

# **LOS DAÑOS PUNITIVOS POR DERRAMES PETROLEROS: UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

## **PUNITIVE DAMAGES FOR OIL SPILLS: A LOOK FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW**

Miguel Ángel Bolaños Rodríguez  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Lima - Perú  
mbolanos@pucp.pe  
<https://orcid.org./0000-0001-5317-108x>

TANNEN

¡Te equivocas! Verás, estaba sobre el caballo... cuando la perdió, y salí despedido. Y eso hizo que destrozara una buena botella de «Kentucky Redeye». Según creo yo, herrero... me debes 5 dólares por el whisky, y ¡75 dólares por el caballo!

MARTY

Esos son los 80 dólares.

DOCTOR BROWN

Mira, si tu caballo perdió la herradura, ¡tráelo de nuevo y lo arreglo!

TANNEN

¡Pero tuve que matar a ese caballo!

DOCTOR BROWN

Ese ya es tu problema, Tannen.

TANNEN

¡Te equivocas! Es tuyo.

*Volver al futuro III* (Zemeckis, 1990)

### **RESUMEN**

Ante las dificultades de realizar una adecuada indemnización por el daño ambiental a causa de derrames petroleros, el artículo presenta el tratamiento de la responsabilidad civil frente a tales daños, y resume la experiencia norteamericana en el caso de daños ambientales por derrames de petróleo por medio de los daños punitivos. Asimismo, mediante el Análisis Económico del Derecho, se presenta la evaluación sobre la eficiencia de los daños punitivos en materia de indemnizaciones por daños ambientales a causa de derrames petroleros frente a las sanciones administrativas por daños ambientales.

## **PALABRAS CLAVE:**

Responsabilidad civil / daños punitivos / derrames petroleros / daños ambientales / sanciones ambientales / sanciones administrativas

## **ABSTRACT**

Given the difficulties of making an adequate compensation for environmental damage caused by oil spills, this article presents the treatment of Law of Torts and summarizes the American experience in the case of environmental damage caused by oil spills through punitive damages. Likewise, through an *Economic Analysis of Law*, the evaluation of the efficiency of punitive damages in terms of compensation for environmental damage due to oil spills is presented and compared to administrative sanctions for environmental damage.

## **KEYWORDS**

Tort law / punitive damages / oil spills / environmental damage / environmental sanctions / administrative sanctions

## **I. INTRODUCCIÓN**

En *Volver al futuro III* (Zemeckis, 1990), Marty MacFly viaja al pasado, a «Hill Valley» del año 1885, donde su amigo, el Doctor Emmet Brown, trabajaba como herrero. Este último había puesto el herraje al caballo de Buford «Mad Dog» Tannen, un bandido del lejano oeste, y cuando tal herraje se salió de las patas del caballo y este lanzó al suelo al bandido con su botella de whisky, el iracundo Mad Dog (Perro Rabioso) mató a su caballo por tal osadía.

Desde antaño, ha sido una tarea legal solucionar este tipo de disputas sobre la responsabilidad y los alcances de la misma. En nuestro tiempo, la reparación del daño es lógica y normal. Sin embargo, existe controversia sobre los alcances del daño y su indemnización. El caso de *Volver al futuro III* es sencillo, porque existen daños ciertos y la posible indemnización (cambio de herradura, el whisky y el caballo), pero nos demuestra la multitud de conflictos que pueden existir en torno a la responsabilidad civil.

Ciertamente, existen situaciones en las que el daño es inconmensurable, como sucede con los derrames petroleros. Recientemente, hemos sufrido uno en las costas peruanas. El ambiente, compuesto por flora y fauna silvestre, se afecta ¿Cómo se cuantifica el daño? ¿Cuál es el costo social? ¿Cómo establecer la indemnización? Los daños ambientales son complicados en cuanto al alcance del daño y su indemnización.

Ciertamente, en ningún caso, incluido los derrames petroleros, la reparación del daño puede ser ilimitada. Para unos, el límite será el daño mismo (daño resarcitorio), pero, para otros no será solo el daño, sino que también abarcará un monto, a manera de penalidad (daño punitivo); mientras que para terceros, será una mezcla conjunta de daño resarcitorio y multa administrativa, como lo es nuestro medio.

El presente artículo revisa la alternativa del daño punitivo en materia de daño ambiental para reflexionar sobre el tema y abrir el debate. En este contexto, usaremos las herramientas del Análisis Económico del Derecho, incluido el teorema de Coase, a fin de determinar cuál sería la mejor política legislativa. Analizaremos el costo social del daño ambiental social y la eficiencia de los daños punitivos, en materia de derrames petroleros.

De esta manera, el presente artículo se divide de la siguiente manera: el segundo capítulo expone los principales conceptos del derecho de daños. Seguidamente, el tercer capítulo desarrolla los daños punitivos en el paradigmático caso: *Exxon Valdez*. Finalmente, el cuarto capítulo presenta

el Análisis Económico del Derecho sobre los daños punitivos aplicados a daños ambientales por derrames petroleros.

## 2. TEORÍA DE DAÑOS

El daño es el epicentro de la responsabilidad civil: si antes se afirmaba que no había responsabilidad sin culpa, ahora se asegura que no hay responsabilidad sin daño. Tan importante es que algunos denominan, con mucho acierto, la responsabilidad civil como «derecho de daños» (Taboada Córdoba, 2001, pág. 29; Vásquez Ferreyra, 1999, pág. 45).

### 2.1. Elementos del daño

El daño es la lesión ilegítima al interés jurídicamente tutelado como patrimonio (bienes, derechos, créditos, valores económicos o patrimoniales) o persona (vida, integridad, libertad, igualdad o dignidad) o su relación social (libre desarrollo personal) producida por acto antijurídico (Taboada Córdoba, 2001, págs. 29-30). De esta manera, el daño indemnizable reúne los siguientes requisitos: 1. atribución; 2. certidumbre; 3. subsistencia; 4. antijuridicidad. Las mismas que revisaremos a continuación.

#### 2.1.1. Factor de atribución: subjetivo y objetivo

El factor de atribución distingue tanto al responsable, que no necesariamente es el autor, como también al titular del interés lesionado, que tampoco es esencialmente el afectado. El resarcimiento del daño significa liberar a la víctima del «peso económico del daño» y atribuírsela, justificadamente, al responsable (culpable, causante y empleador, dueño del animal, asegurador, entre otros), mediante un criterio de imputación, sea subjetivo o sea objetivo (De Trazegnies Granda, 2001, pág. 48; Espinoza Espinoza, 2002, pág. 29; Tamayo Jaramillo, 1999, pág. 12).

En primer lugar, el factor de atribución subjetivo entiende que todo agente que actúa en libertad debe asumir las consecuencias de sus actos, incluso los daños causados por su malicia (dolo) o culpa (negligencia, imprudencia o impericia) (De Trazegnies Granda, 2001, pág. 48). De esta manera, se entiende que el daño se puede causar con intención o sin intención. Un daño intencional se denomina «daño doloso» (Tamayo Jaramillo, 1999, pág. 23). En cambio, el daño no intencional se denomina «daño culposo». La culpa puede ser abstracta o concreta. La culpa *in abstracto* crea un *standard* jurídico que es un modelo ficticio que define la conducta dañosa en base a un término medio entre el hombre totalmente negligente y el exquisitamente escrupuloso, como el *bonus pater familias* o el *reasonable man* (De Trazegnies Granda, 2001, pág. 50).

Por otro lado, la culpa *in concreto* se basa en las características del sujeto (físicas e intelectuales) en sus tres presentaciones: negligencia (omisión del deber de cuidado al no prever lo previsible o confiar que no se produzca), impericia (escasez de conocimientos técnicos, experiencia y habilidad) e imprudencia (actuar insensato sin tomar precauciones).

