

## El daño ambiental: aproximación y crítica al uso del concepto de certeza<sup>1</sup>

Fiorella Chinchay Habich<sup>2</sup>

**SUMILLA:** En el presente artículo se explora la importancia y rol del concepto de daño ambiental, como elemento transversal de las vías civil, administrativa y penal. Asimismo, se desarrolla una crítica en torno a la errónea interpretación que equipara el daño ambiental real con la certeza de la existencia del daño ambiental, lo que trata de efectuar una aproximación que compatibiliza el derecho ambiental y el razonamiento probatorio.

**PALABRAS CLAVE:** daño ambiental, estándares de prueba, daño real, delitos ambientales, razonamiento probatorio

### 1. Introducción

Escuchar, leer o expresar frases como «es muy importante cuidar el medio ambiente», «nuestra Amazonía es el pulmón del mundo», «si no hacemos algo por controlar la contaminación en nuestro país, se afectará la salud de todos» o «las nuevas generaciones son más conscientes de la importancia de cuidar el planeta» es cotidiano. Es decir que, como sociedad, se está convencida del rol trascendental que desempeña el medio ambiente en nuestras vidas. Actualmente, se coincide en que su protección no pretende satisfacer un deseo

---

1 Algunas afirmaciones del presente artículo se desprenden del trabajo de fin de máster para optar por el título de maestra en Razonamiento Probatorio en la Universidad de Girona y la Universidad de Génova. Posteriormente, fueron expuestas en el evento desde Girona al Perú: Debates de Razonamiento Probatorio, efectuado el 4 de septiembre de 2023 en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Abogada summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de especialización en derecho ambiental en la Universidad Castilla de La Mancha, la Sociedad de Minería, Petróleo y Energía, entre otras. Maestra en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona y la Universidad de Génova. Coautora de la obra colectiva Testimonios sobre el derecho ambiental: egresados PUCP. Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP (1919 - 2019) y de diversos artículos como: "El informe fundamentado: ¿imprescindible prueba en los delitos ambientales?" en la Revista Justicia Ambiental de la Comisión Nacional de Gestión Ambiental del Poder Judicial (<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ja/article/view/664>), "El uso de OSINT como herramienta para mejorar la investigación de delitos ambientales", "El Precio del Silencio" en el Portal Prometheo. Dos veces reconocida como líder o participe de una Buena Práctica en el Estado por la ONG Ciudadanos al Día. Miembro del Consejo Directivo de la Red Latinoamericana de Mujeres en Derecho Procesal y Razonamiento Probatorio. Correo electrónico: [fiorella.chinchayh@gmail.com](mailto:fiorella.chinchayh@gmail.com)

idílico, sino que —en sus recursos y servicios— se soporta el desarrollo económico del país, la calidad de vida de los ciudadanos y, en última instancia, la supervivencia de la humanidad como especie.

Igualmente, entre la comunidad jurídica y técnica es abrumadoramente aceptado que, como respuesta a dicha preocupación ciudadana, en los últimos treinta años, el Perú ha desarrollado una serie de herramientas, mecanismos e instrumentos orientados a cautelar el medio ambiente; así como implementó vías legales para lograrlo, tales como procesos penales por delitos ambientales, procedimientos administrativos (de certificación y fiscalización), entre otros.

En términos sumamente básicos, se puede afirmar que las normas del ordenamiento peruano proponen un esquema de aprovechamiento sostenible de recursos naturales y desarrollo de actividades económicas, condicionada a la mitigación de riesgos (como ocurre, por ejemplo, con los instrumentos de gestión ambiental preventivos) lo que atribuye consecuencias jurídicas negativas al daño ambiental (tales como la imposición de sanciones y penas).<sup>3</sup>

Sin embargo, prevalece la sensación de una constante pérdida de nuestro patrimonio natural y de la impunidad de aquellos que lo explotan o depredan indiscriminadamente. Tal vez por esto, el Reporte de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo señala que el 63 % de estos —a julio del 2023— son clasificados como socioambientales (Defensoría del Pueblo, 2023).

En consecuencia, resulta imperativo analizar los diversos factores que impiden o afectan la aplicación del marco legal a los casos particulares. En otras palabras, aquellas variables que disminuyen o reducen la capacidad disuasiva del marco legal para evitar la afectación al medio ambiente.

