

El daño ambiental: una nueva categoría jurídica de daño en el Perú

Un acercamiento conceptual para entender cómo el Perú ha diseñado la teoría de daños ambientales y su sistema de responsabilidades

Julio César Guzmán Mendoza¹

Sumilla

El presente artículo postula la aparición del daño ambiental como una nueva categoría jurídica de perjuicio. Para ello, se procede a un análisis del concepto de daño ambiental según la doctrina y se examina su tratamiento en la legislación comparada. Luego, se elabora una detallada exploración del marco normativo del daño ambiental en el contexto jurídico peruano. Asimismo, se aborda el sistema de responsabilidad por daño ambiental en el Perú, seguido de una sección dedicada a las particularidades en la reparación de dicho daño.

Palabras clave

Derecho de daños, daño ambiental, riesgo, sistema de responsabilidad, reparación

1. Introducción

Mencionar que el daño ambiental no es un daño común, que es un daño sui generis o que es un daño que constituye un nuevo su-

¹ Abogado (UNMSM), con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UNMSM) y maestría en Ciencias Penales (UNFV); posee especializaciones en Gestión de Recursos Naturales y Medio Ambiente (UPC). Cuenta con 17 años de experiencia en el sector público. Actualmente, se desempeña como procurador público del Ministerio del Ambiente y procurador público especializado en Delitos Ambientales (13 años). Es expositor en diversos foros en temas ambientales y defensa jurídica del Estado. Se ha desempeñado como procurador público (e) del Ministerio de Agricultura, del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental–OEFA, secretario técnico del Consejo de Defensa Jurídica del Estado y miembro de diversas comisiones elaboradoras de normas vinculadas a la defensa jurídica del Estado y en temas ambientales. Asimismo, ejerce la docencia universitaria en la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico en temas relacionados a los delitos ambientales.

puesto de responsabilidad civil, no resulta suficiente para que se capte su verdadera esencia y si esto es contrastado con las conocidas categorías de daños que el derecho civil ha admitido históricamente, nos enfrentamos a serios problemas, que se intentarán resolver a lo largo de este trabajo de investigación que, de manera oportuna, pueda recibir por parte de la comunidad jurídica sus mejores aportes.

En ese contexto, no podemos dejar de hacernos las interrogantes que considero envuelven de dudas a todos los que de una u otra forma nos vinculamos al derecho ambiental peruano; *¿Es el daño ambiental una nueva categoría de daños? ¿Se puede ubicar el daño ambiental dentro de la clasificación habitual de daños patrimoniales y extrapatrimoniales? ¿Los daños ambientales son contractuales o extracontractuales? ¿En los daños ambientales se admite o no, la llamada doctrina del riesgo?* No cabe duda que esta serie de interrogantes merecen, por lo menos, ser analizadas para esbozar conclusiones que nos permitan llevar claridad en la correcta interpretación del concepto que se muestra de manera recurrente en los tribunales peruanos.

Nuestros legisladores no han sido ajenos a las preocupaciones de los países por el deterioro del ambiente, el Estado peruano participó activamente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que dio origen a la Declaración de Estocolmo en 1972; sobre el particular, las Naciones Unidas precisó lo siguiente:

Principio 22: Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción. (ONU, 1972, p. 5)

Este principio quizá es la partida de nacimiento formal de lo que, actualmente, conocemos como derecho ambiental, puesto que se esboza primigeniamente, el concepto de daño ambiental, pues como advertimos del texto, se expresa cierta conexión entre daños ambientales, indemnización y víctimas, conceptos que serán abordados con mayor detalle en el presente documento. Se debe precisar que

la referencia a que la Declaración de Estocolmo, constituye la partida de *nacimiento formal* del derecho ambiental, considerando que ya se habían venido produciendo esfuerzos normativos del derecho internacional público en el tema ambiental. Tal es el caso ocurrido en 1868, en «la demanda dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores del Imperio Austro-Húngaro, formulada por un grupo de agricultores preocupados por la depredación de las aves insectívoras llevada a cabo por la industria del plumaje, muy desarrollada a raíz de la moda victoriana que imponía plumas a doquier» (Aguilar Rojas e Iza, 2009, p. 4). A raíz de ello, en 1872, «el Consejo Federal Suizo planteó la creación de una comisión internacional para la redacción de un acuerdo en materia de protección de las aves» (Aguilar Rojas e Iza, 2009, p. 5), lo que finalmente originó en 1902 el «Acuerdo Internacional para la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura» (Aguilar Rojas e Iza, 2009, p. 5). «Este acuerdo [estableció] normas de conservación de fauna, prohibición de captura de determinadas especies y obligaciones tendientes al cuidado de nidos y huevos» (Aguilar Rojas e Iza, 2009, p. 5). Sin embargo, la Declaración de Estocolmo como acuerdo global constituye la única en su género y, por ende, el punto de partida de una nueva visión de cuidado del planeta.

Queda claro entonces que, el presente esfuerzo pretende entender correctamente el concepto de daño ambiental, que a la postre origina responsabilidad y, por qué no también, brindar una mirada a las formas de reparación del daño ambiental, todo ello a través de un análisis de la doctrina contemporánea, la legislación comparada y al propio sistema de responsabilidades que el derecho civil nos ofrece, lo cual nos permitirá evidenciar el modelo de intervención estatal sobre las actividades que generan daño al ambiente

2. Aproximación histórica al derecho de daños

La *Lex Aquilia* en el derecho romano, fue la primera en mostrar su preocupación por lo que actualmente conocemos por derecho de daños –recogida en el Digesto– señalándose las primeras reglas de aplicación relacionadas a la muerte injusta de esclavos, cuadrúpedos o *res* y la condena de dar a su dueño el valor máximo que tuvo en aquel año, pues también se estableció un sobre castigo para aquel que negaba los hechos, imponiéndole el pago del doble de dicho valor, apreciándose así, una búsqueda de equidad, pero también una sutil

forma de aplicar *daños punitivos*; otro aspecto importante de esta ley romana, es que se estableció a través de la frase «Quien hubiese infringido con injuria cualquier daño a una cosa de otro, de cualquier modo, debía pagar al dañado en mayor valor de la cosa en los últimos treinta días» (*Lex Aquilia* s. f.), como se aprecia en este extremo de la ley, se admitía los daños a cualquier cosa y cualquier tipo de daño, en lo que se considera, sería la primera regla general de indemnización por daños establecida en el derecho romano. Aunque en los textos históricos ya se consignaba la posibilidad de acción, incluso en los casos de omisiones, –aunque muy pocos supuestos– como el del médico que habiendo intervenido a un enfermo lo abandona con posterioridad, esto solo constituye una muestra del valioso aporte que el derecho romano generó en materia de teoría de daños.