La culpa concreta puede ser por acción u omisión. La primera acepta niveles de gradualidad, según sea la diligencia omitida: grave o inexcusable (olvida el cuidado de casi toda persona), leve (descuida el esmero de la mayoría de personas) y levísima (relega la atención de solo las personas «excepcionalmente prudentes y cautas»). La segunda, es la acción diferente a la esperada por el ordenamiento legal.

En segundo lugar, el factor de atribución objetivo analiza la creación del riesgo o del peligro, así como la licitud del riesgo. De esta manera, quien ejerce una actividad lícita para beneficio propio y crea con ello un riesgo o un peligro, entonces, está obligado a responder por los daños causados por dicha actividad lícita, aun cuando actúe con diligencia, pericia y prudencia.

### 2.1.2. Certidumbre: fáctica y lógica

La certeza se entiende en dos sentidos: fáctica y lógica. La primera, la certeza fáctica es la demostración física del resultado dañoso. Puede ser el hecho cierto actual o posible en el futuro. El daño actual es el perjuicio cierto; eentretanto, el daño futuro es el detrimento que sin duda existirá ulteriormente. Por el contrario, el daño incierto es cuando no existe la seguridad de que la lesión se haya producido o, también, cuando haya duda si vaya a producirse en el futuro (Espinoza Espinoza, 2002, pág. 330).

La certeza lógica se refiere al nexo causal entre los hechos del dañador y el daño de la víctima. Existen varias teorías para determinar el origen del daño: 1. causa remota o *sine qua non*, por que retrocede *ad infinitum*; 2. causa próxima: es la causa inmediata más cercana; 3. causa adecuada: es la que normalmente produce el daño (Mosset Iturraspe, 2004, pág. 358) (Taboada Córdoba, 2001, pág. 76 y 77); 4. causa probable: divide el monto de la reparación entre los posibles responsables a prorrata de su participación en el mercado o de manera solidaria, cuando no se pueda obtener dicha cuota de mercado.

La causa no imputable supone la ruptura del nexo causal y libera al autor de pagar la reparación, como el caso fortuito y fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero, el hecho propio de la víctima. El caso fortuito y fuerza mayor son acontecimientos extraordinarios (no típicos), cognoscibles (hecho notorio o público), pero imprevisible o previsible pero inevitable o insuperable (Vásquez Olivera, 2002, págs. 90-91) (Alterini, 1979, pág. 101 y 102) (De Trazegnies Granda, 2001, pág. 330; Espinoza Espinoza, 2002, pág. 142).

Recordemos que para «Mad Dog», el herrero le debía la botella de whisky (\$ 5) más el caballo (\$ 75). Buscaba la causa remota. En cambio, el Doctor Brown al sostener que solo debía cambiarle el hierro al caballo, utilizaba la causa adecuada. La causa inmediata de la muerte del caballo es que «Mad Dog» lo mató y ello es un hecho determinante de la propia víctima, no susceptible de ser reparado. Beber y cabalgar es una violación del deber de cuidado, por lo tanto, la pérdida del whisky es hecho propio de la víctima.

### 2.1.3. Subsistencia del daño

La finalidad de la responsabilidad civil es lograr que la víctima obtenga la reparación exacta del daño. Etimológicamente, la palabra «responsabilidad» proviene del latín *respondere* que significa «reponer el equilibrio». En efecto, el resarcimiento nivela los intereses en la medida en que fueron perjudicados. Por tanto, el daño subsiste mientras no se devuelva el equilibrio y sea insuficiente lo indemnizado (Josserand, 1951, pág. 326; Espinoza Espinoza, 2002, pág. 37).

### 2.1.4. Antijuridicidad del daño: el daño injustificado

Los valores y principios del sistema jurídico son protegidos por las normas jurídicas prohibitivas, obligatorias y facultativas. Por lo tanto, quien ejerce su propio derecho (utiliza normas facultativas) o quien cumple con su deber (cumple una norma obligatoria) o cumple una norma prohibitiva, no daña a nadie y como tal no puede ser obligado a indemnizar a otro. Solo el daño injustificado origina la obligación de resarcir.

Por otro lado, frente a un peligro actual o inminente, la contravención de una norma prohibitiva está justificada solo si es para proteger valores o principios del mismo nivel (legítima defensa) o de mayor jerarquía (estado de necesidad). Por este motivo, existen tres formas de daños justificados que son los siguientes: ejercicio regular de un derecho propio, legítima defensa y estado de necesidad (Díez-Picazo, 2000, pág. 303).

## **2.2. Clasificación de daños**

Los daños se clasifican en daños patrimoniales y daños personales. El daño patrimonial es la lesión al patrimonio de la víctima que comprende: 1. daño emergente: todos los gastos para la recuperación del perjuicio sufrido; y, 2. lucro cesante: ganancia frustrada a raíz del daño. Los daños personales lesionan intereses jurídicos de la persona como ser biosicosocial. En este contexto, los daños personales pueden ser de dos tipos: «daños a la persona» y «daño moral» (Cárdenas Quiroz, 1998, pág. 202).

Los daños a la persona se componen de los siguientes daños: 1. daño biológico: lesiones a la integridad física (fracturas, esguinces, ablaciones, reducciones); 2. daño a la salud: disminución funcional de los sistemas corporales que afectan la integridad física (dificultad para desplazarse) y mental (autoestima baja, estrés postraumático, imposibilidad de concentrarse); 3. daño a la libertad o al proyecto de vida: arruina la libertad de realizar sus propias aspiraciones (Fernández Sessarego, 2000, págs. 10-15).

Por otro lado, el daño moral conocido como «precio del dolor» (*pretium doloris*) es interno y externo. El daño moral interno es todo sufrimiento íntimo (*in iure proprio* de la víctima), aflicción de sus esferas sentimental y emocional (ansiedad, angustia, resentimiento, amargura, preocupación, frustración y otros). Por otro lado, el daño moral externo o «daños reflejos» se refieren al dolor de sus familiares (parientes próximos y dependientes económicamente) (Espinoza Espinoza, 2002, págs. 161-162).

## **2.3. Pluralidad de finalidades de la responsabilidad civil**

La responsabilidad civil puede servir para cumplir diversos propósitos. La finalidad «resarcitoria» busca compensar el daño causado en la misma proporción en que fue causado. En cambio, la meta «equitativa» busca distribuir el costo del daño, el perjuicio producido se convierte en límite de la responsabilidad, todo desembolso por encima del perjuicio causado constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado (Fernández Cruz, 2001) (Franzoni, 2001, págs. 199-201).

Por otro lado, con la finalidad «disuasoria», se desalienta comportamientos futuros del mismo acusado (prevención específica) o de otros (prevención general). La punitiva sanciona la negligencia intolerable. En nuestro medio, se rechaza la idea de que la responsabilidad civil disfrute de una función punitiva (García Matamoros & Herrera Lozano, 2003, pág. 211 y 213) (De Cupis, 1975, pág. 753).

## **3. DAÑOS PUNITIVOS EN EL CASO EXXON VALDEZ**

### **3.1. El tort law en el common law: los punitive damages**

En el derecho de daños (*tort law*) del *common law*, hay dos tipos principales de «daños» (*tort*): los compensatorios y los punitivos (*punitive damages*). Los «daños compensatorios» cumplen la función compensatoria y son los daños actuales, reales y existentes que el demandante debe probar. En cambio, los «daños punitivos» cumplen una función punitiva y son sumas de dinero que el dañador, como castigo, paga a favor de la víctima.

Esencialmente, los daños punitivos castigan la conducta del dañador y desalientan comportamientos similares en el futuro. Se otorgan a solicitud de parte y se añaden a los daños compensatorios. Este monto es diferente y adicional a la compensación «plena» del daño. Mientras más negligente es la conducta, mayor será el daño punitivo (Fleming, 1998, págs. 271-272).

