



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Responsabilidad civil por daño ambiental. A propósito del
derrame de mercurio en Choropampa**

Tesis para optar el Título de
Abogado

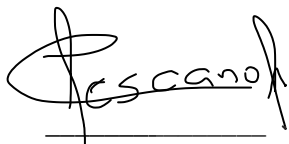
Grecia Virginia Renteria Sanz

Asesor(es):
Dra. Patricia Anahí Lescano Feria; Abg. Ursula Arens Castro

Piura, agosto de 2021

Aprobación

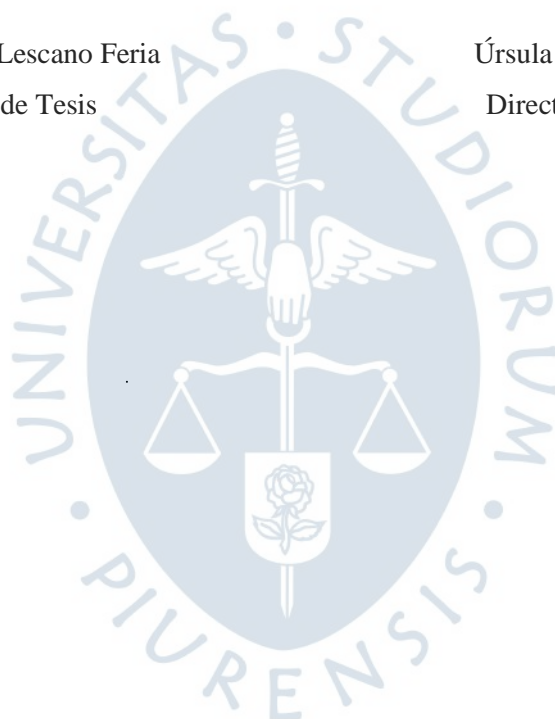
La tesis titulada “Responsabilidad civil por daño ambiental. A propósito del derrame de mercurio en Choropampa”, presentada por la bachiller Grecia Virginia Rentería Sanz en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por las Directoras de Tesis Dra. Patricia Anahí Lescano Feria y Úrsula Arens Castro.



Patricia Anahí Lescano Feria
Directora de Tesis



Úrsula Arens Castro
Directora de Tesis



Dedicatoria

Dedicado a María de los Ángeles y Virginia.

Esta tesis ha sido en gran parte gracias a ustedes.



Agradecimientos:

A Úrsula Arens, quien ha sido mi mano derecha, gracias a su ayuda esto ha parecido un poco menos complicado.

A Patricia Lescano, por su apoyo incondicional en esta etapa de tesista.

A Karla Vilela, por siempre animarme a continuar y sobre todo ayudarme a ver otro punto de vista.

A Sandra Rossi, por mostrarme el mundo del Derecho Ambiental.

A toda mi familia y amigos, gracias totales.



Resumen

A inicios de la década de los 90's, el Perú experimentaba un acelerado proceso de inversiones en actividades mineras modernas de gran escala. En ese sentido, las actividades como extracción de hidrocarburos, manejo de residuos sólidos, minería, etc. Han sido las principales fuentes del crecimiento económico en el Perú. Sin embargo, se trata de actividades que a su vez generan un riesgo debido a la alteración ambiental que causan o pueden causar. Asimismo, tales actividades han desencadenado la mayor cantidad de conflictos sociales con las comunidades que se han visto directamente afectadas. Uno de los accidentes más trágicos de la minería es el derrame de mercurio en Choropampa – Cajamarca, que generó daños irreparables, los cuales siguen siendo una herida abierta.

En ese sentido, tomando en cuenta que gozamos de un derecho al medio ambiente sano que implica la preservación de la naturaleza y sus recursos, la presente investigación tiene como propósito analizar si la responsabilidad civil tutela al medio ambiente como tal, y si esta institución jurídica contribuye en la efectividad y protección del derecho a un ambiente sano y adecuado.

El presente trabajo se ha dividido en tres capítulos. En el primer capítulo se titula “Nociones preliminares” para tener un paradigma amplio de lo que es el Derecho Ambiental en la actualidad y su relación con el desarrollo social. Asimismo, se estudia la regulación ambiental en el Perú y los diferentes principios que rigen el Derecho Ambiental nacidos por importantes tratados internacionales. Por último, en este capítulo se hace una breve comparación entre la responsabilidad contractual civil y la responsabilidad extracontractual.

En el segundo capítulo denominado “responsabilidad civil por daño ambiental”, se explicará la regulación de la ley general del ambiente y los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual ambiental. Asimismo, se desarrollará lo concerniente a la reparación ambiental de las actividades peligrosas o riesgosas para el medio ambiente frente a las no riesgosas o peligrosas ambientalmente.

Por último, el tercer capítulo lleva el título de “el derrame de mercurio en Choropampa”, tiene como objeto recrear lo sucedido con el derrame de mercurio en Choropampa en el año 2000. Con ello, se pretende mostrar las debilidades de las medidas adoptadas por el Estado frente al accidente ambiental y cómo podrá ser resuelto el mismo caso en el 2021.

Tabla de contenido

Introducción	15
Capítulo 1.- Nociones preliminares	17
1.1. El derecho ambiental	17
1.1.1. Protección del medio ambiente.....	19
1.2. Responsabilidad civil en el código civil peruano	23
1.3. La responsabilidad extracontractual en el Perú	25
1.4. Derecho características de la responsabilidad extracontractual	26
Capítulo 2.- Responsabilidad civil por daño ambiental	29
2.1. El novedoso tratamiento de la responsabilidad por daño ambiental en la ley general del ambiente	29
2.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual ambiental	29
2.2.1. Antijuricidad ambiental.....	29
2.2.2. Daño ambiental	33
2.2.3. Nexo causal	37
2.2.4. Ausencia de nexo causal.....	40
2.3. Factores de atribución.....	43
2.3.1. Responsabilidad subjetiva en la ley general del ambiente.....	43
2.3.2. Responsabilidad objetiva en la ley general del ambiente.....	44
2.4. Reparación del daño ambiental	46
2.5. Legitimidad.....	51
2.6. Plazo de prescripción.....	52
Capítulo 3.- Derrame de mercurio en choropampa	55
3.1. Derrame de mercurio en Choropampa	55
3.2. Ordenamiento jurídico vigente a la fecha de Choropampa.....	56
Conclusiones	67
Lista de referencias	69

Lista de tablas

TABLA 1.- Reparación en la vía administrativa, penal y civil.....	47
---	----



Introducción

Desde las últimas décadas, el paradigma del Derecho Ambiental se ha convertido en una pieza fundamental para el desarrollo del mismo empezando en 1972 con el reconocimiento del Medio Ambiente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo 1972).