Si bien la *Lex Aquilia* constituye un esfuerzo extraordinario, su carácter evidentemente penal, nos muestra una era jurídica distinta a la que conocemos en la actualidad; por ejemplo, no se habían contemplado la transmisibilidad de la obligación de reparar, siendo contemplada recién en la época de la codificación decimonónica, que brinda su aporte al incorporar la admisibilidad de responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes. Durante el periodo de la Baja Edad Media se denominó *Derecho Común* al formado por el derecho romano justiniano, el derecho canónico y la labor de los juristas sobre estos cuerpos jurídicos, a estos últimos se les conoció como *Escuela de Glosadores* y *Comentaristas*, todos ellos incorporaron conceptos nuevos al derecho de daños, se acuñó, sobre todo en Alemania, la idea que la obligación de resarcir no podría tener un contenido mayor al daño causado –sentido de equidad daño, resarcimiento– manifestándose así, que la reparación de daños debe evitar un enriquecimiento del agraviado, además impregna de contenido sucesorio al derecho de acción y amplía la reclamación a los parientes, y al cónyuge que tuvieran derecho legal a los alimentos. En esa línea Díez-Picazo (1999) menciona:

En el Derecho común se admitió, asimismo, el llamado derecho al *pretium doloris*. Según Dernburg, existen huellas de este derecho por lo menos desde el siglo XV y la práctica encontró un punto de apoyo en la ley Carolina (arts. 20 y 21) según la cual a la persona injustamente torturada se le concedía el resarcimiento por el dolor. El resarcimiento también se le

concedía a la mujer que a causa del daño veía disminuir la probabilidad de casarse. El *pretium doloris* no se consideraba pena, sino resarcimiento y compensación por el dolor sufrido, por lo cual la obligación pasaba a los herederos del causante del daño. (p. 75)

Ya en la etapa de codificación –etapa posterior a la etapa del derecho común– existió la tendencia a recopilar y sistematizar la legislación, apareciendo así los primeros códigos, –recordemos que el derecho anglosajón pasó por el mismo camino, pero con la diferencia de que estos sistematizaron las decisiones de los jueces– el Código Civil francés (1804), constituye uno de los pilares de esta etapa, que encumbró el desarrollo de tres categorías que resulta necesaria mencionar, nos referimos a la culpa, al daño y a la responsabilidad, tal como se aprecia de sus artículos 1382 y 1383, siendo la construcción inicial, que todo hecho del hombre que causa a otro un daño por culpa, lo obliga a repararlo, abordándose también el siguiente articulado que determina, conceptualmente, la negligencia e imprudencia, como se aprecia la regulación del Código Napoleónico, diferenció el daño causado por dolo del daño culposo, además, en esa línea, se han construido los códigos italiano de 1865 y el español de 1889; en otro escenario, la codificación alemana de 1900 siguió su propia vertiente, pues fue la más renuente a los cambios que el derecho común generó en los demás códigos, así pues, advertimos que la acción de daños solo contemplo los casos de daños físicos y la responsabilidad por omisión fue tratada para casos muy específicos.

Tal como se menciona, la etapa de la codificación del derecho de daños, tuvieron algunas vertientes, una derivada de la influencia del Código francés de 1804, otra desarrollada por del derecho alemán, sin embargo, no debemos dejar pasar la tercera vertiente que se originó por la evolución del derecho inglés. Esta fue quizá la mejor herencia del derecho romano, su esencia, aunque con su propia particularidad, a través de la palabra *trespass* (palabra arcaica) que se equipara en nuestro idioma a daños, diferenciándose tres tipos de estos daños, *Battery*, para referirse al «daño por fuerza física», *Assault*, que podríamos referirla como una «amenaza de daño» y por último *false imprisonment*, que se entendería como una «detención ilegal», siendo aún más comunes los *trespass to land* para referirse al «daño por intrusión a una tierra afectando la posesión» o *trespass to chattles*,

para hacer mención a los «daños contra muebles».

Luego de una mirada rápida a la etapa de codificación y el tratamiento del daño en diversos códigos, debemos tratar, quizá, la etapa más importante en lo que representa la teoría de daños, nos referimos a la llegada de la revolución industrial y su impacto en el derecho, pues como época transformadora de la forma como vemos el mundo, la economía, las sociedades, pasando de lógicas agrícolas, a una sociedad industrial, esto, sin duda, también tuvo un impacto en las relaciones humanas que no fueron ajenas a la preocupación del derecho de daños a lo largo del siglo XIX. Así hacen su aparición nuevas categorías de daños, pero como todo efecto disruptivo, fue duramente criticado y resistido por muchos juristas, hasta que su entendimiento y admisibilidad se forjó en los tribunales, con cierta explicación lógica humanista, esta evolución jurídica la podríamos resumir en la regulación normativa de cuatro aspectos relevantes: el primero, relacionado a la equiparación de los daños producidos por acciones y omisiones como fuente generadora del daño; en segundo lugar, se aborda con mayor profundidad los daños que se originan por las negligencias, que aunque no fueron ajenos a las etapas previas, es aquí que adquieren una real comprensión; tercero, se admite el *daño moral*, que como referimos, no fue ajeno a la historia del derecho de daños, pero es en esta etapa, que visto los dilemas del dolor familiar que se producían por los accidentes de trabajo en la época industrial, encuentra una plena explicación, conociéndose comúnmente como el daño del dolor, y aunque fue cuestionado porque sucumbía a la arbitrariedad de su percepción o cuantificación, actualmente se ha aceptado sin mayor cuestionamiento el concepto de indemnizar el daño moral, ello basado en que el dinero obtenido en una sentencia por ese tipo de daños, cumple una función de equivalencia, es decir, que el dinero servirá para reparar-aliviar el dolor y así restablecer el desequilibrio quebrado. Por último, la incursión de la Teoría del Riesgo, como señala a continuación Díez-Picazo (1999)²

La teoría del riesgo aparece de manera incipiente en la primera ley francesa de accidentes de trabajo (1898), producto seguramente de las incipientes luchas sindicales a

2

Díez- Picazo, L. Derecho de Daños. Problemas de Fundamentación. (1.ª ed.). Madrid: Editorial Civitas, 1999, p. 108.

consecuencia del incremento de los accidentes de la industria y en la minería y de la elemental idea de justicia que su producción suscitaba. La lógica de esta ley era que el empresario es responsable de pleno derecho, independientemente de toda culpa por su parte, de los accidentes acaecidos con motivo del trabajo de sus obreros y empleados. La víctima solo tiene que probar el accidente. Únicamente pierde sus derechos cuando el accidente es resultado de su culpa intencional; cuando existe culpa inexcusable, simplemente se reduce la indemnización debida en la forma de una pensión; por el contrario, cuando el accidente se debe a la culpa inexcusable del patrono, o de quienes lo sustituyan en la dirección, se podía aumentar la indemnización. (p. 108)

El jurista francés Louis Josserand, es el primero en generar los postulados sobre la Doctrina del Riesgo, trabajo que le valió críticas de los juristas de la época, pero admitida con cierto reparo por los jueces franceses de la época, quienes evitaron plasmar tempranamente esta teoría, haciéndolo de manera discreta, parafraseando la responsabilidad de la persona por hechos cometidos con bienes bajo su guarda, o responsabilidad del guardián de la cosa inanimada, fórmulas que incluyen la responsabilidad por el manejo de determinados bienes bajo la dirección de personas naturales o jurídicas.

Así llegamos a la etapa de la descodificación de daños. Entiéndase que esta etapa aparece desde 1970 en adelante y fue entendida como la etapa en la que se evita colocar en los códigos aspectos regulatorios relacionados a daños, pues más bien se legisla de manera particular en leyes especiales, que viene marcada por la aparición de regímenes de *responsabilidad civil extracontractual especiales*, como el que regula el uso y circulación de vehículos automotor, la responsabilidad por transporte aéreo, responsabilidad por daños producidos por materiales radioactivos, incluso por derrames de hidrocarburos en el mar. Por último, tenemos la aparición de la protección del derecho del consumidor por productos defectuosos. Todo esto forma parte de esta etapa, pero que ofrecen en común la irrupción de los intereses supraindividuales.