Por este motivo, suelen denominarse como «daños vengativos» (*vindictive damages*) o «daños ejemplares» (*exemplary damages*) por cuanto funcionan como «pena civil» pues persiguen castigar, penalizar, enseñar o disuadir al dañador de realizar conductas similares en el futuro. Asimismo, buscan desanimar a quienes pretendan seguir ese ejemplo (Prosser, 1971, pág. 9).

Al momento de otorgar daños punitivos, los jueces del *common law* consideran elementos de forma y fondo. En las cuestiones de forma, consideran las pruebas presentadas la víctima y los daños punitivos anteriores basados en el mismo acto ilícito. En las cuestiones de fondo, evalúan lo siguiente: 1. la conducta del dañador; 2. la situación económica del dañador; 3. el daño: impacto, duración, gravedad y peligro para el público.

El elemento principal del análisis es la conducta del dañador en tres momentos: 1. antes, el motivo (rentabilidad), el medio (empleados), la oportunidad (conocimiento o consciencia del peligro); 2. durante, acciones ilícitas por dolo (malicia, fraude o prepotencia) o culpa grave (negligencia, imprudencia e impericia con total indiferencia por las consecuencias); 3. después del daño, actitud de enmienda y de (medidas correctivas sin ocultamiento) (García Matamoros & Herrera Lozano, 2003, pág. 213).

En resumen, los daños punitivos son los costos de negligencia gravísima y repudiable del dañador que superan toda ganancia obtenida por la conducta dañosa. Aparecen ante pruebas (claras y convincentes) que demuestren la negligencia gravísima o dolosa del dañador. Al contrario, no se usan ante sucedáneos de los medios probatorios (indicios o presunciones), ni aplican para culpas leves.

Los *punitive damages* estadounidenses hunden sus raíces en el *common law* británico, que se basa en el antiguo Derecho Romano. Efectivamente, durante los primeros cuatro siglos de nuestra era, el Imperio Romano invadió las tierras britanas. Los siglos posteriores convirtieron las leyes romanas en usos y costumbres y así se conservan (García Matamoros & Herrera Lozano, 2003, pág. 212).

Como podemos observar, los daños punitivos se centran en la culpabilidad del autor. En cambio, por nuestros lares, como hemos visto en el segundo capítulo del presente artículo, la responsabilidad civil no se basa en la culpa sino en el daño. Ello significó perder grandes beneficios. Por ende, la importancia de una institución no es su trasfondo dogmático sino la satisfacción de necesidades.

### **3.2. Alaska bajo cero: el auge del petróleo**

Alaska, el 49° estado de los Estados Unidos, posee duras condiciones de vida. Sin embargo, su economía creció cuando descubrieron yacimientos petrolíferos en su suelo. A partir de 1974, años de la dimisión de Richard Nixon, comienzan a construir el oleoducto Trans-Alaska de 1269 km, desde la bahía Prudhoe hasta el puerto de Valdez, desde el cual partió el superpetrolero *Exxon Valdez*.

Un «petrolero» es un buque cisterna creado para trasladar crudo, a los de mayor capacidad se les denomina «superpetroleros». Algunos son monocasco y otros «doble casco». El casco es la barrera de separación entre los tanques y el mar. Normalmente, un superpetrolero transporta dos millones de barriles (el más grande superpetrolero podía transportar 4,2 millones de barriles).

En 1984, entró en funcionamiento el superpetrolero monocasco Exxon Valdez con capacidad de 1,48 millones de barriles de crudo, propiedad de Exxon Shipping Company (en adelante, «Exxon»). De manga semejaba a un estadio de fútbol con sus graderías y de eslora igualaba a tres estadios situados uno al lado del otro. Su calado era como un edificio de ocho pisos hundidos.

Exxon era una corporación petrolera descendiente de *John D. Rockefeller Corporation*. En efecto, en 1870 el magnate John Davison Rockefeller fundó la empresa *petrolera Standard Oil*. Luego de unos años, por medio de una serie de arreglos, integró la industria vertical y horizontalmente. Por este motivo, fue declarada monopolio en virtud de la Ley Antimonopolios (*Ley Sherman Antitrust*). En 1911, la desmembraron, dividiéndola en 34 empresas. Dos de ellas fueron: Standard Oil of New Jersey (en breve, «Jersey Standard») y *Socony-Vaccum Oil* (simplemente, «Socony»).

Posteriormente, en 1959, *Jersey Standard* adquiere *Humble Oil and Refining Corporation* y forman en 1973 la compañía *Exxon Corporation*. A fines de los ochenta, con ventas de \$ 80 mil millones anuales, es una de las más grandes compañías de los Estados Unidos. A fines de los noventa, *Exxon Corporation* se unió a *Socony* para dar lugar a *ExxonMobil* (su marca más conocida: Mobil).

### **3.3. El caso Exxon Valdez: El Titanic del petróleo**

En 1912, *El Titanic* era el barco más grande del mundo. Orgullosa, realizaba su primer viaje del viejo al nuevo mundo cuando chocó con un iceberg y se hundió para siempre en las aguas heladas del Atlántico. Abrigaba, entre otros desperfectos, una insuficiente cantidad de botes salvavidas, lo que arrastraría a la muerte trágica a casi 1500 personas. En 1989, el encallamiento del Exxon Valdez en Alaska fue el primer gran desastre medioambiental en los Estados Unidos.

En el invierno de Alaska, la temperatura cae a -46 °C. El inicio de la primavera marca un cambio brusco de temperatura, con máximas de 12 °C. Los témpanos se desprenden y van al mar. El 23 de marzo de 1989, el *Exxon Valdez* zarpó del puerto de Valdez. A fin de esquivar los témpanos de hielo, necesitaba la participación de todo el personal (21 personas). Sin embargo, el capitán estaba ebrio y dejó a sus subalternos a cargo, con el piloto automático encendido (Bou Franch, 2005, pág. 193).

Durante horas, los tripulantes no tuvieron problemas; pero, de pronto, se percataron de que un gigantesco iceberg estaba cerca. Decidieron maniobrar en manual el petrolero. Tomaron el timón y viraron, pero se olvidaron que el radar no funcionaba y pensaban que el barco no respondía al timón, porque el radar mostraba la misma ubicación. De esta manera, cuando volvieron a virar el radar seguía sin dar señal de movimiento (Skinner & Reilly, 1989).

Al no saber la ubicación en la que estaban, fueron a despertar al capitán. En ese momento, el petrolero chocó con el arrecife, en Prince William Sound. En apenas cinco horas, el *Exxon Valdez* derramó más de 11 millones de galones de petróleo (80% de la carga) que se expandieron por más de 2000 km de costa (Llorente Gómez de Segura, 2008).

### **3.4. Las acciones civiles: pruebas del desastre**

Los gobiernos de los Estados Unidos y de Alaska solicitaron \$900 millones como daños compensatorios y, las partes civiles \$303 millones de compensación contra Exxon. Los juicios se multiplicaron y fueron tan numerosos que, finalmente, fueron reunidos en uno solo. En este litigio, logró demostrarse que el Directorio de Exxon había discutido sobre la posible implementación del sistema de contención de derrames petroleros, pero luego de proyectar números, tal implementación comprometía millones de dólares en equipos de contención de derrames. Aunque la ley lo exigía, la empresa hizo caso omiso y confió en que no pasaría ningún tipo de accidente (negligencia).

Asimismo, en el *Exxon Valdez*, los radares estaban malogrados desde el año anterior. Por otro lado, el capitán estaba ebrio y el personal no tenía la suficiente experiencia para su manejo, más aún en un deshielo debido a la primavera, era importante contar con un radar que pudiera vislumbrar el peligro. Aunque, la reparación del sistema de radares fuera costosa, frente al daño causado, tal

costo resultaba ser mínimo. Por lo tanto, significa un absoluto desprecio por las consecuencias (negligencia grave).