En Perú, el Derecho Ambiental es un derecho relativamente joven pues fue reconocido por primera vez en la Constitución de 1979. Actualmente, la Constitución vigente también lo ha reconocido en su artículo 2 inciso 22, el cual señala: “a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. En concordancia con lo señalado en el artículo 2 inciso 22 se puede decir que el derecho a un ambiente sano se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, a la salud, al derecho de las nuevas generaciones a gozar de un ambiente saludable.

Actualmente, el código civil peruano no regula el sistema de responsabilidad civil frente a daños ambientales. Sin embargo, la ley 28611, ley general del ambiente, establece mecanismos de protección de los derechos ambientales, los cuales no pueden dar una protección integral debido a la discrepancia existente con el código civil peruano. Es por eso que una de las principales razones que motivan la presente investigación se debe a la ausencia de regulación de la responsabilidad civil frente a los daños ambientales por lo que la presente investigación jurídica busca determinar ¿Qué es el daño ambiental y cuál es la consecuencia jurídica por la producción de este? ¿Es suficiente la regulación del código civil peruano y la ley general del ambiente respecto a la responsabilidad por daño ambiental? ¿Cuál es el rol que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil frente a los daños ambientales? ¿Cuáles son los principios que deberían regir el sistema de responsabilidad ambiental ante los casos de contaminación y vulneración de los derechos ambientales?

Por consiguiente, para comenzar a analizar esta problemática, se ha creído conveniente dividir el presente trabajo en tres capítulos. En el primer capítulo titulado, “Nociones preliminares”, se estudia la definición de Derecho Ambiental, así como la regulación ambiental en el Perú y los diferentes principios que rigen el Derecho Ambiental. Además, se hace una breve comparación entre la responsabilidad contractual civil y la responsabilidad extracontractual.

En el segundo capítulo denominado “responsabilidad civil por daño ambiental”, se explicará la regulación de la ley general del ambiente, así como los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual ambiental; así tenemos la antijuricidad ambiental, la noción y configuración del impacto ambiental y la fijación de responsabilidad a partir de la

determinación del nexo causal. Además, se pondrá énfasis en el factor de atribución pues se cuestiona que las actividades ambientales se encuentren diferenciadas por ser peligrosas o riesgosas ambientalmente sin existir mayor justificación para la objetivación de la responsabilidad. También, se expondrá la reparación ambiental de las actividades peligrosas o riesgosas ambientalmente frente a las no riesgosas o peligrosas ambientalmente.

Por último, el tercer capítulo lleva el título de “el derrame de mercurio en Choropampa”, tiene como objeto recrear el escenario que se vivió en Choropampa en el año 2000, así como mostrar las fragilidades de las medidas adoptadas frente al accidente ambiental. Asimismo, se establece el análisis del caso teniendo en cuenta el desarrollo legislativo al 2021.



Capítulo 1

Nociones preliminares

1.1. El derecho ambiental

En el año 1712 Thomas Newcomen, creó la primera máquina de vapor la cual produjo la primera emisión de gases al ambiente. Luego, James Watt perfeccionó ese primer motor rudimentario convirtiéndolo en una gran herramienta para el desarrollo industrial en el mundo.

La revolución industrial generó los mayores cambios tecnológicos, económicos, sociológicos y culturales en la historia de la humanidad. El avance tecnológico y el crecimiento demográfico empezaron a generar alteraciones al ambiente, llegando en algunos casos a atentar contra el equilibrio ecológico. En ese contexto se precisa lo siguiente:

Fue durante la década de los 60 cuando se empezó a despertar la conciencia ambiental. En el año 1962 se publicó el libro Primavera Silenciosa (Silent Spring) de Rachel Carson, el cual documentó los efectos negativos de los plaguicidas sobre las aves y el medio ambiente; y la divulgación de la imagen conocida como Amanecer de la Tierra (Earthrise), tomada por el astronauta William Anders en 1968 durante la misión Apolo 8. Esa fotografía es considerada de influencia icónica para el despertar del movimiento ambiental pues evidencia la unidad absoluta de la tierra vista desde la luna (Ortúzar Greene, 2014)

Luego, en el año 1972 se dio la Declaración de Estocolmo donde se reconoció por primera vez a nivel internacional el derecho a vivir en un medio ambiente sano ¹.

Ante lo mencionado en los párrafos precedentemente podemos inferir que el derecho ambiental no es una rama nueva del derecho, sino que cuenta con casi 50 años desde su reconocimiento internacional, pero pese al tiempo vigente el derecho ambiental aún es una disciplina jurídica autónoma en pleno desarrollo y evolución la cual es novedosa, compleja y amplia. El derecho ambiental es autónomo porque tiene características complejas y distintas de las demás ramas del derecho; es decir, cumple con los requisitos jurídicos como: la presencia de principios jurídicos propios (por ejemplo: principio precautorio, principio preventivo, principio contaminador-pagador), la existencia de técnicas jurídicas propias (por ejemplo: estudios de impacto ambiental, programa de adecuación ambiental, declaratoria de emergencia

¹ En el año 1977 un alto funcionario de la UNESCO, Karel Vasak, en una conferencia pronunciada en Estrasburgo, expuso de palabra su idea de una tercera generación de derechos, que en realidad no era completamente nueva. Siguiendo el orden simbólico del lema de la Revolución Francesa explicó que, así como la primera generación fue la de los derechos de libertad y la segunda, los de la igualdad, la tercera estaría ahora formada por los derechos de la fraternidad y la solidaridad, que serán cinco: al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la propiedad sobre el patrimonio común de la Humanidad y a la asistencia humanitaria.

ambiental), y la regulación de relaciones jurídicas específicas (responsabilidad social de la empresa, turismo sostenible).

Asimismo, es una rama jurídica compleja y amplia porque es una ciencia multidisciplinaria dado que se compone de distintas disciplinas científicas como: física, química, biología, antropología, geología, entre otras. También es transfronteriza por el carácter global de los problemas medioambientales; es decir, habrá situaciones donde la contaminación ambiental no se circunscriba dentro del perímetro donde se ocasionó, sino que generará efectos expansivos, por ejemplo: contaminación fluvial, efecto invernadero, lluvia ácida, cambio climático, entre otros. Cafferatta (2004, p.20) expone que el medio ambiente debe ser entendido desde un enfoque global que comprende distintas acciones, las divisiones de estos enfoques resulta ortodoxo porque no se apega a lo que es el “nuevo derecho” en temas ambientales.

Así pues, “la especialidad singular del derecho ambiental consiste en la globalidad o alcance internacional de los problemas ambientales, circunstancia que rompe con los dispositivos organizatorios generales” (Martín Mateo 1977, citado en López Sela y Ferro Negrete, p. 15).

En resumen, se puede inferir que el derecho ambiental es un derecho amplio pues abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, así como también lo constitucional y lo económico; es decir, afecta a todas las ramas del derecho.