Un problema tan complejo como la pérdida de nuestros recursos naturales y la degradación de la calidad ambiental, ocasionado —además— por una amplia gama de actividades (legales e ilegales) que

---

3 Aunque aún se discute que toda acción humana genera un impacto negativo en el ambiente y que principios como «Contaminador/Pagador» permiten el daño ambiental, estos temas no serán desarrollados a profundidad en el presente artículo.

confluyen en un mismo territorio geográfico es sumamente retador. A modo de ejemplo, el Observatorio de Solución de Problemas Ambientales<sup>4</sup> del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) ha identificado 143 problemas ambientales en la región de Arequipa (al 31 de agosto de 2023). Estos comprenden actividades económicas tales como minería (42), residuos sólidos (36), transporte (33), saneamiento (20), agricultura (10), pesca (2), entre otros; impactando componentes como suelo (en un 45.5 % del total), agua (31.9 % de los casos), aire (12.2 % de los casos), fauna y flora (en 11 % de los casos, cada una). Adicionalmente, la información recogida por el OEFA indica que, solo en el plano administrativo, esto involucra funciones de entidades de fiscalización ambiental (en adelante, EFA) de orden nacional, regional y local<sup>5</sup>. Esto, sin perjuicio de la intervención que puedan efectuar en estos casos –dependiendo de sus características– el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y, más tarde, los operadores del sistema de justicia.

A este escenario se suman múltiples desafíos operativos, como la correcta asignación de recursos públicos destinados a cumplir con las funciones de fiscalización y control de actividades económicas y de aprovechamiento de los recursos naturales. Más aún, no se cuenta con información disponible y pública que nos permita conocer qué tan eficiente, o no, es la intervención de las entidades administrativas y los operadores del sistema de justicia sobre las causas de la afectación del medio ambiente. En este extremo, el Ministerio del Ambiente, como ente rector del Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), tiene una tarea pendiente y de suma urgencia.

En el presente artículo, no se pretende elaborar un estudio exhaustivo de cada uno de los factores que pueden estar afectando

---

4 Acorde a lo señalado por el sitio web, el Observatorio de Solución de Problemas Ambientales de OEFA "(...) brinda información de los problemas ambientales identificados por el OEFA a nivel nacional, cuyo seguimiento se encuentra a cargo de una Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA).

Los problemas identificados consisten en alteraciones que se puedan dar en los componentes ambientales, ante la aparición de un agente contaminante, producto del desarrollo de alguna actividad humana en determinada ubicación". Véase: <https://www.gob.pe/22068-observatorio-de-solucion-de-problemas-ambientales> consultado el 12 de septiembre de 2023.

5 Véase: Sitio web del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. Sección Estadísticas del Observatorio de Solución de Problemas Ambientales: <https://lookerstudio.google.com/embed/u/0/reporting/46eba170-6c4f-4356-85ce-d54dd0fe9d60/page/x4aeB> consultado el 31 de agosto de 2023.

la aplicación del marco legal. Sin embargo, se centrará la atención en un aspecto fundamental del ordenamiento en materia ambiental, el concepto de daño.

Aunque, en los últimos años, la doctrina ha situado su interés en los alcances y la aplicación de dicho concepto, haciendo aportes valiosos y sustanciales, los problemas en su uso persisten. Por este motivo, se pretende ofrecer al lector una aproximación distinta, con el objeto de contribuir con la reflexión necesaria que fortalece el sistema legal de todo Estado de derecho.

## **2. El concepto de daño ambiental**

Las actividades que efectúa el ser humano involucran un impacto en el ambiente; sin embargo, no todas serán relevantes para el derecho. En particular, en el ordenamiento peruano, como se mencionó previamente, se optó por una gestión que mitigue los riesgos y evite el daño ambiental. En consecuencia, si se incurre en este supuesto, el sistema legal debería responder con la imposición de una pena y/o sanción (sin perjuicio de lograr la restauración de los componentes ambientales afectados).

En esa línea, el daño ambiental es un concepto clave que será fundamental en la aplicación de múltiples normas; así como en las vías implementadas para cautelar el medio ambiente. Sin embargo, el contenido del concepto «daño ambiental» no puede extraerse del lenguaje natural o coloquial, sino que estamos ante un hecho institucional o jurídico. En palabras de Marina Gascón, “(...) hay que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado. (...) Así sucede cuando se establece determinado tratamiento jurídico para los casados, los propietarios, los menores de edad, etcétera, donde la fijación del hecho (estar casado, ser propietario, ser menor de edad) exige la realización de una calificación jurídica de hechos externos mediante otra norma del sistema” (Abellán, 2010).