Esta etapas vienen, además, marcadas por una fuerte tendencia a lo que se conoce como desindividualización y socialización de los daños, en clara alusión a los daños que afectan intereses

supraindividuales –como son los daños ambientales– puesto que los daños de este tipo, afectan a los más desprotegidos, promovándose modelos de reparación basados en aseguramiento general, el famoso sistema de pólizas de seguro, esto con el fin de hacer frente a la dificultad que enfrenta la reparación del daño en una sociedad posindustrial y tecnológica, distinta a la concepción inicial basada en una mirada individualista que se encuentra marcada con la llegada de la revolución industrial y posrevolución industrial.

3. El daño ambiental como concepto en la doctrina

No cabe duda que, desde la Declaración de Estocolmo hasta nuestros días, el *daño ambiental* se ha convertido en la piedra angular de todas las preocupaciones de la humanidad. No es ajeno pensar que la situación climática que actualmente vivimos sea el resultado del fallido control de riesgos ambientales de los últimos 70 años; siendo así, resulta compleja la tarea que han iniciado diversos juristas, en el intento por aproximarnos al concepto de daño ambiental.

En diversos países, se advierte con mucha claridad que los costos originados por la gestión de los riesgos y daños ambientales siguen incrementándose, por ello, no resulta extraño que la tendencia en Europa sea que los tribunales de justicia se encarguen –a través de sus fallos– de controlar y castigar los comportamientos dañosos de las industrias extractivas y contaminantes. Es pues el último recurso, el que nos permite la intervención de la justicia, ya sea a través del Poder Judicial y su jurisprudencia o la del legislador con la promulgación de normas aún más severas que contribuyan a frenar el desmedido daño que hacemos al ambiente y que en buena cuenta es el contribuyente del cambio climático. Si bien es cierto, existe una fuerte preocupación del mundo jurídico por estos problemas, no se deja de mencionar que el *derecho civil* y sus principales exponentes se han mostrado aún tímidos para abordar esta problemática. Ahora bien, diversos juristas –sobre todos aquellos en el ámbito del derecho administrativo– nos aproximan con su entendimiento del problema y su propuesta de delimitación a entender el problema, pero recordemos que en la medida que el concepto se esboza de manera amplia, corremos el riesgo de no materializar su aplicación en el contexto de la justicia, y por el contrario, si se hace de manera muy reducida, correremos el

riesgo de perder de vista algunos aspectos de la teoría de daños que resultan de mucha importancia para las sociedades en desarrollo como las sudamericanas y en especial de la peruana.

En ese contexto, Lorenzetti (2021) afirma lo siguiente:

El daño ambiental presenta caracteres y especificidades que lo hacen diferente de cualquier tipo de perjuicio que puedan sufrir otros bienes que el derecho privado constitucionalizado también se encarga de tutelar. Existen básicamente dos tipos de lesiones: las causadas al ambiente en sí mismo o daño ecológico puro, y las que se producen a los bienes individuales por la afectación del ambiente, o daño de rebote, o par ricochet. (p. 266)

Por su parte –y sin apartarse de esa línea de construcción conceptual– Goldenberg y Cafferatta afirman lo siguiente:

Se ha recordado que el daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solo el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (par ricochet como dicen los franceses) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación, resarcimiento o perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado. (p. 152)

En otra línea y un poco más conectada a lo que entendemos por daños ambientales, Bustamante (1994)³ afirma lo siguiente:

Toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tiene

3

Bustamante, J. Derecho Ambiental. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 44.

por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. (p. 44)

En esa línea conceptual, a continuación señala Benjamín (como citado en Besalú, 2005)⁴:

Coincidentemente con la doctrina de nuestro país, los autores brasileños sostienen que el perjuicio ambiental es una realidad multifacética, abarcaría tanto del daño ambiental personal *-patrimonial y/o moral-* como del daño ecológico o daño a la naturaleza o daño ambiental *strictu sensu*. (p. 198)

Sin alejarnos de las posturas de juristas argentinos señalan Mosset, Hutchinson y Donna (2011) lo siguiente:

El daño ambiental no es un daño común, si puede usarse esta expresión para aludir los perjuicios cuya realidad es fácilmente comprobable. Daño actual o daño futuro cierto. Por materia sobre la cual recae, por el bien jurídico comprometido, encaja difícilmente en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro y daño personal o daño ajeno. (p. 87)

La doctrina nacional, si bien con mayor discreción y prudencia, también ha generado aportes que merecen ser citados, por lo menos, para dejar constancia de las posiciones que fueron adoptadas por los juristas de casa, así pues, no se puede dejar de citar a Trazegnies (2016) que afirma lo siguiente:

Si bien es claro que los daños por contaminación deben ser considerados socialmente intolerable si se cometen intencionalmente o con culpa inexcusable o mediando infracción de las normas legales y reglamentarias correspondientes o abuso de derecho o violando los derechos de la personalidad como cualquier otro daño causado en esas

4 Besalú, A. Responsabilidad por daño ambiental (1.ª ed.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL., 2005, p. 198.

circunstancias, pensamos que pueden también constituir per se una categoría independiente de daños socialmente intolerables. (p. 325)

Por su parte, el profesor Espinoza (citando a Jourdain, 2019) afirma lo siguiente:

Calificada doctrina francesa prefiere utilizar el *nomen* de Daño ecológico, advirtiendo que hay dos maneras de concebirlo que, aunque opuestas, no son excluyentes entre sí. En la primera. La cual podemos calificar como tradicional, el daño ecológico es percibido a través de molestias sufridas por el hombre como consecuencia de una afectación al medioambiente. La segunda, más específicamente ecológica, en la cual el daño ecológico es considerado en cuanto tal, independientemente de sus repercusiones sobre el hombre, como una afectación directa al medio natural. Con la finalidad de diferenciarlo de aquellos daños ecológicos que lesionan intereses humanos, se le designa muy a menudo con la expresión daño ecológico puro, en el sentido de que está considerado sin tomar en cuenta ningún otro perjuicio personal. (p. 1477)

No se puede dejar de mencionar a Vidal (2014) que afirma lo siguiente:

Resulta complejo efectuar una sola definición de daño ambiental, debido a sus diferentes matices de los bienes que se podrían vulnerar, como los de carácter civil (salud, propiedad), etc.) y los de carácter públicos (el agua, el aire, el bosque o la biodiversidad). El daño ambiental es completamente diferente al daño civil que conocemos en el sistema de responsabilidad civil. (p. 95)

En general, la doctrina coincide en establecer que se trata de un daño distinto que no encuentra únicamente –en la institución de la responsabilidad civil clásica– una respuesta adecuada para tratar el problema, además existe cierto consenso, en establecer que los daños ambientales se pueden advertir en función a las repercusiones –perjuicios–, distinguiendo los daños ecológicos puros de los daños personales (a la salud, calidad de vida, patrimonio, etc.), que se experimentan por rebote y que requiere, también, un tratamiento para

su adecuada protección.