Ahora bien, se puede decir que el derecho ambiental es un derecho de naturaleza predominantemente pública, pero con connotaciones de derecho privado. Así, según explica Ames Vega (2014):

Es público porque es impuesto directamente por el Estado; es decir, hay una intervención permanente del aparato estatal para regular las conductas humanas e imponer límites a sus actividades para no seguir deteriorando el ambiente. Por ejemplo, interviene al aprobar el marco legislativo ambiental, al otorgar derechos y obligaciones, al promover las inversiones públicas y privadas, al poner límites por razones de vecindad, al velar por los derechos ambientales, al establecer criterios y pautas en la realización de estudios, como en los estudios de impacto ambiental o programas de adecuación y manejo ambiental, entre otras acciones inherentes a la función pública cuyo desacato puede ser objeto de sanciones administrativas, civiles o penales.

Precisamente, las limitaciones que menciona Ames Vega se basan en razones de interés público y realización del bien común. Por otro lado, es privado por su énfasis preventivo y reparador de los daños.

Según la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (s.f.):

En la actualidad, el derecho ambiental está asumiendo nuevos retos para no limitarse a un rol de protección que por naturaleza lo hace fundamentalmente reactivo y orientado hacia la restricción y la prohibición. Algunos autores latinoamericanos, como Brañes, buscan redefinir la disciplina para transformarla en un derecho orientado hacia el desarrollo sostenible, es decir, un derecho en el cual la protección ambiental está estrechamente vinculada al crecimiento económico y a la equidad social y cultural, todo lo cual conduce a una elevación de los niveles de calidad de vida. (s/n)

Por esta razón, el Derecho Ambiental se encuentra motivado por el constante peligro que día a día atraviesa el medio ambiente. En efecto, el rol de protección no solo se basará únicamente en el ambiente natural, sino que irá más allá, pues también se involucrará a la salud humana debido a que la afectación al ambiente generará como consecuencia efectos nocivos en la salud de los seres humanos. En palabras de Iván Lanegra (2006) expone que en el Derecho Ambiental:

Se tendrá en cuenta problemas de Justicia (ambiental) como de eficiencia (ambiental). Lo primero está vinculado con criterios éticos y políticos para asignar las cargas y riesgos. Lo segundo está ligado a criterios técnicos y de costo-beneficio al momento de optar por distintas opciones e instrumentos de política y derecho. (s/n)

1.1.1. Protección del medio ambiente

En el Perú, el primer antecedente de protección ambiental se encuentra en la Constitución de 1979², la cual marcó un hito en su reconocimiento formal.

Luego, en el año 1992 se dio la Cumbre de la Tierra, la cual generó que el Perú desarrolle a nivel legislativo la protección ambiental. Es por ese motivo que nació el actualmente derogado código del medio ambiente y los recursos naturales, promulgado el 8 de septiembre de 1990, mediante Decreto Legislativo N° 613, dicho código introducía una auténtica reforma institucional; es decir, introdujo un conjunto de derechos, políticas e instrumentos de gestión que siguen siendo centrales para la política ambiental.³

² Constitución Política del Perú 1979.

Artículo 123: “Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

³ En el plano internacional se vivía un período inédito para la agenda ambiental. La llamada “Cumbre de la Tierra” estaba en pleno proceso de preparación. La cita ocurriría en 1992, en Río de Janeiro. En 1987, la Comisión de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo” había publicado su informe denominado “Nuestro Futuro Común”. Este introdujo el concepto – hoy ampliamente difundido– del desarrollo sostenible. Esto tuvo un importante impacto en América Latina. Por ejemplo, la Constitución Colombiana de 1991 –actualmente en vigor– fue bautizada como la constitución “verde” o “ecológica” por las disposiciones ambientales de avanzada que introdujo. Disponible en: www.defensoria.gob.pe/blog/25-anos-del-codigo-del-medio-ambiente-y-los-recursos-naturales/. [Consultado: 21 de mayo de 2019].

El código del medio ambiente, en su título preliminar, hacía evocación a: “el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado”, el cual se encontraba vinculado con el artículo 123 de la Constitución del 79. También, hacía referencia a la obligación del Estado de mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana.

La actual Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 2 inciso 22 recoge el mismo principio que la Constitución del 79 al señalar como derecho fundamental de la persona humana el gozo de un ambiente equilibrado y que sea adecuado al desarrollo de su vida.

Actualmente, el Perú tiene la ley general del ambiente, ley 28611⁴, promulgada el 16 de octubre de 2005, la cual no solo guarda relación únicamente con la Constitución de 1993 sino que también desarrolla el precepto constitucional al reconocer en el artículo I de su Título Preliminar que “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de su vida”.

La formulación de la ley general del ambiente agrega al precepto constitucional el carácter irrenunciable del derecho, y esto se debe a su carácter supraindividual; es decir, el ambiente es un bien que pertenece a todos los seres vivos más no al sujeto tomado de forma aislada o particular.

Además, la ley general del ambiente en su título preliminar desarrolla una serie de principios tales como:

Principio de sostenibilidad⁵ que establece el rol del Estado como promotor y controlador del aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos renovables y no renovables, así se previene la afectación a la calidad ambiental y a las condiciones naturales del entorno. Además, busca la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Principio de prevención⁶ que se encuentra basado en el conocimiento científico preliminar que tiende a evitar un daño futuro cierto y medible. Este principio suele reservarse para el diseño de normas o políticas de alcance general.

⁴ La ley general del ambiente ha recogido en su título preliminar todos los principios establecidos en la Convención de Río del 92, a modo de ejemplo: principio de prevención, principio precautorio, principio de internalización de costos o también conocido como el principio contaminador pagador.

⁵ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo V: “La gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la presente Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”.

⁶ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo VI: “La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.

Principio precautorio⁷ que es de tipo anticipatorio; busca evitar el impacto de un riesgo con efectos que aún son desconocidos científicamente.

Principio de internalización de costos⁸ que plantea la afectación directa a los agentes económicos responsables con los costos que generen la prevención o mitigación de los daños ambientales ocasionados producto de sus operaciones.

Conviene especificar que, no solo la Constitución y la ley general del ambiente hacen referencia a la protección del medio ambiente, sino que algunos ministerios tienen mecanismos de protección del ambiente como por ejemplo el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de la Producción.

La ley general del ambiente también desarrolla el artículo 67 de la Constitución, el cual establece la obligación del Estado de establecer una política nacional del ambiente. La política ambiental, obligación asumida por el Estado Peruano, se encuentra en algunos tratados y compromisos internacionales⁹ a favor del medio ambiente. La obligación de la Política Ambiental no solo se encuentra en normas con rango legal como la ley 28611, ley general del ambiente,¹⁰ sino que también la encontramos en la ley 29158, ley orgánica del poder ejecutivo.

