un medio ambiente sano y en los preceptos que autorizan la legitimación activa a quien esté personalmente afectado por un daño ambiental, a tenor de los artículos 70 y 71 de la Ley 81 corresponde a las Salas de lo Económico resolver estos conflictos.

Sencillamente esta es una alternativa para el afectado, que debe seleccionar la vía a seguir a partir de la afectación sufrida (daños o perturbaciones) y las posibilidades de obtener un resultado favorable (acción negatoria, responsabilidad por inmisiones o responsabilidad ambiental). El Decreto-Ley 223 no asimila al procedimiento económico estos conflictos, pudiera suceder que si en el futuro se dictase una ley de responsabilidad ambiental u otro tipo de disposición que los subsumiese de manera expresa se excluyesen de las relaciones de vecindad casos como las inmisiones industriales, que trascienden nocivamente al medio ambiente, pero en las actuales circunstancias el estado legislativo no proporciona una interpretación diferente.