Luego de revisar las posturas asumidas por la diversidad de juristas, se puede responder algunas de las preguntas que inicialmente se plantearon: ¿Es el daño ambiental una nueva clase de daños? *Claro que sí*, de la misma manera en la que apareció el daño moral en la historia del derecho de daños, irrumpe esta nueva clase de daños, como resultado de la obligación de las constituciones contemporáneas que velan por la protección de bienes jurídicos supraindividuales como lo es el ambiente, pues la evolución es marcada, pasamos de una mirada de protección de bienes jurídicos e intereses jurídicos individuales (vida integridad, patrimonio) a proteger bienes jurídicos supraindividuales como lo es el ambiente.

Con relación a la siguiente interrogante: *¿Se puede ubicar el daño ambiental dentro de la clasificación habitual de daños patrimoniales y extrapatrimoniales?* Se considera que no. Si bien la clasificación que la doctrina elaboró sobre los daños en función a lo patrimonial y extrapatrimonial, para referenciar a los daños al patrimonio (daño emergente y lucro cesante), por otro lado, se admitió el daño moral y el daño a la persona, siendo estos últimos concebidos como daños extrapatrimoniales. Se debe señalar que la construcción de la clasificación en virtud a la patrimonialidad o extra patrimonialidad se gesta con base en el ser humano, cuya relación es directa —el derecho de daños individualista— mientras los daños ambientales, cuya concepción es de naturaleza supraindividual, posee matices de la etapa de desindividualización de daños, por lo que tendría dificultades para encajar en la clasificación de patrimonial y extrapatrimonial; primero, porque lo patrimonial guarda relación a bienes cuya facultad inherente es la disposición y enajenación, algo que no ocurre con los bienes ambientales o ecosistémicos, debido a que los recursos naturales, si bien son patrimonio de la nación, el Estado solo detenta sobre ellos el dominio eminential, más no las atribuciones del derecho de propiedad, por lo que no es posible encuadrar esta categoría de daño patrimonial al concepto de daño ambiental. Ahora bien, sobre si el daño ambiental constituye una categoría de daño extrapatrimonial, se podría referir que estas categorías, como emanaron desde su fuente, fue concebida como daño del dolor, y si bien el daño ambiental admite el daño por rebote en la persona, eso no impide que pueda existir un daño moral, pero aquí se rompen los esquemas de traslado de derecho

de reclamación del daño moral, que como se advierte históricamente, solo se admitía a los familiares directos o sobre los que recae el derecho alimentario; es aquí donde se encuentra el primer dilema, y es sobre quién debe recaer el derecho indemnizatorio, aspectos que han sido señalados de manera muy general en el artículo 82 del Código Procesal Civil, que más adelante se comentará.

A continuación, y antes de esbozar algunas conclusiones, se verá el tratamiento legislativo otorgado en algunos países sobre el concepto legal de daño ambiental, esto con el fin de establecer, primero, si la doctrina guarda cierta conexión con el desarrollo legislativo o si no encuentran consenso, además, claro de verificar si nuestra legislación adopto alguna postura sobre la delimitación y como esto repercute en el análisis jurídico del concepto.

4. El daño ambiental en la legislación comparada

La legislación alemana promulga la Ley de Responsabilidad Ambiental en 1990, la (*UmweltHG*), que regula la responsabilidad civil por daños ambientales. Esta norma establece el traslado de responsabilidad al titular de una instalación específica en su anexo 1, mediante la cual eran únicamente responsables por los daños que cause a la vida, a la salud o a la propiedad. Esto evidencia una marcada utilización del derecho de daños tradicionales en función a la afectación de la persona, lo que deja de lado la vertiente del daño ecológico puro.

A diferencia, la Ley Británica sobre protección ambiental de 1990 (*Environmental Protection Act*) contempla la protección del aire, agua, suelos, organismos vivos y cualquier otra interferencia en los sistemas ecológicos de los cuales forma parte el ser humano, tanto en su faz de daño personal como en el patrimonial, en ella se opta por protección ambiental primaria.

En España, mediante la Ley N.º 26/2007, denominada *De responsabilidad ambiental*, se estableció conceptualmente el daño ambiental, cuyo componente es bastante amplio, lo que indica que constituyen estos los denominados daños a las especies silvestres y a sus hábitat, daños a las aguas, los daños a la ribera del mar y de los ríos, los daños al suelo, es decir, incluso cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos

adversos para la salud humana o para el medio ambiente debido al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo; se aprecia –de manera general– que esta ley advierte los daños ecológicos puros y también los daños por rebote a las persona.

En Sudamérica, se pueden mencionar los esfuerzos normativos de Chile en 1994, que aprobó la *Ley sobre bases generales del medio ambiente*, en ella desarrolla el concepto de daño ambiental en su artículo 2 y lo define de la siguiente manera: «se entenderá por Daño Ambiental, a toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes», pues emplea un concepto amplio.

Por su parte, Argentina a través de la Ley N.º 25.675, *Ley General del Ambiente* del año 2002, definió en su artículo 27 al daño ambiental como «toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos». Aquí se evidencia una definición bastante amplia que evita, incluso, pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del hecho dañoso.

Una experiencia distinta es la de Colombia con la Ley N.º 99, denominada *Ley General Ambiental de Colombia* del año 1993, en la que no se ingresó a este terreno de definiciones legales del daño ambiental, y dejó en los jueces, la labor de completar este contenido.

Mientras que la República de Ecuador, con la aprobación de su reciente Código Orgánico del Ambiente el año 2017, resultó ser uno de los últimos países en definir legalmente el daño ambiental, pues optó por una definición de daño ambiental amplia, así se verifica del glosario de términos, cuando sostiene que el daño ambiental es «Toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas. Comprenderán los daños no reparados o mal reparados y los demás que comprendan dicha alteración significativa».

Como se logra apreciar, la legislación comparada se muestra más cercana a la concepción normativa en cuerpos de leyes especiales –

nos referimos a las leyes generales ambientales— pues en ningún caso se ha intentado incorporarlo en los respectivos códigos civiles, quizá motivados por las dificultades que el propio derecho civil encuentra para este tipo de daños, siendo esto aún, una tarea pendiente para nuestras naciones.

5. El daño ambiental en la legislación peruana

Antes de precisar el concepto legal de daño ambiental establecido en nuestra legislación, es indispensable recordar algunos conceptos ambientales que nos resultaran útiles para entender este concepto.

En la conferencia realizada en el V Seminario Permanente de Profesores del Departamento de Derecho (2005) Curso “Derecho y Medio Ambiente, el Dr. José Esteve Pardo afirmo con relación a los que debemos entender por riesgo ambiental lo siguiente:

El concepto de riesgo se adscribe inequívocamente a la técnica. Los riesgos *—al menos tal y como están yo creo que ya definitivamente perfilados en su concepto—*, tienen un origen siempre tecnológico. Aquí está la diferencia un tanto convencional, si se quiere, pero útil a nuestros efectos, entre riesgo y peligro. El peligro tiene un origen natural, son peligros naturales. No hay intervención humana en la generación de los peligros, mientras que el riesgo tiene un origen tecnológico. Detrás de un riesgo siempre hay, ineludiblemente, una tecnología, y detrás de una tecnología siempre hay un conjunto de decisiones humanas. No somos, por tanto, responsables frente a los peligros de origen natural, pues no los hemos generado, pero sí que somos responsables frente a los riesgos. Los peligros no constituyen materia para el Derecho. El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos. (Logroño, 2016, párrafo 6)