La autoridad encargada de formular la política ambiental nacional aplicable al gobierno central, regional y local, conforme a lo establecido en el decreto legislativo N° 1013 es el Ministerio del Ambiente.

⁷ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo VII: “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”.

⁸ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo VIII: “Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”.

⁹ Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 55: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

En ese sentido, algunos tratados que hacen referencia a la política ambiental son: la declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 14 de junio de 1992, el Protocolo de Kioto del 16 de febrero de 2005, el Acuerdo de París del 4 de noviembre de 2016 (entrará en vigencia el 2021 puesto que el Protocolo de Kioto finalizará el 31 de diciembre de 2020). En dichos tratados se puede apreciar el principio de cooperación internacional donde los países desarrollados ayudarán a los en vía de desarrollo con la innovación tecnológica, legislativa, económica, entre otras.

¹⁰ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 9: “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona”.

La política ambiental es un instrumento de cumplimiento obligatorio que busca establecer las bases para la formulación del “plan nacional de acción ambiental”,¹¹ la agenda nacional de acción ambiental y otros instrumentos de gestión pública ambiental¹² en el marco del sistema nacional de gestión ambiental. Además, define los objetivos prioritarios, lineamientos, contenidos principales y estándares nacionales de obligatorio cumplimiento.

El máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado en relación a la política ambiental en la sentencia 03510-2003-AA/TC, f.j.2.f, señalando que el artículo 67° de la Constitución Política señala la obligación perentoria del Estado de contar con una política nacional del ambiente. Para ello, se deben realizar varias acciones que serán promovidas con el fin de conservar y cuidar el medio ambiente.

Por lo tanto, la política nacional del ambiente es una obligación intrínseca del Estado y para poder desarrollarla será necesario definir ¿qué es un ambiente adecuado? ¿Cuáles son las características de un ambiente saludable o adecuado?

Otro punto de protección ambiental son los recursos naturales.¹³ La primera constitución peruana que reconoce a los recursos naturales como derecho fundamental es la de 1979. Actualmente, el artículo 66 de la Constitución Política de 1993 los ha reconocido como parte del patrimonio de la nación los cuales podrán ser dados a los particulares a través de concesión.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 00048-2004-AI, fundamento 28 ha definido a los recursos naturales como los elementos de origen natural que la persona humana aprovecha para la satisfacción de sus necesidades materiales o espirituales. Así, estos recursos son aquellos que tienen aptitud para provocar un bienestar o provecho.

Estos recursos naturales se clasifican en renovables y no renovables. Los primeros, son aquellos que, pese a su utilidad continua, pueden regenerarse y por ende seguir aprovechándose; como ejemplo están el suelo, los árboles, los animales; ello tampoco implica que, dada su condición de renovable, pueda ser aprovechado desmesuradamente porque así no se podrá

¹¹ A modo de ejemplo tenemos los planes y estrategias nacionales en materias como: la diversidad biológica, bosques, cambio climático, residuos sólidos, entre otros.

¹² Como referencia contamos con: evaluación de impacto ambiental, programa de manejo y adecuación ambiental, estándares de calidad ambiental, límites máximos permisibles, entre otros.

¹³ Lanegra, I. y Hurtado, V. (2013). *Vista de Estado, recursos naturales y política ambiental: notas para el caso peruano*. [en línea] Revistas.pucp.edu.pe. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14111/14727> [Consultado 8 Sep. 2019]. La historia del Perú podemos apreciar que los recursos naturales han tenido un gran impacto en la economía nacional a lo largo del tiempo, por ejemplo: la era del Guano entre 1845 y 1866, la fiebre del caucho en 1885, la anchoveta en 1950, la minería, el petróleo, el gas natural, entre otros. La historia nos muestra la incapacidad que tuvimos como Estado para regular las actividades extractivas a gran escala o, aún más grave, al menos garantizar los derechos fundamentales de sus propios nacionales, como fue el caso de la explotación del caucho en la Amazonía peruana entre fines del siglo XIX e inicios del XX.

alcanzar el máximo aprovechamiento. Los segundos son aquellos que, dada su utilización, se agotan y no se renuevan como el petróleo, carbón, gas natural, etc. Al utilizarse hasta el último recurso de estos se conduce a su extinción.

El artículo 66 de la constitución además de hacer mención a que los recursos naturales forman parte del patrimonio de la nación (patrimonio cultural) también indica que estos por regla general son dados mediante concesión¹⁴, pero eso no significa que sea el único modo de adquirir el título habilitante puesto que la ley de la materia, en este caso, la ley orgánica de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales puede establecer otro modo de adquirir el título habilitante.

En resumen, la función del Estado con los recursos naturales es promover el aprovechamiento sostenible mediante un manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobre-explotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.¹⁵

1.2. Responsabilidad civil en el código civil peruano

El código civil consagra la responsabilidad civil contractual, regulada en el libro VI, título IX del código civil; y la responsabilidad civil extracontractual, en el libro VII, sección sexta del código civil.

En las siguientes líneas se hará una breve comparación entre cada una de las responsabilidades para poder tener claro aquellos supuestos donde no se note si se está frente a un caso de responsabilidad contractual o extracontractual.

La primera diferencia se encuentra relacionada con la fuente de la obligación. En la responsabilidad contractual (artículo 1351 del código civil)¹⁶, la fuente será el contrato que han

¹⁴ La concesión podrá ser dada con características diversas, tanto en su contenido como con respecto a la forma o procedimientos mediante los cuales se otorga, así como en las condiciones bajo las cuales pueden ejercerse dichos derechos de aprovechamiento

¹⁵ Ley 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

Artículo 28: “Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente”.

¹⁶ Código Civil Peruano de 1984.

Artículo 1351: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

contraído las partes, por voluntad, más la ley. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual, la fuente obligacional será única y exclusivamente la ley pues se está ante un escenario donde no habrá un vínculo previo entre las partes.

La segunda diferencia se basa en que la responsabilidad contractual busca la protección de los derechos de naturaleza de crédito o patrimonial (artículo 1351 del código civil). En cambio, la responsabilidad extracontractual busca proteger “la integridad física y psíquica, el honor y otros bienes morales, así como los bienes físicos de las personas y, un poco cautelosamente, las rentas o beneficios futuros” (De Trazegnies Granda, 2001, p. 423).

La tercera diferencia se fundamenta en que en la responsabilidad contractual se tiene la posibilidad o no de dividir la culpa. Esta culpa es bipartita puesto que el código civil peruano regula la culpa inexcusable (artículo 1319 del código civil)¹⁷ y la culpa leve (artículo 1320 del código civil)¹⁸. Si se trata de responsabilidad civil extracontractual la culpa será una.