Además, se demostró que el capitán del barco tenía un largo historial de abuso de la bebida alcohólica. A pesar de ello, Exxon lo mantuvo al mando del barco que transportaba millones de galones de crudo, por unas aguas donde se necesita de la pericia (impericia). Posteriormente, al producirse el derrame y para poder controlarlo y medir la calidad de agua y el «petróleo en agua», los laboratoristas declararon que fue el Directorio de Exxon quien ordenó que los análisis sean sobre agua limpia de mar. Asimismo, les ordenaron botar los baldes de agua contaminada.

De igual manera, logró probarse que la lista de los integrantes del grupo de emergencia entregada por Exxon para enfrentar los posibles derrames (obligatorio por ley), ninguno tenía idea alguna de cómo operar en caso de emergencia. Por lo tanto, dicha lista era solo un papel. Las empresas petroleras, en Estados Unidos, adiestran a los nativos de la zona para que estos puedan actuar ante posibles desastres medioambientales. La idea es contar con personal capacitado del lugar para que pueda actuar inmediatamente, en caso de emergencia. Sin embargo, la responsabilidad no la asume el funcionario que recibe el papel sino Exxon (fraude) (Azahares Ferreira & Salvador Benítez, 2012).

Frente a estas pruebas, el jurado sentenció daños compensatorios de \$507,5 millones de dólares. Posteriormente, los habitantes de Alaska demandaron a Exxon por daños punitivos. En primera instancia, la Corte de Alaska condenó a Exxon por daños punitivos por la suma de \$5 mil millones. Luego, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito lo redujo a la mitad: \$2,5 mil millones. El pleito acabaría en manos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Carson, y otros, 2003).

### **3.5. Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos: la *ratio* uno a uno**

Conforme a los precedentes norteamericanos, los daños punitivos pueden ser conocidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante, «Corte Suprema») en casos en los que se alegue «enormidad» de daños punitivos. Por este motivo, la Corte Suprema conoce del caso y ensaya que el problema no son los daños punitivos porque existen desde la antigüedad. Aunque, sus raíces residen más en las leyes inglesas del siglo XVIII, se aceptan en los tribunales estadounidenses desde mediados del siglo XIX.

Los daños punitivos se aceptan ampliamente en Estados Unidos como formas de sancionar y disuadir conductas dañinas. En efecto, se aplican los daños punitivos como parte del *common law*. Algunos jueces lo otorgan, mientras que otros ni siquiera lo conceden aun cuando lo permite la ley. Su tratamiento varía en cada uno de los Estados, algunos los limitan mediante topes monetarios o una proporción máxima respecto a los daños compensatorios, o una combinación de ambos. Ciertamente, se aplican y la costumbre desaconseja prohibirlos.

El verdadero problema, observa la Corte Suprema, es la «imprevisibilidad» de los daños punitivos. El monto de los daños punitivos siempre es incierto. No se consolida un monto ideal o una proporción estándar que se ubique en el nivel óptimo entre la sanción y la disuasión. En este contexto, la imprevisibilidad de los daños punitivos vulnera el debido proceso. Una sanción justa debe ser razonablemente predecible.

La Corte Suprema considera tres enfoques para otorgarle previsibilidad a los daños punitivos para desastres marítimos: 1. introducir fórmulas expresas con requisitos para su imposición; 2. instaurar topes monetarios; 3. instituir una *ratio*. Respecto de la primera alternativa, el Tribunal Supremo entiende que complicaría su aplicación. Los topes punitivos corresponderían siempre que fueran agravios «estándar», pero no lo son. La mejor alternativa, para ellos, es implantar una proporción cuantitativa entre los daños punitivos y los daños compensatorios.

La proporción adecuada no debe ser apriorístico, sino que debe basarse en la experiencia, mediante una razón o múltiplo al igual que se pagaban daños múltiples (doble, triple, cuádruple). Por lo que, al sumar los daños punitivos y los daños compensatorios de sentencias anteriores, la media aritmética de esa suma es similar a 1:1, lo que significa que, en relación a la media aritmética, la indemnización compensatoria iguala la sanción punitiva. En consecuencia, el Tribunal considera que esta proporción de 1:1 es un límite superior justo para catástrofes navales.

Al aplicar este estándar al presente caso, entonces se podía determinar cuándo un daño punitivo es excesivo. De acuerdo a esta ratio, los daños punitivos contra Exxon fueron excesivos. Según las circunstancias del caso, los daños punitivos debieron limitarse a una cantidad igual a la indemnización daños y perjuicios (ratio de 1:1) debido a la conducta de Exxon que no buscó aumentar sus beneficios ni tampoco actuar con ánimo de causar daño. Además, que Exxon gastó \$ 2,1 mil millones en la limpieza de las aguas.

La decisión fue tomada en mayoría y no por unanimidad. Por lo que es precedente que el monto máximo de los daños punitivos no supere a los daños compensatorios. En resumen, los daños punitivos debían reducirse a la quinta parte, de \$ 2,5 mil millones a \$507,5 millones que era el monto por concepto de daños compensatorios (Exxon Shipping Co. et. al. v. Baker et al., 2007).

#### **4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE DAÑOS**

##### **4.1. Aportes: el método económico**

Los orígenes del Análisis Económico del Derecho, conocido como *Law & Economics* o *Economics of Law*, se remontan a los años sesenta y se ubican en la Universidad de Chicago con Ronald H. Coase (Coase, 1961) y se extienden a la Universidad de Yale con Guido Calabresi (Calabresi, 1961). Años más tarde, aparecen Gary S. Becker (Becker, 1987) y Richard A. Posner (Posner, 1998). Luego de lo cual surge una explosión de autores (Roemer, 1994, pág. 4).

El Análisis Económico del Derecho es una metodología que aplica el método económico al análisis del Derecho. No reemplaza la argumentación jurídica por el razonamiento económico, sino que complementa ambos para entender las instituciones jurídicas. El método económico asume que las personas son racionales y, por ende, buscan maximizar sus beneficios dadas sus restricciones presupuestales y preferencias (Cooter & Ulen, 1998, pág. 11).

El método económico utiliza modelos que sirven para predecir el comportamiento de las personas ante determinada ley, previendo sus efectos (deseados y no deseados). Por ende, al aplicar la teoría económica, el Derecho se explica y se vuelve predictivo. Básicamente, permite conocer el impacto de las leyes en la sociedad y provocan incentivos o desincentivos en la conducta de las personas.

##### **4.2. Mercado: escasos de recursos ante necesidades ilimitadas**

El Derecho y la Economía son ciencias sociales que ofrecen instrumentos para remediar los problemas de satisfacción de necesidades. Vivimos en un mundo de recursos escasos y necesidades ilimitadas. Ello origina rivalidad entre las personas. Sin reglas de protección de los derechos, viviríamos en guerra de todos contra todos. El Derecho existe para asignar titularidades y proteger derechos.

El mercado permite la satisfacción de necesidades y racionaliza el consumo de los recursos escasos. El individuo satisface sus necesidades a través de intercambios. En este contexto, el precio refleja la oferta y la demanda por lo que informa sobre el valor social de los bienes (Bullard Gonzalez, 1996). Aunque los mercados no son perfectos porque, aparte de poseer costos de transacción que

pueden imposibilitar las relaciones comerciales, conservan fallas como el monopolio, las asimetrías de información, los bienes públicos, los costos de transacción y las externalidades. El Estado debe intervenir ante las imperfecciones del mercado.

#### **4.2.1. Indemnización: internalizar las externalidades**

Las externalidades son los costos o perjuicios recibidos por personas que no los han generado. Así, el derrame petrolero es un perjuicio para los pescadores (externalidad negativa), mientras que para los equipos de limpieza del mar y para los abogados es un beneficio (externalidad positiva). Los costos de limpieza en el caso Exxon fueron calculados en \$2.1 mil millones mientras que los costos de abogados se calcularon en \$1.3 mil millones.