Queda claro que el riesgo ambiental constituye en esencia esa posibilidad de afectación al ambiente como consecuencia de

las actividades humanas, sean estas industriales y/o extractivistas. También se debe considerar que no se puede dejar de producir estos riesgos, pues estos nos permiten gozar de los beneficios que la tecnología ofrece en el desarrollo de nuestras sociedades; solo imaginemos en términos de beneficios, cuánto tiempo nos tomaba viajar de un lugar a otro hace 150 años y cuanto nos toma ahora, o cuánto tardaban nuestras comunicaciones y como nos comunicamos hoy. No cabe duda de que la admisión del riesgo constituye, en esencia, un símbolo de nuestra era; sin embargo, también implica uno de los más álgidos problemas, pues son esos mismos riesgos los que actualmente amenazan a nuestro hábitat, tal como lo expresó Serrano María, Serrano Alfonso y Carlos Vásquez (2009, p. 26) «En efecto la acción humana desempeña un papel decisivo en los riesgos, y tanto para su producción como para su control y administración y para la adscripción de responsabilidades». Por esto, resulta vital, primero, identificar los riesgos, gestionarlos correctamente y dentro de ese contexto, el Estado deberá controlar y/o fiscalizar el comportamiento de gestión de riesgos y cuando esos riesgos son superados deberá sancionarlos para encontrar cierto equilibrio de justicia.

En ese contexto, el derecho ambiental cumple un rol importante, pues no solo selecciona los riesgos ambientales que admitirá, sino también, impone comportamientos de cuidado para gestionarlos, sin que esto implique renunciar a la posibilidad del desarrollo industrial y tecnológico, sino, por el contrario, lo hace a través de mecanismos preventivos como los estudios de impacto ambiental. El término impacto ambiental es de mucha utilidad en el derecho administrativo ambiental y este se refiere al impacto en el ambiente que los riesgos controlados y autorizados originarán, así se puede advertir en nuestra legislación nacional cuando lo señala, artículo 24 de la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente:

24.1. Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar **impactos ambientales** de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los

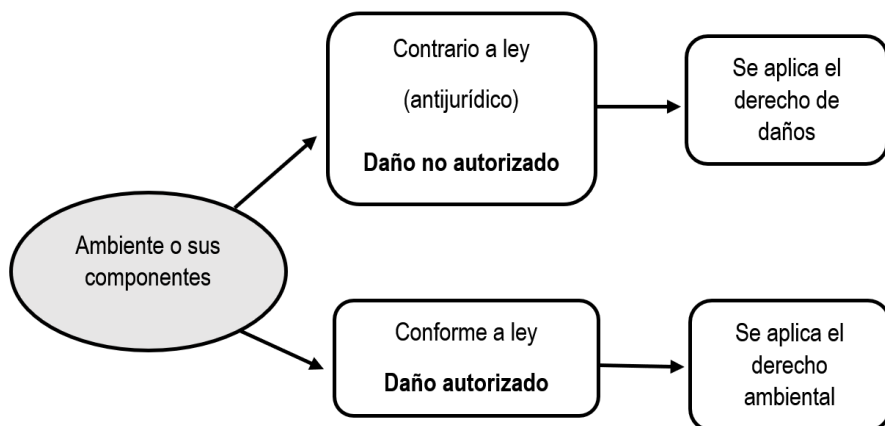
componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

Queda claro entonces, que cuando tratamos sobre el impacto ambiental nos referimos a las situaciones futuras que implican una degradación ambiental autorizada, lo que en buenos términos serían los denominados daños autorizados no punibles por el derecho civil ni penal; ahora bien, teniendo claridad sobre lo que se entiende por impacto ambiental, nos toca tratar sobre el daño ambiental, el que se encuentra concebido legalmente en el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, precisando lo siguiente: «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»; es de advertirse que el Perú optó por una *definición amplia*, pues considera daño ambiental a todo menoscabo material, incluso aquellos que se produzcan sin contrariar disposición jurídica alguna. Esto implica un enorme problema en el ámbito de la responsabilidad en general, pues toda responsabilidad parte del comportamiento antijurídico, cuestión que no ha sido contemplada en esta redacción, para ponerlo en términos prácticos, toda actividad que inicialmente contempla posibles impactos genera un daño, tal es el caso de una empresa minera que afecta la cobertura arbustiva de la ladera de un cerro, inevitablemente ocasionará daños a dicha cobertura vegetal, pero estos daños, al ser daños autorizados por la aprobación de los instrumentos de gestión ambiental preventivos como los estudios de impacto ambiental, se vuelven daños admitidos, y por ende, estos daños no originan reproche legal, aunque si puedan ser materia de obligaciones posteriores denominadas acciones de mitigación, rehabilitación o compensación ambiental previamente establecidas en el instrumento de gestión ambiental preventivo (EIA). Es decir, el derecho de daños no operaría bajo estas lógicas –daños permitidos–, pues no contienen el elemento antijuricidad, cuestión muy distinta sucederá si como producto de la actividad minera, se produce una acción dañosa no

contemplada en los instrumentos de gestión ambiental preventivo (como los estudios de impacto ambiental), originando un daño al ambiente. Con este supuesto, estaríamos ante un hecho dañoso no admitido y corresponde someterlo al sistema de responsabilidades civiles; esto en el derecho civil se explica, aún mejor, con la redacción del artículo 1971 del Código Civil peruano que establece: artículo 1971.- *Inexistencia por responsabilidad*. 1. El ejercicio regular de un derecho. Esto es la plena descripción del daño autorizado, que en el derecho civil exime como respuesta a la responsabilidad civil, pero que, en el derecho ambiental, implica obligaciones de mitigación, rehabilitación o compensación como previamente lo hemos señalado.

El siguiente cuadro nos permitirá tener una idea clara de este extremo del concepto:



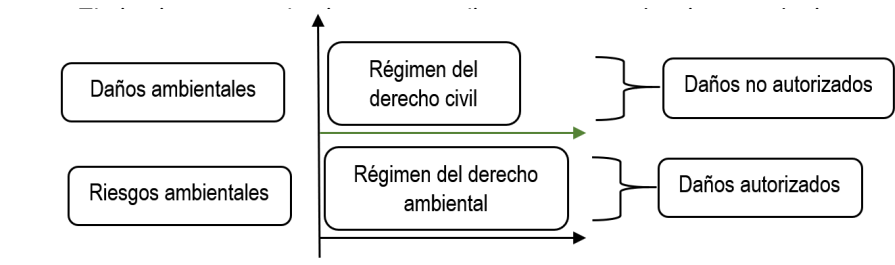
Uno de los elementos de la definición legal de daño ambiental que originó múltiples explicaciones es el que se refiere a «genera efectos negativos actuales o potenciales», ahora, para entender ¿qué es lo que el legislador pretendió al precisar «efectos actuales y potenciales»? Resulta prudente, previamente, recordar algunos conceptos sobre el particular y por esto no puede dejar de mencionar lo señalado por Espinoza (citando a Brun y de Metteis, 2009):

Atenta doctrina francesa distingue el daño del perjuicio. Así, “el daño es la lesión a la integridad de una persona o cosa, mientras que el perjuicio se encuentra dentro de

las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de dicha lesión. Mientras que autorizada doctrina, en posición que comparto, entiende estos términos como sinónimos.