Esto no es extraño en un sistema legal, pues se espera que aspire a cierta coherencia interna. Más aún, en materia ambiental, muchos conceptos obedecen a definiciones que vienen de la norma administrativa, irradiando hacia otras esferas del derecho como el

proceso penal o civil.<sup>6</sup>

Precisamente, la definición del daño ambiental se encuentra recogida en el artículo 142 de la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **LGA**), acorde al siguiente detalle:

**Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales**  
(...)

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

En ese contexto, cada vez que alguna disposición jurídica haga referencia al daño ambiental será necesario interpretarlo de acuerdo a la definición previamente citada.

Ahora bien, diversos autores han interpretado los elementos del daño ambiental, incluso ensayaron clasificaciones en función a las alternativas en su aplicación. Entre las más destacadas se encuentran la diferencia del daño ambiental puro o impuro (atendiendo a los bienes jurídicos afectados), su caracterización como permanente, inmediata, etc. (en función a cómo se configura su existencia), la discusión acerca de su gravedad (necesaria para la aplicación de determinadas sanciones o tipos penales), entre otras. Todas estas cuestiones resultan importantes, puesto que merecen espacios propios de reflexión y debate.

En adición a lo anterior, desde el 2005 –año en el que se publicó la LGA– mucho ha cambiado. No solo se avanzó en la construcción del ordenamiento en materia ambiental, sino que, a través de la aplicación de este, se advirtieron las oportunidades de mejora existentes en la LGA. En esa línea, la doctrina es muy crítica con la definición de daño ambiental vigente<sup>7</sup>, pues la acusa de imprecisa y laxa frente a un

6 Esto ocurre, por ejemplo, con muchos delitos ambientales redactados como tipos penales en blanco. Es decir, a fin de brindar coherencia al sistema, se relacionan estrechamente con las disposiciones (obligaciones ambientales) y conceptos administrativos (como la definición de fauna silvestre, minería ilegal, explotación minera, etc.).

7 Ciertamente, transcurridos casi 20 años desde la aprobación de la Ley General del Ambiente, resulta oportuno efectuar una revisión de esta. No obstante, para que se constituya como una verdadera mejora al ordenamiento jurídico, los

fenómeno que actualmente es multifacético.

Sin perjuicio de lo anterior, como se abordará más adelante, el análisis se centrará en la última de las premisas consignadas en el artículo 142 de la LGA, es decir, aquel menoscabo que genera *efectos negativos actuales o potenciales*. Aunque la frase parece inocente, una errónea interpretación de esta acarrea consecuencias notables para todo el ordenamiento ambiental.

### 3. El rol del concepto del daño ambiental en el Perú

En líneas precedentes, se afirmó que el concepto de daño ambiental es clave para la aplicación de la norma ambiental en diversas vías. Corresponde cuestionarnos lo amplio que puede ser su alcance.

#### • Como elemento constitutivo de tipos penales o infractores

El daño ambiental desempeña un rol fundamental como elemento constitutivo sobre diversos tipos penales o infractores en el marco de los procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores (en adelante, **PAS**), respectivamente. Así, por ejemplo, la tipificación del Decreto Legislativo N.º 1278, Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N.º 017-2019-OEFA/CD consigna lo siguiente:

<i>No evitar o impedir que las emisiones, efluentes, vertimientos, ruido, vibraciones o cualquier otro aspecto generado como resultado de los procesos u operaciones del manejo de residuos, ocasionen riesgo o <b>daño al ambiente</b>.</i>	<i>Infracción muy grave</i>	<i>Hasta 1400 UIT</i>
--	-----------------------------	-----------------------

(El resaltado es nuestro)

Lo mismo ocurre en materia penal, en los delitos relacionados a la contaminación del ambiente, cuya redacción sostiene lo siguiente:

#### **Artículo 304°.- Contaminación ambiental**

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o

---

cambios no pueden (ni deben) efectuarse sin que se analicen datos sólidos respecto a los problemas en su aplicación.

radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o **daño grave al ambiente** o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental (...) (El resaltado es nuestro)

Es decir, la imposición de la consecuencia jurídica (sanción o pena, según corresponda) estará sujeta a que el órgano instructor o el titular de la acción penal pruebe la existencia de daño ambiental. En su defecto, si la norma lo permite, tendrá que recurrirse a un elemento típico alternativo que sustituya al daño.