La cuarta diferencia hace referencia a la cláusula penal (artículo 1341 del código civil)¹⁹ y la mora (artículo 1353 del código civil)²⁰ que son elementos propios de las relaciones negociales mientras que en materia de responsabilidad civil extracontractual no se ven estas figuras jurídicas.

Finalmente, la quinta y última diferencia tiene que ver con los plazos de prescripción de las acciones. La responsabilidad contractual en el Perú, según el artículo 2001 inciso 1 y 4 del código civil, establece 10 años de plazo para la acción personal, real; mientras que en la responsabilidad extracontractual cuenta con un plazo de 2 años para la acción indemnizatoria.

Algunos autores critican esta última diferencia pues dicen que no tiene razón de ser ya que en ambos casos se busca reparar el daño independientemente de las circunstancias. Pero se debe tener en cuenta que la diversidad de trato es muy importante tanto por las consecuencias prácticas como para poder atender aquellos casos que la realidad nos presenta.

¹⁷ Código Civil Peruano de 1984.

Artículo 1319: “Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

¹⁸ Código Civil Peruano de 1984.

Artículo 1320: “Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

¹⁹ Código Civil Peruano de 1984.

Artículo 1341: “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de liminar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiera; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

²⁰ Código Civil Peruano de 1984.

Artículo 1333: “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista: (...)”.

1.3. La responsabilidad extracontractual en el Perú

La responsabilidad extracontractual aparece en el Perú propiamente con el código civil de 1852, antes de esta época la responsabilidad extracontractual fue materia de las leyes que existieron durante el Virreinato, más precisamente en el Reino de Castilla, complementadas por la legislación que se promulgó especialmente para las Indias Occidentales. Estas normas no trataban la responsabilidad extracontractual como una institución definida; sin embargo, recogían muchos principios y normas en base a la materia del Derecho Romano, por ejemplo, el “*neminem laedere*” (no causar daño a los demás).

Con la entrada en vigencia del código civil de 1852, se puede empezar a hablar de la responsabilidad civil como una institución sistematizada. Este código toma como modelo al código napoleónico, aunque la redacción en muchos casos se hace más concisa. Además, el código desarrolla mejor los principios de estimación del daño, de partición de varios sujetos (en la actualidad conocida como responsabilidad solidaria), la responsabilidad del dueño de un esclavo por los daños causados por éste, y otros supuestos vinculados a la responsabilidad misma.

Si bien el código de 1852 apunta a una responsabilidad basada en la culpa, existían reglas en las que podrían decirse que eran los primeros pininos de la responsabilidad objetiva, así pues, el artículo 2197 establecía que “ el que vive en una casa es responsable de los daños que causen las cosas arrojadas de ésta; pero puede repetir contra el autor del daño” o también el artículo 2198 cuando establecía que “Se obligan también a reparar los daños que causen: (1) El que tiene alguna cosa puesta o suspendida en un lugar por donde pasan o en que se paran hombres, y cuya caída puede causar daño; (2) El que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro; (3) El que va dentro del carro y ordena la carrera del conductor; (4) El que arrea bestias por las calles haciéndolas correr; y (5) El que caza con armas de fuego o pone trapas en el camino”. Los artículos en mención se aproximan a la responsabilidad por riesgo creado más que a la culpa.

La responsabilidad subjetiva o el espíritu subjetivo de la norma se mantiene también en el código civil de 1936, pero a diferencia del código del 1852, aquí se creó una presunción general de culpa que podía ser destruida por el demandado probando la intervención de una causa extraña o la ausencia de culpa.

Recién, con el código civil de 1984 se incorpora tanto la responsabilidad subjetiva (artículo 1969 del código civil) y la responsabilidad objetiva (artículo 1970 del código civil). Sin embargo, este código aún tiene convicciones subjetivistas pues el legislador estableció en el artículo 1972 la inexistencia de responsabilidad en los supuestos de caso fortuito, fuerza

mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de quien padece el daño. (De Trazegnies Granda, 2001, pp. 93 – 135).

1.4. Derecho Características de la responsabilidad extracontractual

El principio general de la responsabilidad civil extracontractual se encuentra previsto en el artículo 1969 del código civil:

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otra persona está obligado a indemnizarlo.

El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”

Pero ¿por qué responsabilidad extracontractual? El nombre se debe a que el daño se produce sin que exista contrato o relación jurídica entre las partes. Sin embargo, ocurrirán supuestos donde se genere una responsabilidad extracontractual a pesar de haber concurrido un contrato previo entre las partes y el daño se producirá en aspectos que no fueron regulados en el contrato.

Como primer elemento de la responsabilidad extracontractual se tiene la conducta imputable, que es aquella capacidad del sujeto para hacerse responsable de los daños que ocasione; es decir, el reconocimiento de lo bueno y malo por parte del sujeto.

La imputabilidad del sujeto puede darse tanto por hecho propio como por hecho ajeno o indirecto. En el primer supuesto será cuando se conduce en estado de ebriedad mientras que el segundo, a modo de ejemplo, será la responsabilidad que se genera por parte del subordinado.

El segundo elemento de la responsabilidad extracontractual es la antijuricidad que se deriva del incumplimiento del principio general del *neminem laedere* o de la regla general establecida en el artículo 1969 del código civil. La antijuricidad será realmente irrelevante en la responsabilidad objetiva pues lo que se verá es el daño ocasionado más no la intención del agente o la negligencia de éste.

Como tercer elemento está el nexo causal que es la relación entre el daño causado y la conducta (sea por dolo, culpa o creación del riesgo). Por ejemplo, si un conductor en su automóvil va a excesiva velocidad en una zona urbana y atropella a una persona causando su muerte; en este supuesto no existe dificultad para afirmar que el daño (la muerte del peatón) se encuentra ligado al acto ilícito (la conducción en excesiva velocidad) de modo tal que sin la acción del conductor no se hubiese producido la muerte del peatón. En este supuesto el actor del hecho ilícito debe reparar el daño causado.

El cuarto elemento de la responsabilidad civil es el daño, el cual, en efecto, es el fenómeno frente al cual el ordenamiento jurídico dispone ese peculiar remedio que está representado por el derecho del damnificado al resarcimiento. En ese sentido, es importante precisar lo dispuesto en el artículo 1985° del código civil que determina los tipos de daño que

comprende la acción resarcitoria, lo cual comprende tanto el lucro cesante, daño a la persona y daño moral.