Más allá de etiquetas, hay que tener en cuenta los contenidos. En efecto, en la experiencia jurídica italiana, se distingue el daño-evento (lesión a un interés tutelado) del daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la justicia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles. (p. 430)

Es atendible considerar lo citado con anterioridad con relación a los daños, pues la norma ambiental⁵ se refiere al efecto de los daños, siguiendo la explicación de cualquiera de las dos escuelas del derecho civil –francesa o la italiana antes referidas–, se puede advertir que la norma se refiere a las consecuencias del daño y estas se manifiestan como el resultado del hecho dañoso y cuya apreciación –evidencia– es inmediata (actuales) o también puede darse el caso de una apreciación futura –evidencia futura– es decir, que aparezcan en el tiempo, puesto que el daño, se produjo por su naturaleza técnica o particular lo cual logra que sus consecuencias puedan aparecer en el futuro; sin embargo, esto no significa que el daño sea futuro ni menos que se trate de actividades que por efectos acumulativos evidencien perjuicio en el futuro, pues en ese caso se estaría contemplando un riesgo ambiental y no un daño ambiental.



5

Concepto legal de daño ambiental establecido en el art. 142.2.de la LGA

Esa línea de razonamiento estableció el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental del Perú, quienes en la Resolución N.º 082-2013-OEFA/TFA, ha señalado en su considerando 54, 55, 56 y 57 lo siguiente:

54. De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental prevista en la Ley No 28611 recoge dos elementos de importancia: a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes. b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.
55. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación al ambiente que se produce, por ejemplo, al emitir sustancias contaminantes que deterioran la calidad física o química de alguno o varios de los elementos del ambiente, alterando su estado natural en mayor o menor medida.
56. A su vez, el segundo elemento hace referencia a que, en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales entendiendo como potencial aquello que puede suceder o evidenciarse en el futuro.
57. Tal como señala Sánchez Yaringaño «el efecto negativo del daño ambiental no necesariamente debe ser inmediato y actual, sino que puede ser potencial y futuro. Al respecto, es necesario distinguir entre causas y efectos. De acuerdo a la Ley, solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí tienen que verificarse en la realidad (...) a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología.

Siendo contrario a lo dispuesto en la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N.º 035-2013-OEFA/PCD y anexos que aprobó el

manual explicativo de la metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, que señala en el rubro la siguiente definición:

Daño potencial:

Contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

Sobre el concepto, antes transcrito, emitido por la máxima autoridad administrativa y rectora en materia de fiscalización ambiental, se podría afirmar que es cuestionable. Para una mejor explicación se utilizará el siguiente caso hipotético, imaginemos un derrame de una sustancia química a las aguas de un río amazónico, es evidente la existencia de un daño –daño eventual– pero la afectación de ese hecho, podría mostrar sus consecuencias, no de manera inmediata, sino que lo podría hacer en el futuro, es decir, el daño consecuencia o perjuicios, se suelen manifestar en el tiempo.

Otro aspecto importante que, ciertamente es importante mencionar, es el entorno al concepto legal del daño ambiental en el Perú, que el Tribunal Constitucional ha utilizado, para referirse al concepto de ambiente: «El medio ambiente se define como (...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos» (Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, Fundamento 27). A decir de nuestro máximo Tribunal, cuando se refiere a los componentes del ambiente, estima al ser humano como elemento nuclear de su definición, dicho pronunciamiento no debe pasar desapercibido, pues se encierra ciertamente, una mirada antropocéntrica de nuestro modelo de protección ambiental, siendo el ser humano su máxima preocupación y por esto, la protección de su entorno –ambiente– adquiere relevancia, lo cual genera un espacio que concibe la admisibilidad del daño ambiental por rebote al ser

humano en su concepción social, cultural y económica.

6. Sistema de responsabilidad por daño ambiental en el Perú

No cabe duda que la delimitación del concepto de daño ambiental resulta aún compleja, sin embargo, con relación a la fijación de la responsabilidad por daño ambiental, el Perú cuenta con parámetros mejores definidos, así lo determinó nuestra legislación a través de la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, nuestro Código Civil y el Código Procesal Civil, que se analizarán a continuación.

El Perú, siguiendo la corriente legislativa mundial, estimó conveniente promulgar una Ley de Gestión Ambiental (Ley N.º 28611), esto con la finalidad de regular las actividades ambientalmente riesgosas, estableciéndose derechos y principios propios del derecho ambiental, obligaciones de cuidado ambiental para las actividades extractivas, y el régimen de responsabilidades por daño ambiental. Ciertamente, la norma implica un avance en materia de regulación ambiental para nuestro país, sin embargo, la ausencia de un marco conceptual que nos ayude a delimitar técnicamente los niveles de intervención impidió distinguir rápidamente las categorías del derecho ambiental de las del derecho civil, como bien lo efectuó en Ecuador con su Código Orgánico del Ambiente en el año 2017.

En la Ley General del Ambiente, se encontrará términos como degradación ambiental, impacto ambiental y daño ambiental, los cuales utilizamos con mucha frecuencia como sinónimos, en realidad tienen un contenido histórico-técnico, la degradación ambiental es un término que se acuñó por primera vez de manera formal en la Declaración de Estocolmo (1972) en su Recomendación 20: [...] «Por otra parte, convendría señalar que, además de los diferentes fenómenos físicos y climáticos que concurren a la degradación de los suelos, hay hechos económicos que contribuyen también a ella». Se utilizó el término «degradación» para señalar el deterioro del ambiente de manera general. Mientras el término «impacto ambiental» aparece de manera expresa en la Declaración de Río (1992):

Principio 17:

Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional,

respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

Como señala, el principio se gesta de la siguiente manera: la utilidad preventiva de los instrumentos de gestión ambiental, adquiere el concepto de evaluación de impacto ambiental, en ese contexto, se puede afirmar que el concepto de impacto ambiental es y será siempre hipotético y relacionado a lo que sucederá en el futuro. Ahora bien, el daño ambiental, si bien es cierto su aparición conceptual se remonta a la Declaración de Estocolmo, el término daño, es histórico, que se encuentra recogido por el derecho desde el derecho romano como se ha mencionado.

Luego de precisar estos conceptos, se debe señalar que nuestra legislación nacional recogió el principio de *responsabilidad ambiental* contemplada en el artículo IX denominado «Del Principio de Responsabilidad Ambiental» de la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, que señala lo siguiente:

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

La responsabilidad señalada en este principio es más que el concepto de responsabilidad que tenemos los abogados, como lo explicaba Hans (1995):

El poder causal es condición de responsabilidad. El agente ha de responder por su acto: es considerado responsable de las consecuencias del acto y, llegado el caso, hecho responsable en sentido jurídico. Esto

tiene por lo pronto un sentido legal y no un sentido propiamente moral. El daño causado tiene que ser reparado, y eso, aunque la causa no fuera un delito, aunque la consecuencia no estuviera ni prevista ni querida intencionalmente. Basta que yo haya sido causa activa. Sin embargo, eso sólo ocurre cuando se da una estrecha conexión causal con el acto, de modo que la atribución sea inequívoca y la consecuencia no se pierda en lo imprevisible.