- **Como elemento agravante**

Para el derecho administrativo, el daño ambiental también desempeña un rol de agravante. Es decir, la norma cuenta con un tipo infractor base, cuya consecuencia prevista se agrava o incrementa en atención al resultado dañoso de la acción del administrado. Por ejemplo, en las tipificaciones en materia ambiental del sector saneamiento, aprobadas por el Decreto Supremo N.º 024-2017-VIVIENDA, se cuenta con los siguientes tipos bases y agravados:

<i>Incumplir las obligaciones ambientales establecidas en los instrumentos de gestión ambiental aprobados, que se configuren en hallazgos de menor trascendencia.</i>	<i>Infracción leve</i>	<i>Amonestación escrita/multa de hasta 10 UIT</i>
<i>Incumplir las obligaciones ambientales establecidas en los instrumentos de gestión ambiental aprobados, generando daño real al ambiente.</i>	<i>Infracción grave</i>	<i>Hasta 50 UIT</i>

(El resaltado es nuestro)

Como se aprecia, a la tipificación subyace un criterio de proporcionalidad en función al impacto adverso ocasionado al bien jurídico protegido, que resulta en un rango de multa mayor ante la existencia de un daño.

- **Como presupuesto para la imposición de medidas cautelares o administrativas**

De otro lado, el sistema legal peruano cuenta con las medidas administrativas y cautelares. En caso de las primeras, se encuentran

reguladas en la Ley N.º 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) como acciones previas o complementarias a la sanción, en el marco del macroproceso de fiscalización ambiental. En esa línea, son categorizadas acorde con el siguiente detalle:

- a. Medidas cautelares.
- b. Medidas correctivas.
- c. Medidas preventivas.
- d. Medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del patrimonio natural de la nación.

Sin embargo, un elemento común a todas ellas, requieren impedir o revertir el daño ambiental. Por tanto, la acreditación del daño o el inminente riesgo de este, será un aspecto ineludible en su análisis y emisión.

En el plano penal también se cuenta con la posibilidad de imponer medidas cautelares enfocadas en evitar que continúe o se agrave la afectación al bien jurídico (como en el caso del artículo 314-C del Código Penal<sup>8</sup>) ya sea a través de acciones instrumentales o anticipativas. Además, las medidas cautelares en materia civil serán vitales para asegurar el cumplimiento de las sentencias. En ambos casos, el análisis y la acreditación del daño ambiental –como criterio comprendido en el peligro en la demora– son un paso forzoso para permitir su emisión.

---

8 **Código Penal**

**Artículo 314-C: Medidas cautelares**

Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan.

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.



- **Como elemento esencial para determinar la responsabilidad civil en materia ambiental**

En suma, a lo anterior, uno de los elementos básicos para determinar la existencia de responsabilidad civil en materia ambiental es el daño. Sobre el particular, Soto Salazar teoriza lo siguiente:

(...) es aceptado en la mayoría de la doctrina que la estructura básica de todo daño jurídico está integrada por tres elementos importantes: sujetos, daño y relación o nexo causal. Son aquellos tres elementos concurrentes que siempre se encuentran presentes ante la ocurrencia de un daño en sentido jurídico. (...) No habrá responsabilidad si no hay daño o por lo menos un potencial peligro que ocurra (en el caso del daño ambiental potencial). Por tal motivo, no podrá existir responsabilidad ambiental si es que previamente no se ha determinado la existencia de un daño al ambiente. (Soto, 2021)

Es decir, la acreditación de la existencia de daño será imprescindible para determinar la responsabilidad civil y, posteriormente, imponer una indemnización.

- **Como criterio para la graduación de la sanción, enmarcado en el principio de razonabilidad**

Finalmente, el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS (en adelante, LPAG), desarrolla los principios aplicables a todos los PAS. Para efectos del tema de estudio, se resalta el principio de razonabilidad:

**3. Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, **las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción**, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

(...)

## **a. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;**

(...)

Incluso cuando el daño ambiental no haya sido comprendido como parte del tipo o como su agravante, el tomador de decisiones deberá analizar su existencia en el caso, así como los elementos de corroboración aportados al procedimiento a efectos de graduar el monto de la sanción. Esto es particularmente importante en los PAS, puesto que muchas multas se imponen con base en amplios rangos predeterminados en las normas de tipificación.