Es decir, el código civil evoca dos tipos de daños: daño patrimonial y daño extra patrimonial. El daño patrimonial se identifica con la disminución patrimonial consiguiente por la lesión de derechos, que son por naturaleza patrimoniales; y que la sanción del hecho ilícito civil como figura general, sea identificada con la obligación de pagar una suma de dinero equivalente a la pérdida ocasionada. Este daño patrimonial se encuentra configurado por el daño emergente y el lucro cesante. El primero corresponde al valor o precio de un bien (material o inmaterial) que ha sufrido perjuicio o daño mientras que el segundo hace referencia a lo que una persona deja de percibir como consecuencia del daño que se le ha causado; es decir, que si una persona no hubiera sufrido el daño está no hubiese dejado de percibir la renta que percibía.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que cuando se pretende una indemnización por daño emergente y lucro cesante quien alega el daño debe demostrar que el perjuicio sucedió (es decir, el deterioro total o parcial del bien), y además debe cuantificar ese perjuicio de manera fehaciente debido a que esto evitará que se configure algún tipo de enriquecimiento por parte de la víctima.

Por otro lado, el daño extra patrimonial se encuentra conformado por el daño moral o daño a la persona que es identificado con las sensaciones experimentadas por la víctima, a consecuencia de la lesión de bienes de particular valor afectivo o personal: el honor, la salud, la vida de una persona.

El quinto, y último, elemento de la responsabilidad civil es el factor de atribución que es la razón mediante el cual se puede asignar responsabilidad por el incumplimiento de la norma. El factor de atribución puede ser subjetivo (imputabilidad del incumplimiento por culpabilidad: dolo o culpa) u objetivo (teoría del riesgo).

Capítulo 2

Responsabilidad civil por daño ambiental

2.1. El novedoso tratamiento de la responsabilidad por daño ambiental en la ley general del ambiente

El 15 de octubre de 2005, se promulgó la ley 28611 también conocida como ley general del ambiente, teniendo como base el código del medio ambiente de 1990. Esta promulgación y aprobación significaba un gran avance para nuestro país, caracterizado por ser exportador de materia prima, especialmente de recursos no renovables.

Una de las novedades de la ley general del ambiente es el desarrollo del concepto de daño ambiental como “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” (artículo 142 de la ley general del ambiente).

Otra novedad que introdujo la ley 28611 es respecto a los sujetos legitimados para la defensa del medio ambiente, así como también la responsabilidad que se deriva por el uso o aprovechamiento de un bien riesgoso o peligroso.

2.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual ambiental

Para la configuración de la responsabilidad extracontractual ambiental es necesario que se acredite la configuración de los presupuestos esenciales para que surja el deber de responder por parte del dañador.

Es por eso que, para poder hablar de la obligación de reparar por parte del dañador, necesariamente se tendrán que presentar los siguientes presupuestos: 1. Antijuricidad ambiental; 2. El Daño; 3. Factores de atribución o imputación; y, 4. Nexo causal.

2.2.1. Antijuricidad ambiental

La antijuricidad ambiental radica en la existencia de una protección del medio ambiente teniendo en cuenta la dignidad de la persona humana.

La protección del medio ambiente se encuentra reconocida en la Constitución Política del Perú, la cual señala lo siguiente:

Artículo 2°. - Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (El subrayado es propio)

Nuestra Constitución coloca el derecho a un ambiente equilibrado dentro los derechos fundamentales de la persona humana. En ese sentido, las afectaciones al ambiente a menudo

serán acompañadas de violaciones directas e indirectas sobre otros derechos humanos autónomos e independientes tales como la vida, la salud, la propiedad, el derecho de las futuras generaciones, el desarrollo sostenible, el derecho de las comunidades indígenas, entre otros.

Es por eso que, cuando se habla del derecho a disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado se debe tener presente que no solo se refiere a los recursos naturales, sino que también se hace mención a derechos autónomos como la vida o la salud.

El máximo intérprete de la Constitución, en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, ha desarrollado el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. El Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho está conformado por el derecho a gozar un ambiente equilibrado y adecuado y que este se preservado. Si las personas no pueden disfrutar de un medio ambiente en que se desarrolle armónicamente estas características, entonces su contenido se vería frustrado.

Ahora bien, después de realizar el análisis desde el punto de vista constitucional del por qué la antijuricidad ambiental es importante, se proseguirá a desarrollar el presupuesto jurídico.

La antijuricidad se deriva del incumplimiento del principio general del *neminem laedere*, también conocido como *alterum non laedere*, que establece que nadie puede causar daño al otro. En ese sentido, se configurará el presupuesto de antijuricidad ambiental cuando se dañe al medio ambiente en sí mismo o a alguno de sus componentes sin que medie causa alguna de justificación.

Ante lo señalado por el artículo 142 inciso 2 de la ley general del ambiente²¹, Ruda González y Martín Casals (2006, p. 423) explican que “la antijuricidad ambiental existirá incluso, a falta de infracción legal, cuando la conducta dañosa sea antisocial, al lesionar o limitar el pleno desarrollo de la personalidad, en contra de la moral y de las buenas costumbres y, en definitiva, de un deber de solidaridad. En esa misma línea, Cafferata (2012, p.500) manifiesta que “no es indispensable la antijuricidad formal, la falta o contravención a las leyes o normas ambientales formales o expresas, para que se pueda dar un ámbito regular del derecho de daños”.

En efecto, cuando se habla de antijuricidad ambiental, se habla de la no afectación al derecho a gozar en un ambiente saludable; para ello es necesario reconocer que el derecho ambiental tiene una doble dimensión jurídica o también conocido como un carácter bifásico.

²¹ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 142.2: “Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o algunos de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”. (El subrayado es propio).

Por un lado, se encuentra la protección al ambiente en sí mismo (flora, fauna, ecosistema, otros), y por el otro, la relación del hombre con el medio ambiente.

La plenitud de la regla “*alterum non laedere*” no impide que haya actos que aun causando daño se encuentren justificados por el derecho; y dado que estos daños se encuentran justificados por el derecho no habrá antijuricidad, en consecuencia, no se generará responsabilidad.

El código civil, en el artículo 1971 ha establecido estas causas de justificación. Para efectos de la presente tesis solo se desarrollarán el ejercicio regular del derecho y el estado de necesidad.

2.2.1.1. El ejercicio regular del derecho. El ejercicio regular del derecho en *contrario sensu* significa que todo aquello que no es ejercicio regular será irregular y por ende ilícito y se podrá responder por dolo o culpa, pero lo mencionado parece una repetición innecesaria por parte del código civil pues si el ejercicio es regular no habrá culpa, ni dolo, ni acto ilícito y, en consecuencia, no hay responsabilidad.

Ahora bien, para saber cuándo se está frente al ejercicio regular de un derecho se debe analizar lo expresamente permitido y lo no expresamente permitido. Frente a lo expresamente permitido no se genera réplica alguna. En cambio, lo no expresamente permitido generará controversia, por ejemplo, el hábil fabricante con los niveles de emisión reglamentaria establecida y aprobada afecta los cultivos de una granja vecina por la emisión de humos.