La solución es la internalización de estas externalidades. En este contexto, el Estado participa mediante la emisión de normas legales sobre responsabilidad civil. De este modo, la indemnización es la internalización de externalidades. Por este motivo, se considera la responsabilidad como el sometimiento a las consecuencias dañinas de la propia conducta. Desde luego, al ocasionar el daño ambiental por medio de un derrame, las petroleras deben asumir el pago de las externalidades creadas. La internalización tiene una naturaleza compensatoria.

#### **4.2.2. Bienes públicos: evitar la tragedia de lo común**

Los bienes públicos son bienes sin consumo rival, no se deja menos para otro consumidor. Asimismo, no se puede excluir a alguien de su uso. De esta manera, el mar como ambiente es un bien público. Sin embargo, su contaminación por petróleo elimina sus características de no rivalidad, por cuanto el petróleo impide el desarrollo de la vida marina, tanto en flora y en fauna. Asimismo, el derrame de petróleo excluye su uso. Por este motivo, para solucionar la falla, el Estado actúa como titular de la acción civil. De lo contrario, sucedería la tragedia de lo común.

En efecto, los primeros colonos encontraron animales en cantidades exorbitantes. Sin embargo, como eran libres y no pertenecían a nadie, fueron extinguidos por la sobre explotación: dodo, vaca marina, rinoceronte negro, entre otros. Frente a este tipo de pérdidas, el Estado asume el control de los bienes públicos, como sucede con los osos pandas chinos que son protegidos con normas de inalienabilidad: se sanciona fuertemente la caza de un oso panda. De igual manera, el Estado protege la ecología frente a daños. Caso contrario, la fauna y la flora se extinguirían.

#### **4.2.3. Monopolios: descentralizar las decisiones**

Los monopolios concentran el mercado y generan incentivos para abusar de dicho poder. Los mercados pueden integrarse de manera vertical (actividades complementarias) u horizontalmente (competencia directa). Las empresas petroleras usualmente se integran para reducir sus costos. En este contexto, los monopolios pueden abusar de su poder de mercado y afectar los precios (que para nuestro caso son los daños punitivos). En el caso Exxon, la integración fue demasiado lejos, por ello, uno de los jueces supremos Samuel A. Alito tuvo que inhibirse ya que formaba parte de Exxon.

En este escenario, el ambiente carece de propietarios, por lo que el Estado asume dicha protección. El Estado debe proteger monopólicamente los recursos naturales frente a daños ocasionados por privados. A fin de evitar un abuso de la posición de dominio del Estado, decidir el monto de la reparación no debe ser facultad del Poder Ejecutivo. Al contrario, los tres poderes de Estado deben participar. El legislativo mediante creación de normas de responsabilidad civil (preferentemente incluir daños punitivos); asimismo, el Poder Judicial, pues el monto por daños debe ser impuesto luego de un debido proceso.

Deben prohibirse acuerdos entre el Poder Ejecutivo y las empresas, porque existen costos de transacción bajos que pueden ser contrarios a los intereses públicos. Al ser el Estado el titular, podría facilitar acuerdos con montos ínfimos para que no se prosiga ninguna otra acción estatal. En el caso *Exxon Valdez*, varias entidades regionales o locales intentaron pactar montos pequeños con la petrolera para no seguir el juicio. Sin embargo, no fueron aceptados por los juzgados.

#### **4.2.4. Asimetrías de información: costear la seguridad**

Usualmente, una parte disfruta de mayor conocimiento que la otra. Es normal este desequilibrio de información. Cuando sucede un derrame, quien maneja la información de primera mano es la petrolera. El mejor escrutinio lo goza el capitán del petrolero. El costo de los derrames petroleros, como toda actividad ilícita, depende de tres factores: la probabilidad de ser descubierta, la posibilidad de ser condenado y la magnitud de la sanción.

Frente a esta situación, mientras sean bajas tanto las probabilidades de descubrirse el derrame como de ser condenado y la magnitud del castigo, entonces guardarán mayores incentivos para cometer la conducta no deseada socialmente: como, por ejemplo, recortar costos de seguridad que deben prevenir los derrames. Si es probable que sea descubierto (0.8) pero es difícil que sea castigado (0.2) con un monto reducido (\$100). Tenemos que el incentivo es de \$16. Por otro lado, bajo las mismas condiciones, pero con un monto altísimo (\$1000). Este nuevo incentivo es de \$160.

En este contexto, la asimetría de información entre las empresas y los fiscalizadores o los afectados por los daños indica que la mejor solución es que el castigo sea elevado. Por este motivo, montos estándares como una multa administrativa o montos bajos como la compensación de daños impiden que sea un aliciente para que las petroleras prevengan daños ambientales. Lo mejor, son los daños punitivos.

#### **4.3. Teorema de Coase: los costos de transacción**

Recordemos que «Mad Dog» consideraba que el herrero le debía la botella de whisky (\$5) más el caballo (\$75). En total, \$80. Mientras que el Doctor Brown sostenía que solo le debía el cambio del herraje. Como vemos, aquí hay solo dos formas de ver los daños. Una en la que solo se ve la consecuencia directa, mientras que la otra va más allá, pero que también podrían ser consecuencias del daño.

Suele suceder que cada uno tiene una forma de cómo pueden resarcirse los daños. A fin de solucionar esta disputa entre dos partes, el teorema de Coase enseña que la mejor manera es establecer criterios mediante normas de responsabilidad civil para indemnizar el daño. Una negociación en tales extremos, como la de Tannen y el Doctor Brown, es casi imposible (costos de transacción altos).

El teorema de Coase es fácil y sencillo: cuando los costos de transacción son altos o exorbitantes, la mejor decisión procederá de una decisión imparcial y previa como es la ley; pero, si los costos de transacción son bajos o inexistentes, la mejor decisión se alcanzará mediante un acuerdo entre los involucrados.

En el derecho de daños, la posibilidad de llegar a un acuerdo post accidente es casi imposible. Por lo tanto, la mejor solución es instituir reglas para prefijar la responsabilidad del causante. Como vimos antes, el derecho de daños se enmarca en una situación de costos de transacción altos. Al mismo tiempo, la responsabilidad civil se basa en los bienes jurídicos lesionados. En este caso, si los bienes están en el mercado tendrán una medida cierta de compensación mediante un valor de mercado. Al contrario, si no lo están, entonces se aplican reglas de inalienabilidad que sancionan su transgresión.

Los costos de transacción de los daños petroleros en zonas desoladas (fauna y flora marina coexisten sin presencia humana) son prohibitivos, porque no existen propietarios que reclamen (claro, sin pescadores ni hoteles ni otra actividad económica). Ante estas situaciones, una compensación de daños no sirve, sino una sanción por los daños ocasionados. Al contrario, si existe actividad humana en la zona del desastre ambiental, los afectados solicitarán la compensación de sus daños.

Como vimos arriba, los costos de transacción son prohibitivos (a menos que los peces reclamen), aunado a la imposibilidad de medir el desastre ambiental, la sanción mediante reglas de inalienabilidad y por medio de los daños punitivos, aparece como la mejor alternativa. Por otro lado, en el caso de costos de transacción reducidos, como los daños a la pesca, por ejemplo, los pescadores exigirán como Tannen, el whisky y el caballo, mientras que la petrolera planteará la reposición (limpieza del mar). Por lo tanto, las reglas de compensación son perfectas para solucionar este daño.

#### **4.4. Incentivos y desincentivos: el propio interés**

En este orden de ideas, las normas de responsabilidad civil incentivan o desincentivan conductas dañinas. Las normas pueden crear situaciones eficientes, en tanto y en cuanto logren los objetivos para los cuales fueron dadas. Los incentivos negativos al daño evitan y previenen los daños ambientales por derrames petroleros.