En resumen, el concepto del daño ambiental puede encontrarse como<sup>9</sup>:

- Elemento constitutivo de tipos penales o infractores.
- Presupuesto para la aplicación de tipos agravados.
- Presupuesto para la aplicación de medidas administrativas y cautelares.
- Elemento para determinar la responsabilidad civil en materia ambiental.
- Criterio para la graduación de la sanción, enmarcado en el principio de razonabilidad.

Adicionalmente, como es evidente, el rol que desempeña se irradia en las vías penal, civil y administrativa; denotando el grado de su importancia. Por esto, una mala interpretación, aplicación o uso del concepto de daño ambiental acarrea efectos nocivos globales en el ordenamiento peruano, pudiendo reducir significativamente o, incluso, eliminar la capacidad disuasiva de las normas. Ello, conlleva a su vez a la afectación no solo del medio ambiente, como bien jurídico, sino de otros derechos fundamentales asociados a este, tales como el trabajo, la propiedad, la salud, la vida, entre otros.

---

<sup>9</sup> Cabe indicar que, a efectos del objetivo del presente artículo, se ha restringido el estudio a los procesos fiscalización ambiental y aplicación de consecuencias ante la existencia de daño ambiental. Sin perjuicio de ello, el daño también es un elemento que se considera en la etapa de certificación ambiental u obtención de títulos habilitantes, valorándose, en ese caso, como una consecuencia dañosa que se pretende evitar, mitigar o compensar.

#### 4. Problemas en la interpretación del concepto de daño ambiental

Como se indicó en las líneas precedentes, el análisis se centrará en la última premisa del artículo 142 de la LGA, es decir, aquel menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, **que genera efectos negativos actuales o potenciales**.

Una primera interpretación, de esta parte del concepto de daño ambiental, permitiría concluir que los efectos negativos actuales son aquellos que existen en el tiempo presente, en tanto que, los efectos negativos potenciales corresponden a aquellos que se manifestarán en el futuro, como producto de la acción dañosa. Una clasificación de este tipo es muy lógica en materia ambiental, pues la compleja interrelación de los componentes ambientales y ecosistemas pueden hacer difícil prever todos los alcances de un derrame, vertimiento, emisión, entre otros.

Más aún, reconocidos autores como Soto Salazar coinciden con el siguiente criterio:

Los daños ambientales pueden generar consecuencias o efectos nocivos concreto y/o presentes en un espacio y tiempo determinado (daño actual) (...) Asimismo, los efectos del daño ambiental pueden prolongarse o manifestarse en el futuro de manera permanente; muchos de los cuales incluso, se producirán con posterioridad a una sentencia por responsabilidad que se haya dictado dentro de un proceso judicial, siendo este el caso de los denominados daños futuros (...). (Soto, 2021)

Parecía claro, en este punto, que la interpretación correcta –y más obvia– de esta última premisa del artículo 142 de la LGA era diferenciar los daños ambientales entre actuales y futuros. Sin perjuicio de esto, se advierte la ausencia de la mención y determinación de otra noción relevante, el riesgo de daño (término, además, mencionado en otros artículos del mismo cuerpo legal).<sup>10</sup>

Lejos de solucionar el problema, el legislador no aclara o complementa esta definición en leyes posteriores, sino que introduce

---

<sup>10</sup> Está contenido en los artículos 11, 43, 53, 74, 75, 83, 113 y en artículo VIII del título preliminar de la LGA.

conceptos erróneos relacionados con el daño ambiental.<sup>11</sup> El caso más grave, a opinión de la autora, es el artículo 19 de la Ley del SINEFA (publicado en el año 2009) que recoge lo siguiente:

**Artículo 19.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones**

19.1 Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse **en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.**

(El resaltado es nuestro)

Es decir, en lugar de indicar que las infracciones y sanciones se fundamentarán en el daño ambiental (actual o futuro), siguiendo la lógica y terminología adoptada por la LGA, introduce conceptos erróneos que provocan dificultad y confusión al momento de aplicar el término de daño ambiental que, como se indicó, es transversal a las diferentes vías dispuestas por el Estado para cautelar el ambiente. Más aún, la elección de palabras del artículo 19 es particularmente grave porque, sin desearlo, induce a error respecto del estándar de prueba aplicable al daño ambiental.