Es así pues que el artículo 1971 inciso 1 del código civil, al haber sido extendido de tal manera por la concepción individualista del derecho subjetivo, ha sido necesario limitarlo nuevamente con un adjetivo restrictivo: no hay responsabilidad en el ejercicio – ahora se dice, regular- de un derecho. Este procedimiento de adjetivación de la norma mencionada se emparenta con la noción de abuso del derecho²²” (De Trazegnies Granda, 2001, p. 427).

En ese sentido, ¿se podría decir que el fabricante cuenta con el derecho para dañar los cultivos de su vecino? En el presente supuesto no se tiene derecho directamente a dañar, pero se tiene derecho a actuar en un determinado sentido; esto es, que el simple hecho de que haya cumplido los niveles de emisión reglamentariamente establecidos es indiferente, si las medidas adoptadas eran insuficientes para evitar los daños. En esta situación se genera abuso del derecho

²² Código civil de 1984.

Artículo II: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

o ejercicio irregular del derecho cuando haciendo uso del derecho se extralimita su alcance pudiendo afectar a terceros.

2.2.1.2. Estado de necesidad. El estado de necesidad es la situación en la que entran en conflicto dos bienes jurídicos en la cual para tutelar el derecho vulnerado o en riesgo, es necesario violar el derecho ajeno, imponiéndose sobre él. El estado de necesidad debe surgir espontáneamente y no como producto de la acción de quien lesiona el derecho ajeno para defender el propio. Lo peculiar del estado de necesidad reside en el hecho de que la conducta dañosa se encuentra permitida siempre y cuando se dé por un peligro inminente²³.

Ahora bien, resulta obvio que cuando se genera un estado de necesidad siempre habrá una persona afectada en su esfera patrimonial y, alguien que no va a responder por el daño ocasionado. Sin embargo, cuando se habla del daño al ambiente en sí mismo, es imposible identificar a la “persona” afectada, esto genera el problema de aplicabilidad del estado de necesidad a los daños al ambiente en sí mismo, puesto que la afectación al medio ambiente conlleva la afectación a los derechos de la personalidad que son derechos indisponibles.

Ruda González (2006) relata el caso del barco petrolero *Torrey Canyon*, que en marzo de 1967 impactó contra los arrecifes de *Seven Stones*, frente a la costa de Cornualles, en Inglaterra, dicho barco transportaba 120,000 toneladas de crudo de petróleo y como consecuencia del impacto tuvo que verter aproximadamente 30,000 toneladas de crudo a las aguas del Océano Atlántico. El gobierno británico intentó desencallar el buque, pero éste se partió en tres y vertió otras 30,000 toneladas de crudo. Las medidas adoptadas para remediarlo empeoraron la situación, ya que el Gobierno arrojó al mar gigantescas cantidades de detergente para disolver el petróleo, sin una mejoría apreciable (pues el detergente influyó en la desaparición de más del 5% del mejillón en 50 kilómetros de la costa francesa). Finalmente, en una decisión muy criticada, decidió bombardear el crudo. Aunque consiguió hacer arder casi todo el petróleo, el fuego solo volvió a empeorar la situación. La marea negra afectó a las costas de Bretaña, murieron 25,000 pájaros a consecuencia del vertido y tuvo efectos submarinos en la flora y la fauna comestibles, según algunos, a los que hubiese tenido una bomba atómica.

Pese a que la situación que se describe no es nada favorable dicha decisión evitó el derrame de 120,000 toneladas de crudo de petróleo. Los tripulantes del *Torrey Canyon* con su decisión hicieron prevalecer un interés superior, que en este caso era la protección del ambiente.

²³ La diferencia del estado de necesidad con la legítima defensa radica en que el estado de necesidad es producido por causa que sobreviene de modo ajeno a la voluntad de las partes. Mientras que en la legítima defensa hay un acto agresor e ilícito previo que excusa al agente al romper la ley para protegerse a sí mismo.

2.2.2. *Daño ambiental*

Antes de entrar a detallar el daño en materia ambiental, se debe hacer mención a la configuración y características del daño en la responsabilidad extracontractual.

El daño es “toda clase de perjuicio, material o moral, que sea hecho a la persona como tal, o que sea hecho a sus bienes y su patrimonio” (Durán Urrea y Amaya León, 2008, pp. 475-477). Dicho perjuicio debe ser cierto, individualizado (no puede ser genérico) y concreto.

El daño se puede clasificar en dos:

- a. Según su naturaleza²⁴: 1) materiales: daño emergente y lucro cesante y, 2) personales: moral, corporales y psíquicos.
- b. Según su duración: 1) instantáneos, 2) duraderos, 3) continuados, 4) progresivos y, 5) sobrevenidos.

Como ya se sabe, el daño es un elemento esencial para que surja la responsabilidad civil, pero antes de hablar sobre el daño ambiental es necesario saber cuál es el significado de medio ambiente, así como la diferencia entre los términos de riesgo ambiental e impacto ambiental, los cuales usualmente son tomados como análogos.

Según la declaración de Estocolmo de 1972, el medio ambiente es “el conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y de factores sociales, capaces de causar efectos directos o indirectos, a corto o largo plazo, sobre los seres vivos y las actividades humanas”.

Por otro lado, el riesgo ambiental se define como “la probabilidad de ocurrencia que un peligro afecte directa o indirectamente al ambiente y a su biodiversidad, en un lugar y tiempo determinado, el cual puede ser de origen natural o antropogénico” (Ministerio del Ambiente, 2010). Un riesgo natural será, por ejemplo, las inundaciones; mientras que un riesgo antropogénico o antrópico serán, por ejemplo, los vertidos de aguas residuales o químicos.

De acuerdo a lo establecido por el Sistema Nacional de Información Ambiental (2012), un daño ambiental es “toda alteración positiva o negativa, de uno o más de los componentes del ambiente, provocada por la acción de un proyecto. El “impacto” es la diferencia entre qué habría pasado con la acción y que habría pasado sin ésta.”

Cabe destacar que no todo impacto ambiental generará un daño ambiental como resultado, pues para considerar si efectivamente se ha generado daño ambiental es necesario

²⁴ Código civil de 1984.

Artículo 1985: “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 (...)”.

considerar la totalidad de impactos ambientales generados. Es por eso que no se puede tomar los impactos negativos de manera aislada²⁵.

Después de precisar el significado de riesgo ambiental e impacto ambiental corresponde explicar el daño ambiental.

El daño ambiental es aquel daño que entra en la categoría jurídica de daños intolerables, esto es, aquellos daños que se ocasionaran como subproducto un deterioro de las condiciones ambientales de vida. Lo característico de los daños intolerables es que: 1) no implican ventaja social alguna, 2) siempre comprende un gran número de víctimas potenciales, 3) son fenómenos de naturaleza colectiva y; 4) casi siempre pueden ser controlados en mayor medida por el causante. (De Trazegnies Granda, 2001, pp. 317 – 339)

Ahora bien, para poder explicar el daño ambiental, se debe recurrir a la ley general del ambiente, que ha definido el daño en el inciso 2 del artículo 142²⁶.