Este principio de responsabilidad ambiental no ha sido construido con los parámetros del derecho civil o penal, para explicarlo en términos sencillos, se ha construido bajo parámetros morales, que bien pueden ser resumidos en palabras de Hans (1995) de la siguiente manera: «obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra», eso muestra la particularidad de este principio ambiental, sobre el cual se ha erigido el derecho ambiental internacional, conteniendo un origen absolutamente ético y no jurídico. Se debe recordar que la responsabilidad en el derecho se funda en el binomio causa–efecto, en tal sentido, que cuanto más se evidencia la causalidad de mejor manera, se advierte la consecuencia derivada de ella; sin embargo, tratándose del derecho ambiental, ese binomio podría ser entendido como causa–efecto incierto, lo que en términos del derecho civil sería una causa irreprochable, encuentra en términos del derecho ambiental su real concreción, ¿y cómo se materializa este principio?, como se advirtió anteriormente, se materializa con la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental preventivo, esto a efecto de no generar daños no admitidos. Este principio de responsabilidad ambiental se encuentra íntimamente ligado al *principio precautorio* de la Ley General del Ambiente, que señala lo siguiente: «Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente».

Se esbozará un ejemplo, para explicar estos conceptos y los niveles de intervención del derecho ambiental y el derecho civil de daños: si una empresa desea realizar una actividad extractiva o industrial que resultara, ambientalmente riesgosa, requerirá previamente de la aprobación por parte del Estado de un instrumento

de gestión ambiental preventivo (EIA), en ella, se establecerá la posible degradación o impacto ambiental que ocurrirá, pues aquí se está ante lo que algunos civilistas denominarían «los daños admitidos», sin embargo, aquí se muestra plenamente el principio de responsabilidad ambiental, puesto que el instrumento de gestión ambiental también deberá contener las medidas de restauración, rehabilitación, reparación o compensación, como parte de obligaciones ambientales por el desarrollo de la actividad, entiéndase que estas acciones son en el plano de la proyección –siempre previas–, pues hasta ese momento aún no hay actividad; una vez que la empresa es autorizada a desarrollar el proyecto lo hará con autorización del instrumento de gestión ambiental, y es sobre este instrumento que la acción fiscalizadora del Estado se despliega. Ahora bien, imaginemos que, como consecuencia de la actividad riesgosa, la empresa –ya operando– origina un hecho dañoso contra el ambiente, que no fue materia del instrumento preventivo. En ese escenario, nos encontramos ante un daño ambiental contrario a la ley, es decir, de daños no admitidos y, por ende, este es el escenario de intervención del derecho de daños –responsabilidad civil– que incluso podría extenderse al plano de las responsabilidades penales por delitos ambientales.

En resumen, existe reparación, rehabilitación o compensación de daños admitidos y contemplados en los instrumentos preventivos que no forman parte del derecho de daños (derecho civil), sino que forman parte del derecho administrativo ambiental, pero cuando estos riesgos no son controlados y originan daños no contemplados en los instrumentos de gestión ambiental, se convertirán en daños que deben ser resueltos bajo lógicas del derecho civil, a través de la institución de la responsabilidad civil; por esto, resulta común confundir estos conceptos, como si formaran parte de lo mismo, pero claramente no lo son, pues su intervención responde a esferas distintas, puesto que en el derecho civil, solo será materia de aplicación el daño que contiene antijuricidad.

Ahora bien, se mencionó que la legislación nacional (Ley N.º 28611), ha contemplado un título denominado Responsabilidad por Daño Ambiental, que aborda, la fiscalización de los riesgos ambientales autorizados, que se muestra a través de la vigilancia, control, seguimiento y verificación de las actividades, pero además, determina de manera concreta el régimen de sanciones, así lo ha establecido el

artículo 131, que señala lo siguiente: «Toda persona, natural o jurídica, que genere impactos ambientales significativos está sometida a las acciones de fiscalización y control ambiental que determine la Autoridad Ambiental Nacional» y que su incumplimiento acarrea responsabilidades administrativas como lo señala expresamente el artículo 135 de la misma ley, cuando precisa lo siguiente: «Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la presente Ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas», siendo estas desde la amonestación, multa, decomiso de objetos e instrumentos, artefactos o sustancias, hasta multa no mayores a 30000 UIT.

Una reflexión final sobre este tema, de acuerdo al artículo 1971 del Código Civil peruano, no existe responsabilidad por daño (se refiere a los daños no admitidos) de quien actúa en ejercicio regular de un derecho, por esa razón, cuando el Estado autoriza una actividad en la que se precisa que generará impactos ambientales, estos no pueden ser sometidos a las acciones indemnizatorias por daños, pues se trata de daños admitidos cuyo componente es la autorización estatal. De otro lado, se encuentran los daños no admitidos y que se pueden producir como consecuencia de una actividad riesgosa; a estos se aplica, plenamente, la teoría de daños del derecho civil.

Resuelto este plano conceptual, se procederá a dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿los daños ambientales son contractuales o extracontractuales? Los daños ambientales nunca serán contractuales, lo que podría ser de exigencia contractual y legal es el tratamiento de los impactos ambientales que fueron autorizados; los daños ambientales siempre serán extracontractuales.

Otro aspecto relevante, en materia de responsabilidad del daño ambiental, es el relacionado a la *legitimidad para obrar*, que el artículo 143 de la Ley General del Ambiente ha definido de la siguiente manera:

Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil.

Esta redacción delimita la legitimidad para obrar amplia, al referirse a la acción que cualquiera ejecuta contra los que ocasionan o contribuyen a ocasionar un daño ambiental. En ese sentido, es preciso señalar que dicha acción debe ser entendida en el plano de la justicia administrativa, civil y penal, pues así también lo ha definido la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República cuando señaló lo siguiente:

En consecuencia, para tener legitimidad para obrar activa (del demandante) no es necesario ser titular de un derecho, sino expresar una posición habilitante para demandar, toda vez que la titularidad del derecho es una cuestión de fondo que deberá ser dilucidada en la sentencia, en tanto que la posición habilitante es una condición procesal mínima para establecer la existencia de una relación jurídico procesal válida (CAS. N° 589-2010 LIMA, Fundamento Noveno).

Queda claro que, por la norma especial ambiental (Ley N.° 28611), se genera una modificación tácita del artículo 82 del Código Procesal Civil, que restringía el derecho de acción a diversas instituciones públicas (Ministerio Público, Gobiernos regionales, Gobiernos locales, Comunidades nativas y campesinas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental y asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley y criterio del juez, este último por resolución debidamente motivada, se encuentren legitimadas para esto).

Si bien, la norma vigente permite una legitimidad para obrar amplia, surten ciertos problemas en la práctica para incoar procesos por daños ambientales, cualquier persona podría litigar caso de daños ambientales, en la medida que la actividad probatoria exige un alto nivel de prueba pericial o científica, se recuerda que estos casos en la vía civil, no están exentos de la carga de la prueba, por lo que resulta difícil admitir que cualquier persona tenga estas condiciones. Está el juez en la capacidad de verificar que las pretensiones sean las que correspondan al caso en concreto y de ser así, no estaríamos violentando la lógica del juez que no puede asumir las posiciones de las partes, o ya en el caso de sentenciar, estará el juez en la posibilidad de otorgar más de lo pretendido por las partes (ultra petita) o de otorgar cosa no pretendida en el caso en concreto (extra petita), quizá

el siguiente ejemplo explique esta disyuntiva. Una empresa genera daño ambiental, sobre ese hecho dañoso, una institución sin fines de lucro y sin mayor actividad probatoria demanda una cantidad pecuniaria mínima, y la empresa se allana a la demanda, pagando la indemnización irrisoria. ¿Puede un juez romper los esquemas de su participación, amparando más allá de lo pretendido o resolviendo pretensiones no planteadas? Se considera que siendo un tema en el que existe un reconocimiento de la legitimidad para obrar amplio, debe ser resuelto con actividad probatoria de oficio, que permita incorporar un mínimo de carga probatoria para resolver casos tan técnicos como lo son los litigios de daños ambientales.