Por su parte, la doctrina contribuye con esta confusión generalizada, terminando por equiparar el «daño real» con la «certeza de daño». Así, De la Puente Brunke indica lo siguiente:

Este elemento distintivo de la definición exige que se haya verificado la existencia de un menoscabo o detrimento material infligido al ambiente. Es decir, **exige una certeza de la existencia de tal menoscabo, la misma certeza que es consideración básica que el derecho de daños peruano requiere para exigir una reparación** (De La Puente Brunke, 2014).  
(El resaltado es nuestro)

---

11 Esta misma situación se replica en otras normas reglamentarias aprobadas por las entidades administrativas, luego de la publicación de la Ley del SINEFA. Por ejemplo, la Resolución de Consejo Directivo N.º 010-2013-OEFA/CD.

Como se desprende de las líneas precedentes, la introducción de la concepción de certeza no es un cambio menor. No se trata, pues, de una mera sustitución de sinónimos, sino que genera la errónea premisa que el grado de verificación, necesario para acreditar el daño ambiental, es la certeza. Esto, tendrá efectos sustanciales durante la fase de aplicación de la norma, sobre todo, en el momento de recabar y valorar la prueba en el marco de los PAS, los procesos civiles y penales.

## 5. Acerca de la idea de certeza

Atendiendo a que nos encontramos en un Estado de derecho, adoptamos la concepción racional de la prueba. Esta postura parte de cuatro premisas fundamentales, explicadas de modo excelente por Jordi Ferrer<sup>12</sup> de la siguiente manera:

- a. Existe una relación teleológica entre la prueba y la verdad;
- b. Se adopta el concepto de verdad por correspondencia;
- c. Nunca los elementos de prueba nos permitirán alcanzar certezas racionales; y
- d. El razonamiento probatorio se desarrolla en un marco probabilístico.

Se considera que la concepción racional es la más adecuada, pues, en palabras de Michelle Taruffo se sostiene que «(...) el proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el cual, se recopilan y utilizan conocimientos con la finalidad de reconstruir la verdad de determinadas situaciones fácticas» (Taruffo, 2010). Además, solo desde esa verdad reconstruida, un Estado de derecho puede aplicar las consecuencias jurídicas previstas de modo justo. Esto certifica que el ciudadano tenga la seguridad que no será, por ejemplo, sancionado por una acción que no cometió y –a su vez– garantiza que los objetivos de protección de bienes jurídicos establecido por el Estado se cumplan.<sup>13</sup>

Sin perjuicio de esto, el mismo autor señala que «la verdad que

---

12 Véase: Ferrer Beltrán, Jordi. Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 18.

13 Una idea similar es sostenida por Jordi Ferrer. Véase: "El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho". En: Prueba y estándares de prueba en el derecho. Compilada por Juan Cruz Parcero y Larry Laudan. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010, pp. 75-105, p. 82.

se reconstruye en el proceso no es absoluta, sino relativa» (Taruffo, 2010). Esto se explica desde la premisa «c» expuesta por Jordi Ferrer a continuación:

**Nunca un conjunto de elementos de juicio**, por rico y fiable que este sea, **permitirá alcanzar certezas racionales**, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero **nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.** (Ferrer, 2021)  
(El resaltado es nuestro)

Precisamente, por eso, diversos autores<sup>14</sup> explican la última premisa básica de la concepción racional. Atendiendo a que no se puede alcanzar la certeza, la verdad de un enunciado fáctico se aborda desde la probabilidad.<sup>15</sup> Sobre este extremo, Marina Gascón afirma que «la probabilidad proporciona así fundamento objetivo para el conocimiento empírico que no puede aspirar a la certeza absoluta; no sabemos con total seguridad si el enunciado es verdadero, pero su grado de confirmación suministra una medida de probabilidad de su verdad» (Gascón, 2021).

Analizados estos presupuestos, se puede concluir que equiparar la existencia de daño ambiental real con «la certeza de la existencia de daño» es una interpretación errónea. Más aún, adoptar esta postura implica que, en todos los supuestos y roles que desempeña el concepto del daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano – expuestos en la sección III del presente artículo –, se parta de una base precaria y equívoca, lo cual origina la imposibilidad de su aplicación en el marco de los procesos y procedimientos. Esto, debido a que el tomador de decisiones en sede administrativa o judicial no encontrará en el conjunto probatorio el nivel de certeza con el que pretende equipararse el daño actual o real.