De esta manera, los daños punitivos deben ser examinados con la finalidad de delimitar su efecto disuasivo en la sociedad, tanto específica como general, que permita mejorar el accionar de los agentes dentro del mercado. Como, por ejemplo, en el contexto de la guerra entre Rusia y Ucrania, los petroleros no viajan por dicha zona por el peligro de ser destruidos. Las empresas temen perder sus petroleros y el crudo antes que pensar en el petróleo que se derrama en el mar.

Todas las personas se mueven por intereses personales, por consiguiente, no mandan petroleros por las zonas de guerra no por miedo a que se produzca un desastre ambiental, sino por la pérdida que supondría un medio de transporte y el costo tanto de la embarcación como del producto que transporta. Ello no tiene nada de malo, porque son empresas que maximizan sus beneficios. Lo importante es que este dato debe servir para analizar la mejor solución.

#### **4.5. Derechos de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad**

Conforme a lo señalado por Guido Calabresi, los derechos de propiedad y responsabilidad protegen los bienes que se encuentran en el mercado y tienen un precio. Es decir, si una petrolera daña una embarcación pesquera, entonces se puede revisar su precio en el mercado y se indemniza. Si no lo compra, lo paga. Así funciona la responsabilidad. En cambio, ante bienes que están fuera del mercado, como el medio ambiente, no se puede colocar un monto: no se puede valorar el daño que supone la muerte de una ballena.

En el caso Exxon se pudo medir el costo que supone atender a un cetáceo. Pero ese monto no supone un daño por su muerte. Lo que se mide son los gastos de cuidado y alimentación de los animales afectados. Ante este tipo de situaciones, aparecen las reglas de inalienabilidad. Estas se protegen mediante sanciones como los daños punitivos.

En el mismo sentido, aunque la muerte de millones de salmones, que tienen precio de mercado, pueda ser compensable; sin embargo, cuando se reducen las posibilidades de regeneración de la población del salmón, también se configuran daños inalienables y, como tales, pasibles de ser protegidos mediante daños punitivos. Por lo tanto, el punto de partida de los daños punitivos son las reglas de inalienabilidad.

#### **4.6. La naturaleza de la empresa petrolera**

La utilidad resulta de la resta de los costos menos los ingresos. Como toda empresa, las petroleras maximizan sus beneficios y minimizan sus costos con la finalidad de aumentar sus utilidades. En este sentido, los costos para las empresas petroleras son los siguientes: 1. exploración; 2. explotación; 3. traslado; 4. refinación; 5. venta. Todos estos costos tratan de minimizarlos, para ello, asumen ciertos riesgos y esperan que no sucedan: que el petrolero sucumba en el mar.

Obviamente, procurar que el petrolero sea más seguro implica asumir costos enormes. Normalmente, construir un segundo casco es muy costoso. Una empresa que maximiza sus beneficios no estaría de acuerdo con incrementar sus costos. De esta manera, si una multa es de \$100 y el costo de colocarle doble casco al barco es de \$1000, obviamente, se inclinará a favor de pagar la multa. Pero, si se aplicaran daños punitivos y el monto de estos fuera \$5000, entonces, evidentemente, pagaría un doble casco, porque es una empresa que minimiza sus riesgos.

Por esa razón, está demostrado que, mientras mayores sean los daños punitivos, mayores incentivos tendrá la empresa que maximiza sus beneficios para inyectar dinero con la finalidad de evitarse perjuicios mayores. La situación sería distinta si no se aplicaran los daños punitivos. Adicionalmente, transportar petróleo en el mar incrementa el peligro de derrame. Los derrames petroleros deben ser indemnizados compensatoriamente por responsabilidad objetiva (incremento del riesgo) y ser sancionados con daños punitivos por responsabilidad subjetiva (según el grado de culpa).

Una empresa es negligente por minimizar sus costos, cuando no tiene un plan de contingencia o el plan de contingencia no sirve. Esto sucedió en el caso Exxon Valdez, los nativos de Alaska no tenían preparación para aplicar el plan de contingencia. Ello necesariamente, es parte de los trabajos previos en los que debe invertir toda petrolera. Por lo tanto, pretender minimizarlos debe ser desincentivado. Por eso, está justificada la exigencia legal de dichos planes de contingencia.

Las personas, respecto al riesgo, toman distintas posturas. Unas son adversas al riesgo, lo detestan, otras son amantes del riesgo. Por otro lado, otras son neutrales al mismo. Usualmente, las empresas son neutrales al riesgo por cuanto el albur genera ganancia. La mayoría de las personas son adversas al riesgo. La minoría son amantes al riesgo. Igualmente, las petroleras recortan sus costos. Así sucedió en Exxon, redujeron costos: radar inútil, plan de contingencia sin preparación, capitán alcohólico.

Ciertamente, es normal y previsible que una empresa disminuya costos. Para evitar esta actitud, el Derecho debe sancionar las prácticas que no tengan como norte el cuidado de bienes jurídicos como lo es el ambiente. Por ende, los daños punitivos inciden directamente ante personas neutrales al riesgo, que pueden confiar en que no sucederá ningún incidente y con ello poner en peligro el equilibrio ecológico.

Por consiguiente, un sistema que privilegie los daños punitivos tendrá mayores incentivos para evitar ese tipo de daños. En cambio, un sistema meramente compensativo no genera los suficientes incentivos para mejorar el cuidado. Ello debido a que debe valorarse el daño efectivamente causado para que no se establezca una indemnización en exceso. Aquí el problema es medir la magnitud del daño ambiental.

#### **4.7. Costo social del daño ambiental**

Ciertamente, se puede pensar que el análisis económico de los daños ambientales significa decidir en base al costo del mercado. Por ejemplo, el barril de petróleo estaba en \$200, mientras

que el costo de limpiar el mar de un barril de petróleo asciende a \$1000. Por ende, para una empresa sería conveniente, económicamente, dejar el petróleo en el mar. Pero, justamente, el análisis económico no se trata de eso.

La eficiencia requiere que las empresas petroleras asuman todos los costos de los seguros para evitar derrames petroleros. Si existe una actividad humana, como la pesca, entonces, los pescadores estarían en peligro ante los derrames petroleros. Por lo que los pescadores podrían solicitar que no se autorizaran los viajes de petroleros por las aguas de pesca.

Esta situación sería ineficiente si sumamos todos los costos y todos los beneficios. Los beneficios de los pescadores serán menores al beneficio sumado de las petroleras. Por lo tanto, es eficiente permitir que las petroleras circulen. Pero también, es eficiente que asuman los costos de asegurarse ante posibles derrames.

Sin embargo, cuando se afecta el ecosistema de mamíferos y aves marinas donde no hay actividad humana, los costos de transacción son altísimos. En esta situación, el daño ambiental reclama, a todas luces, que existan normas de responsabilidad y que castigue dicha situación por cuanto no se trata de derechos de propiedad, sino de derechos inalienables. El daño al ecosistema debe ser castigado.

En el caso de Exxon, los pescadores perjudicados fueron 76 personas. Por ese motivo, Exxon estimó que, en caso de ocurrir algún desastre, los daños compensatorios serían mínimos. En efecto, de conocer el impacto del daño, los pescadores estarían dispuestos a costear a la empresa petrolera todos los seguros contra derrames petroleros. Sin embargo, estos costos serían prohibitivos. Por consiguiente, la eficiencia reclama que las petroleras indemnicen a los pescadores por los daños causados. Ello debido a que solo se permite compensar por equivalente y se tiene como límite el daño efectivamente causado.

La compensación del daño es de difícil envergadura en el caso de daños causados por derrames petroleros. Debido a que para ello, se debe conocer el real perjuicio que se ha sufrido. Ello es difícil de considerar. Es difícil recuperar los cuerpos de las aves marinas y los de los demás mamíferos marinos que mueren a causa de los daños ambientales, esto dificulta el cálculo (Roach & Wade, 2006).