La responsabilidad civil derivada de los daños extracontractuales no lleva necesariamente al escenario del factor de atribución, que bien se ha construido en el derecho civil, donde encontramos la clasificación de factores de atribución subjetivos (dolo y culpa) y los objetivos (la realización de actividades que el ordenamiento jurídico los determina como objetivos, como lo son las actividades riesgosas). Sobre estos dos, también la Ley General del Ambiente, ha mostrado preocupación, regulando ambos supuestos, los que han sido consignados en los artículos 144 y 145 respectivamente. Ahora bien, porque se ha incorporado los dos factores de atribución en la ley ambiental (subjetivo y objetivo), simplemente por existir situaciones que admitirán una u otra; se explicará con un ejemplo para dejar zanjado este tema: una empresa que desarrolla una actividad que normativamente ha sido considerada como una actividad riesgosa para el ambiente (hidrocarburos, minería), genera un daño ambiental, deberá ser imputada bajo el factor de atribución de responsabilidad objetiva; por otro lado, una empresa que desarrolla una actividad comercial, que no es considerada como actividad de riesgo ambiental, pero produce un hecho dañoso al ambiente, será imputada de responsabilidad por factor de atribución subjetivo, correspondiendo, en ese caso, demostrar si lo hizo mediando dolo o culpa.

Una marcada ausencia normativa en materia de responsabilidad por daños ambientales, es el relacionado a la prescripción de la acción, que además enfrenta más de un problema, puesto que solo quedaría la aplicación supletoria del artículo 2001 del Código Civil, que estima que la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años.

Uno de los temas inciertos aún, es el relacionado al cómputo del plazo prescriptivo por daño ambiental, pues se deberá tomar en cuenta el daño evento, o deberíamos considerar el daño consecuencia, entendiendo que determinados daños consecuencia en materia ambiental aparecen en el tiempo y muchas veces habiendo superado este plazo, también se debe considerar que este tipo de daños no son fácilmente identificables.

Con todo lo manifestado, se considera que ya se puede ofrecer respuesta a la última interrogante que se formuló con anterioridad: ¿En los daños ambientales se admiten o no, la llamada doctrina del riesgo? Claro que sí, es más, responde como factor de atribución a la responsabilidad objetiva.

7. La reparación del daño ambiental: particularidades

La reparación de daño ambiental, como concepto, no es ajeno a la serie de imprecisiones que nuestro ordenamiento jurídico ha construido, el Código Civil, señala en el artículo 1985 lo siguiente:

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño

Los daños originados por hecho antijurídico, pueden afectar diversos ámbitos, puede existir una afectación a su patrimonio, puede afectar los derechos que tiene como persona o por último violentar su esfera emocional, lo que inicialmente se conoció como daño del dolor. Cada una de ellas tendrá, por obvias razones, una forma distinta de reparación, en el caso de los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), la reparación estimará que se vuelva a encontrar el equilibrio patrimonial disminuido por la acción dañosa, en lo que conocemos como «supuesto de equidad pecuniaria».

Sin embargo, cuando se trata de reparación del daño a la

persona, entramos en terrenos escabrosos; imaginemos que producto de un accidente de tránsito, un familiar nuestro pierde ambas piernas, es claro que nuestro familiar experimenta un daño corporal que lo postrará a una silla por el resto de su vida, pero ese daño también origina un daño por rebote a su familiares que experimentarán el dolor de tener que acompañar la vida de un ser querido en dichas condiciones. ¿Cómo reparar ese daño? Aquí el dinero encuentra una suerte de compensación, para que con este se haga de satisfacciones que solo el dinero puede comprar y así intentar mitigar su pérdida. Ahora bien, en los temas relativos a los daños ambientales, si bien estos se encuentran íntimamente ligados al ser humano por su conexión de disfrute de los servicios ecosistémicos, no resulta descabellado pensar en la reparación al ambiente solamente, para esto la Ley General del Ambiente optó por una fórmula muy particular contemplada en el artículo 147 denominado «De la reparación del daño»:

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

Esta estructura imperativa diferencia la reparación *in natura* y la prioriza, sin dejar de lado la indemnización que genera el daño emergente (que se cuantificará), pero añade un elemento que resulta apropiado en materia de reparación del daño, y es el supuesto en el que no se puede reestablecer a la situación anterior al hecho lesivo. En este escenario, la norma dicta que el juez dispondrá otras tareas de recomposición o mejoramiento, que debe ser entendida como actos de compensación en términos ambientales, es por esto que cuando se trata de reparación del daño ambiental, se debe utilizar para efectos de formular pretensiones lo dispuesto en este artículo de la norma especial.

8. A modo de conclusiones

- a. Se puede afirmar que el daño ambiental es una nueva clase de daños, cuya aparición se suscita de la misma manera en la que irrumpió en la escena del derecho civil el daño moral.
- b. La regulación del daño ambiental en el Perú, se encuentra en una legislación especial: Ley General del Ambiente. Siguiendo la corriente mundial de descodificación de daños ambientales, lo cual no le resta valor ni aplicación, esto en contraposición con aquellos que exigen su incorporación en el Código Civil, para darle fuerza vinculante
- c. Se debe mejorar la redacción de los artículos de la Ley General del Ambiente para brindar mayor precisión conceptual y así evitar que los operadores jurídicos confundan conceptos del derecho civil y el derecho ambiental.
- d. Se requiere una modificación en el ámbito procesal para equilibrar las armas de litigio estratégico (plazos de prescripción, legitimidad activa con apoyo técnico, inversión de la carga de la prueba en determinados casos, articular las presunciones legales sobre el sistema de riesgos ambientales e incluso, precisar con mayor detalle la reparación del daño ambiental con el fin de evitar mayores confusiones).

Bibliografía

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños. Problemas de Fundamentación* (1.ª ed.). Civitas.

Lorenzetti, R.; y Lorenzetti, P. (2021). *Derecho Ambiental. Presupuesto de la responsabilidad civil* (9.ª ed.). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

Cafferatta, N.; y Goldenberg, I. (1998). *Daño ambiental y derecho del trabajo: confluencias*. Errepar.

Bustamante, J. (1994). *Derecho Ambiental*. Abeledo Perrot.

Besalú, A. (2005). *Responsabilidad por daño ambiental* (1.ª ed.). Editorial Hammurabi SRL.

Mosset, J.; Hutchisson, T.; y Donna, E. (2011). *Derecho Ambiental* (2.^a ed.). Rubinzal Culzoni.

De Trazegnies, F. (2016). *La responsabilidad extracontractual* (8.^a ed.). Ara Editores.

Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (tomo II) (9.^a ed.). Pacífico Editores.

Vidal, R. (2014). *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano* (1.^a ed.). Lex juris Editorial.

Serrano, M.; Serrano, A.; y Vasquez, C. (2022). *Tutela Penal Ambiental* (1.^a ed.). Dykinson.

Hans, J. (1995). *El principio de responsabilidad* (1.^a ed.). Herder.