---

14 Entre los más destacados se encuentran Michelle Taruffo y Jordi Ferrer.

15 Tal como indican Jordi Ferrer y Marina Gascón, esta probabilidad no es matemática, sino lógica.

Sobre el particular, Jordi Ferrer señala que «(...) cuanto más exigente sea el estándar de prueba aplicable mayor será el riesgo de que ninguna hipótesis supere el estándar y, por tanto, el proceso se decida sobre la base de la carga de la prueba, decantando la decisión a favor de una de las partes (...)» (Ferrer, 2021).

Esta afirmación cobra especial relevancia en materia ambiental, puesto que el diseño institucional encarga al Estado, a través de diversos órganos, que cautele el bien jurídico medio ambiente. Así, en el ámbito penal, el Ministerio Público será el titular de la acción penal (incluyendo los delitos ambientales); en sede civil, la responsabilidad de cautelar los intereses del Estado afectados por el daño ambiental puro recae en la Procuraduría Pública especializada en Delitos Ambientales y, en los PAS, la EFA –a través de su órgano instructor– será el encargado de aportar las pruebas que acrediten la infracción de la norma administrativa. En consecuencia, siempre que se aplique un estándar de prueba elevado, la distribución del riesgo de error perjudicará la protección del ambiente. Esta situación se agrava cuando se pretende interpretar que ese estándar no solo es alto, sino que para el daño ambiental se equipara con la certeza.

Cabe mencionar que las vías penal, civil y administrativa deben contar con estándares de prueba propios. Sin embargo, incluso con estándares de prueba bien establecidos<sup>16</sup>, pues el juzgador o tomador de decisiones puede ser inducido a error por la norma sustantiva, más aún, siendo que el concepto de daño ambiental es un hecho institucional. En adición a lo anterior, el marco en el cual se emitieron las normas que relacionan el daño ambiental con la certeza nos permiten concluir que no trataban de establecer un estándar de prueba. Simplemente se está ante un supuesto de inclusión poco afortunada de términos que favorecen la confusión con otra rama del derecho.

Como corolario de toda esta reflexión, se debe considerar que el medio ambiente es un bien jurídico que cuenta con protección en el ordenamiento peruano. Esto, no solo con el afán de proteger los componentes ambientales, ecosistemas o servicios ambientales, sino

---

16

El análisis de la existencia de estándares de prueba que cumplan con las condiciones metodológicas necesarias previstas es un tema interesante. Sin embargo, por la profundidad que requiere un examen de cómo se encuentra regulado, no se abordará en el presente artículo.

con el objetivo de cautelar los derechos fundamentales de los peruanos. Además, el Estado cuenta con un amplio aparato estatal destinado a cumplir con dichos objetivos, que abarcan las vías administrativa, civil y penal. Año a año, se despliegan gran cantidad de recursos humanos y logísticos para lograr esa meta. En ese contexto, optar por inaplicar gran parte de las disposiciones y normas que contienen o se relacionan con el concepto de daño ambiental por una interpretación abiertamente errónea resulta ser absurdo.

La alternativa evidente consiste en empezar a adoptar la interpretación correcta del daño ambiental, que entiende el daño ambiental actual o real, como el que puede verificarse en el lapso que se ejecuta la investigación, el proceso o el procedimiento; dejando de lado la certeza en la existencia de daño.

## **Bibliografía**

De la Puente Brunke, L. (2014). La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una Peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental. *Derecho & Sociedad* (42), pp. 169–178.

Defensoría del Pueblo. (2023). *Reporte Mensual de Conflictos Sociales N.º 233 – Julio 2023*. En: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/08/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-233-Julio-2023.pdf>

Ferrer Beltrán, J. (2010). El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. En J. Cruz Parceroy y L. Laudan (compiladores), *Prueba y estándares de prueba en el derecho* (pp. 75-105). Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases Argumentales de la prueba*. Marcial Pons.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Observatorio de Solución de Problemas Ambientales. En: <https://lookerstudio.google.com/embed/u/0/reporting/46eba170-6c4f->



4356-85ce-d54dd0fe9d60/page/x4aeB consultado el 31 de agosto de 2023.

Soto Salazar, R. (2021). *El daño y el seguro medioambiental en el ordenamiento jurídico peruano*. Iustitia.

Taruffo, M. (2010). Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. En J. Cruz Parceró y L. Laudan (compiladores), *Prueba y estándares de prueba en el derecho* (45-74). Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México.