Lo normal es quien se causa un daño a sí mismo, corra con sus propios daños. En este caso, no habría ninguna externalidad. De este modo, Exxon al perder millones de galones de petróleo en el mar, tiene costos ciertos: costo del petróleo derramado y además el costo de la reparación del buque; por lo tanto, puede sostener que era un caso fortuito y con ello pretender librarse de la responsabilidad.

Sin embargo, el derrame petrolero genera una serie de externalidades que conforman el costo social. El petróleo afecta a la flora y fauna de la zona afectada; por lo tanto, genera la obligación de internalizar dicho daño. Ergo, las acciones de recuperación del petróleo y limpieza del mar son responsabilidad del causante del daño. Por ende, esos costos son asumidos por la empresa.

El daño ambiental, en el caso Exxon, fue enorme: 250 mil aves marinas muertas, 2800 nutrias, 300 focas, 91 mil aves marinas afectadas y millones de salmones extintos, 23 especies de ballenas (entre las que se encuentran las jorobadas y las asesinas), cantidad de delfines, focas, leones marinos. La actividad pesquera del poblado quebró durante 10 años. El derrame de petróleo de Exxon no es la descarga más grande en la historia de los derrames petroleros en el mundo. Sin embargo, es el de mayor impacto en el ambiente (Bou Franch, 2005, pág. 193).

En un sistema de responsabilidad civil netamente compensatorio, ante un derrame de petróleo en el mar, se debe determinar a las partes: el autor y el afectado. En cuanto al autor, es el propietario de la embarcación. En cambio, los afectados, son los pobladores del lugar, el Estado por la flora y fauna, los pescadores, entre otros. En este sistema, los perjuicios son los siguientes: 1. daño emergente: flora y fauna difícilmente cuantificable porque no son bienes que están en el mercado, 2. lucro cesante: ganancia de los pescadores que no trabajarán en los próximos diez años; 3. daño a la persona: usualmente no existe; 4. daño moral: tampoco existe. Por otro lado, los costos que corresponden al petrolero son los siguientes: remolque, reparación, descontaminación de las aguas.

Sin embargo, el impacto en el ecosistema, como se muestra en el caso Exxon, es abrumante. Por consiguiente, desde el punto de visto del Análisis Económico del Derecho, es perfectamente posible que las conductas negligentes sean castigadas mediante daños punitivos; mientras que las conductas diligentes y aun así se haya causado sean compensadas como responsabilidad objetiva.

#### **4.8. Eficiencia: conociendo la lógica perversa**

La eficiencia puede ser industrial, Pareto o Kaldor-Hicks. La eficiencia industrial es la minimización del desperdicio o utilizar todas las materias primas para producir productos. Así, las empresas petroleras tienen incentivos para ser eficientes. Lograr que cada galón de crudo se convierta en combustible o en alguno de sus derivados. Más eficiencia, más ganancia. Por lógica consecuencia, les importa no desperdiciar ningún galón en el océano. Pero tampoco invertirán en algo que no asegure que el crudo llegue seguro a su destino. Eso significa recorte de gastos.

La eficiencia Pareto, una situación es eficiente cuando no se puede mejorar un lado sin empeorar otro. De esta manera, las petroleras recortarán tanto sus costos hasta que ello no perjudique el traslado del crudo. De esta manera, si el buque presenta fuga, invertirán en arreglarlo. Pero si el buque tiene malogrado el radar, pero no impide el traslado del crudo, no lo repararán. De igual manera, solo renovarán las piezas inservibles. Por ese motivo, contarán con un ducto de traslado hasta el momento que produzca derrames más caros en relación al precio que costaría cambiarlo. Caso contrario, operarán. Debido a que el cambio del tal ducto implica grandes costos que superan el valor de las multas.

Asimismo, la eficiencia Kaldor-Hicks o eficiencia general, que supone sumar todos los costos y sumar todos los beneficios y realizar un análisis de cuál es mayor. Si los beneficios superan a los costos, entonces la decisión es eficiente. De esta manera, frente a las multas administrativas, las petroleras siempre costearán el factor que supone una multa administrativa y, casi siempre, resulta que los costos de las multas son mínimos, pero los beneficios mayores. Por lo tanto, le conviene un sistema de multas administrativas en vez de un sistema de daños punitivos.

Por lo tanto, un sistema eficiente de prevención y de disuasión en relación con los derrames petroleros debe poder combatir esta situación. Por lo tanto, una teoría de la compensación de daños por equivalente o una teoría de la prevalencia de las multas administrativas no generan los suficientes incentivos para que las empresas internalicen dichos costos, por cuanto los beneficios son demasiado altos y sufragan todo este tipo de costos. En consecuencia, debe imponerse un sistema de daños punitivos que incentive a las empresas a invertir en prevención de derrames.

En el caso de Exxon, la Corte Suprema le impuso la ratio de 1:1. Sin embargo, los daños compensatorios fueron de apenas \$507,5 millones. Sin embargo, desde la definición contemplada, al inicio la compensación del daño, involucra el daño emergente y el lucro cesante. De esta manera, en los daños también deben incluirse los del derrame, por consiguiente, si el costo de limpiar el derrame fue de \$2.1 mil millones entonces, debe sumarse este monto al anterior y dar un total de \$ 2.6 mil millones; por lo tanto, ese debió de ser el monto del daño punitivo.

#### **4.9. Derecho administrativo sancionador: la solución inocente**

En los sistemas romano-germánicos, se considera como gran mérito del Derecho Civil moderno el hecho de separar la función resarcitoria de la función punitiva. Cabe señalar que la función resarcitoria corresponde al Derecho Civil, mientras que la función punitiva, tanto al Derecho Penal como al administrativo. De allí, la doctrina a favor de reconocer única o principalmente la función resarcitoria de la responsabilidad civil y dejar de lado la función punitiva (Díez Picazo y Ponce de León, 1999, pág. 44).

En el presente caso, las multas administrativas no responden a un criterio de reparación del daño. Únicamente, se centran en las facultades disciplinarias de la administración pública. Esta medida, al igual que la «cama de Procusto», puede resultar grande para uno y pequeña para otros. Por lo tanto, frente a daños ambientales causados por derrames petroleros que son consecuencia de conductas dolosas o de culpa grave, debe preferirse las normas de responsabilidad civil antes que las normas de derecho administrativo, ya que sirven para obtener recursos para el Estado, pero no compensan el daño. No lo reparan ni generan precedentes.

Imaginemos que las multas sean altísimas. Con la finalidad de desalentar todo daño ambiental, estas multas no son para todos los escenarios. Por lo tanto, para unos casos será desproporcionada, mientras que para otros será justa. La cantidad de derrames petroleros podría justificar el nivel de multas. Pero, aun así, si los derrames son escasos, las multas enormes gravarían a los pequeños daños ambientales lo que desalentaría la actividad petrolera. Por ende, sería una norma ineficiente.

Por consiguiente, la mejor solución es contar con una sanción económica que responda al grado de culpabilidad del agente y al grado del daño. La mejor alternativa frente a las multas administrativas por daño ambiental es el daño punitivo. Otra solución nos llevaría a la ineficiencia.

En el Perú, no son esporádicos los derrames petroleros. Sin embargo, no tienen la magnitud que tuvo el derrame del Exxon. Lo normal es que las empresas informen que es mínima la cantidad de petróleo derramado al mar, frente a lo cual se imponen multas. La cantidad de multas, frente al daño causado, no guarda una exacta medida y siempre son impugnadas en sede judicial. Por lo tanto, el juicio dura largos años. La aplicación de los daños punitivos aliviaría este tipo de situaciones.

El último derrame de petróleo en el Perú, vertió 10 mil barriles de petróleo al mar peruano. La multa que el organismo de fiscalización ambiental impuso fue de aproximadamente \$120 mil. Debido a que el monto era ineficiente, se colocaron una serie de multas para que llegara a la cantidad de \$450 mil. Como podemos observar, este tipo de multas no desincentiva, por cuanto el costo de la previsión puede situarse en millones de dólares. El pago de la multa es mínimo; por lo tanto, toda empresa racional preferirá no invertir en prevención o protección de la ecología.

#### **5. CONCLUSIONES**

- 5.1. En nuestro medio la responsabilidad civil es conceptual o dogmática, se funda en el daño y es, principalmente, resarcitoria mediante una reparación por el íntegro del daño. En cambio, en Estados Unidos, el derecho de daños es casuístico y se organiza en función de la sanción del culpable y la prevención de daños mediante daños compensativos y daños punitivos.
- 5.2. El caso Exxon Valdez sirve para examinar el comportamiento de las empresas petroleras. Asimismo, en este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos establece que el monto límite de los daños punitivos sea el monto otorgado por los daños compensatorios.

- 5.3. El método económico aconseja que, ante la presencia de fallas en el mercado, como externalidades causadas por daños ambientales producidos por derrames petroleros en el mar y, a fin de evitar la tragedia de los bienes comunes, es que las decisiones del monto de las reparaciones deben ser descentralizadas y legislarse a favor de daños punitivos, con la finalidad de que las empresas petroleras costeen la prevención de daños por derrames marítimos, ello por cuanto la asimetría de información favorece a las empresas petroleras.
- 5.4. El teorema de Coase enseña que, ante costos de transacción altos, a los que se suma el daño de derechos inalienables que no se encuentren en el mercado como el ambiente (fauna y flora marina), la mejor solución sería una ley que establezca sanciones punitivas como los daños punitivos.
- 5.5. Los daños punitivos sancionan las conductas negligentes de las empresas petroleras cuando dañan bienes que no se encuentran en el mercado, como los daños al ecosistema.
- 5.6. Las empresas petroleras actúan como todo agente maximizador de bienestar, disminuyen costos para aumentar sus ganancias, por ello, las normas legales sobre responsabilidad civil deben tutelar el incentivo de la inversión en protección del ambiente mediante la imposición de daños punitivos.
- 5.7. La solución más eficiente para la protección del medio ambiente es la aplicación de reglas de inalienabilidad y la aplicación de daños punitivos al responsable, con la finalidad de que invierta en acciones preventivas. La opción más eficiente es que existan normas de compensación en el caso de lesiones de bienes que tengan precio en el mercado.
- 5.8. La sanción administrativa, por su parte, para daños ambientales por derrames petroleros es ineficiente: para daños pequeños son desproporcionales y para daños inmensos, ínfimos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alterini, A. (1979). Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil (Segunda edición ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Azahares Ferreira, O., & Salvador Benítez, J. L. (2012). Ética y ambiente, aspectos prácticos de su relación. El caso del Exxon Valdez. *Sociotam, Volumen XXII*(Número 1).
- Azar Denecken, J. I. (2009). *Los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno*. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- Becker, G. S. (1987). *Tratado sobre la familia*. Alianza Editorial.
- Bou Franch, V. (2005). Exxon Valdez. En J. Jute Ruiz, & T. Scovazzi, *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bullard Gonzalez, A. (1996). ¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicar el problema del transporte público? En *Estudios de Análisis Económico del Derecho* (primera edición ed.). Ara Editores.
- Bustamante Alsina, J. (1994). Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad. En *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* (Vols. III-B). Buenos Aires: La Ley.
- Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal, vol. 70*.
- Cárdenas Quiroz, C. (1998). Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión. *Juris et Veritas, Año IX*(Número 17).
- Carson, R. T., Mitchell, R. C., Hanemann, M., Kopp, R. J., Presser, S., & Ruud, P. A. (2003).

- Contingent Valuation and Lost Passive Use: Damages from the Exxon Valdez Oil Spill. *Environmental and Resource Economics*, 25, 257-286.
- Coase, R. H. (1961). The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 1.
  - Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y economía* (Primera Edición ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
  - De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Traducción de la segunda edición italiana ed.). (Á. Martínez Sarrión, Trad.) Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.
  - De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual (art. 1969-1988)* (Sétima edición ed., Vol. Tomo II. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volúmen IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
  - Díez Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
  - Espinoza Espinoza, J. (2002). *Derecho de la responsabilidad civil* (Primera Edición ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
  - Exxon Shipping Co. et. al. v. Baker et al. (Supreme Court Of The United States Octubre de 2007).
  - Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. En *Estudios sobre la responsabilidad civil* (Primera ed.). Lima: Ara Editores.
  - Fernández Sessarego, C. (2000). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. *Gaceta Jurídica, Tomo 79-B*.
  - Fleming, J. G. (1998). *The Law of Torts* (9 ed.). Sydney: The Law Book Co.
  - Franzoni, M. (2001). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En *Estudios sobre la responsabilidad civil* (L. León, Trad.). Ara Editores.
  - García Matamoros, L. V., & Herrera Lozano, M. C. (enero-junio de 2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Revista de Estudios Socio. Jurídicos*, 5(1).
  - Irigoyen Testa, M. (julio de 2011). La no asegurabilidad de los Daños Punitivos en Argentina: explicación desde el Análisis Económico del Derecho. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*.
  - Josseland, L. (1951). *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones* (Vols. Tomo II, Volumen I). (S. Cunchillo y Manterola, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cía, Editores.
  - Lafaille, H. (1927). *Curso de obligaciones: obligaciones en particular. Fuente de las Obligaciones* (Vol. Tomo II). Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.
  - Le Toruneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. (J. T. Jaramillo, Trad.) Bogotá: Legis.
  - Llamas Pombo, E. (2002). La tutela inhibitoria del daño (la ora manifestación del derecho de daños). (L. Ley, Ed.) *Revista de responsabilidad civil y seguros*.
  - Llorente Gómez de Segura, C. (2008). *Daños punitivos y derecho marítimo de daños en los EE. UU.: el caso Exxon Valdez*. Obtenido de [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com)
  - Marty, G. (1952). *Derecho civil* (Vol. Volumen I). (J. Cajica, Trad.) Puebla - México: Editorial José M. Cajica.
  - Mosset Iturraspe, J. (1998). *Responsabilidad por daños, Parte general* (Vol. 1). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
  - Mosset Iturraspe, J. (enero-junio de 2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho, año I*(número 1).
  - Orgaz, A. (1992). *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.
  - Posner, R. A. (1998). *El análisis económico del derecho* (primera edición ed.). (E. L. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
  - Prosser, W. L. (1971). *The Law of Torts* (4 ed.). St. Paul: West Pub. Co.
  - Rezzónico, L. M. (1959). *Manual de las obligaciones*. Buenos Aires: Roque Depalma editor.
  - Roach, B., & Wade, W. W. (15 de junio de 2006). Policy evaluation of natural resource injuries

- using habitat equivalency analysis. *Ecological Economics*, Volumen 58(Número 2), 421-433.
- Roemer, A. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho* (Primera edición ed.). (J. L. Péres Hernández, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
  - Salvador Coderch, P. (2000). Punitive Damages. *InDret - Revista para el análisis del Derecho*(1).
  - Sepúlveda Benedetti, R. (2015). *Daños punitivos: análisis de su posible aplicación en Chile*. Tesis de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción.
  - Skinner, S. K., & Reilly, W. K. (1989). *The Exxon Valdez Oil Spill. A report to the President*. The National Responde Team.
  - Taboada Córdoba, L. (2001). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley.
  - Tamayo Jaramillo, J. (1999). *De la responsabilidad civil* (Vol. Tomo II). Bogotá: Temis.
  - Vásquez Ferreyra, R. A. (enero de 1999). El daño en la responsabilidad civil. *Gaceta Jurídica*, Tomo 62-B.
  - Vásquez Olivera, S. (2002). *Derecho civil. Definiciones*. Lima: Palestra Editores.
  - Zemeckis, R. (Dirección). (1990). *Back to the Future Part III* [Película].

Fecha de recepción: 29 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 18 de julio de 2022