Pero ¿qué es en sí mismo el daño ambiental? El daño ambiental es una alteración negativa del ambiente, “esto quiere decir que una simple alteración permitirá que el ambiente pueda autoregenerarse, mientras que el daño ambiental no daría lugar a una propia capacidad reconstitutiva de los ecosistemas” (Krom Silva, 1986, citado por Sabsay y Di Paola, 2003) o de alguno de sus componentes (recursos) tales como el agua, aire, suelo, flora, fauna e incluso al patrimonio cultural (bienes o valores culturales).

Es por eso que, “en el ámbito de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreparable de los daños causados al medio ambientes y de los límites inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños” (Bordenave y Piccolotti, 2002).

En efecto, de la lectura del artículo 142 de la ley general del ambiente, se puede interpretar que el daño ambiental tiene una doble dimensión: 1) el daño ambiental puro o en sí mismo y, 2) el daño ambiental tradicional que se genera como consecuencia de la contaminación ambiental.

²⁵ El artículo 4 de la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, categoriza los proyectos de acuerdo con el riesgo ambiental: Categoría I: Declaración de impacto ambiental; proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo; Categoría II: Estudio de impacto ambiental semidetallado (EIA – SD); proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados. Sus efectos negativos son fácilmente mitigados; y, Categoría III: Estudio de impacto ambiental detallado (EIA – D); proyectos cuyas características, envergaduras o localización pueden producir impactos ambientales negativos significativos. Se requiere de análisis profundo, a fin de adoptar la estrategia de manejo correspondiente.

²⁶ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 142, inciso 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”. (El subrayado es propio).

El daño ambiental puro o en sí mismo, según Henao (citado en Rivera Olarte, 2017) “es aquel daño que sufre la naturaleza como un todo sistémico, pero sin una afectación directa o inmediata sobre los derechos de una persona determinada”; es decir, el daño que se generará será un daño supraindividual,²⁷ por ejemplo, la destrucción de la ozonósfera o la extinción de una especie animal. Justamente, cuando se habla de daño ambiental puro o en sí mismo nos referiremos a aquel daño que se aleja de la esfera estrictamente individual del sujeto pasando a la esfera social y consecuentemente el daño recaerá en la toda la población mundial.

En cambio, el daño ambiental generado como consecuencia de la contaminación del medio ambiente (daño tradicional) es la afectación o vulneración de uno o varios derechos subjetivos que son individualizables; esto es, “de los comúnmente denominados daños personales, patrimoniales o económicos a saber: los daños a la salud, la integridad física de las personas (por ejemplo el asma provocado por la contaminación atmosférica), los daños a sus bienes (por ejemplo el medio ambiente de propiedad de un individuo) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ejemplo, la pesca), todos ellos sometidos al ámbito del Derecho Privado donde a priori parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil” (Gomis Catalá, 1996, p. 91).

2.2.2.1. Características del daño ambiental. En la responsabilidad civil extracontractual o derecho de daños, afirmar que el daño debe ser cierto no es difícil, pero cuando se habla del daño ambiental las cosas siempre se van a complicar por las peculiaridades y alcances que puede llegar a tener.

Frente al desafío de redefinición del daño ambiental, la doctrina de derecho ambiental ha desarrollado diferentes manifestaciones del daño ambiental, tales como:

2.2.2.2.1. Difuso y expansivo. Para Peña Chacón (2003) “el daño ambiental es difuso por la determinación de los sujetos que se encuentran legitimados para entablar acciones judiciales o administrativas ante los órganos competentes”, así como la identificación de los sujetos que deben indemnizar.

Ante esto, Tromans (1993, citado por Gomis, 1996, p.108) señala que “la entrada de substancias contaminantes en el medio ambiente puede asemejarse a la caída de una piedra al agua, que provoca una serie de ondas que se expanden hacia afuera.”

²⁷ (...) Por daño supraindividual se entiende toda actividad humana o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, [son daños] supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. Barrientos, P (2012). Daño supraindividual como resultado de la lesión a los intereses difusos o colectivos de los pueblos indígenas y triviales: Responsabilidad Civil Extracontractual por la lesión ambiental. Paper de investigación.

En efecto, “cuando la contaminación se genere por fuentes difusas, en las cuales es imposible identificar al responsable, será necesario sustituir el mecanismo clásico de la responsabilidad civil y establecer sistemas alternativos de indemnización colectiva” (Gomis Catalá, 1996, p.136). El caso típico de daño difuso es el cambio climático, el efecto invernadero, o bien, la lluvia ácida.

2.2.2.2.2 Concentrado. El daño concentrado, es aquel daño cuya fuente contaminante es fácilmente identificable. Como caso típico tenemos la contaminación de una superficie definida de terreno.

2.2.2.2.3. Continuado o progresivo. Los daños continuados o también llamados progresivos son tipos de daños nuevos que se encuentran asociados a los denominados riesgos ambientales o tecnológicos (Sozzo, 2011, p.74). El daño será continuado, según Gomis Catalá (1996, p.135) “cuando es producto de un proceso dilatado en el tiempo, y por lo tanto su desarrollo no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo, sino que es obra de un conjunto o sucesión de actos de un mismo o varios autores, en épocas diversas. Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo nos encontraríamos frente a un daño permanente. Ejemplo, el vertido de residuos tóxicos en un río, efectuado de golpe o regularmente, cuyos resultados se manifiestan durante un largo periodo de tiempo”.

2.2.2.2.4. Colectivo e individual. El daño ambiental colectivo es aquel daño que puede recaer sobre una comunidad en concreto o incluso sobre la población mundial. Por esta razón, la individualización de los sujetos afectados puede ser determinada o indeterminada dependiendo de la magnitud del daño, a saber, en el caso de derrame de petróleo en aguas marinas nos encontramos frente a un daño en el cual puede individualizarse a los sujetos afectados económicamente (los pescadores). En cambio, en el cambio climático, no se pueden individualizar a los sujetos afectados porque los efectos recaen sobre toda la humanidad.

Pero ¿se puede hablar de la existencia de un daño individual como consecuencia de un daño ambiental?

Si bien el código civil peruano no regula el daño ambiental, la ley general del ambiente al momento de desarrollar el daño ambiental hace referencia a que el daño al ambiente se puede manifestar en la afectación a la calidad de vida de las personas, en la salud humana o en el patrimonio de éste (artículo 142.1 de la ley general del ambiente). En efecto, la respuesta a la pregunta planteada será positiva, pues haciendo una interpretación hermenéutica de la norma se concluye que la afectación al ambiente casi siempre generará efectos que pueden perturbar la esfera de los derechos personales, patrimoniales o económicos de la persona, prueba de ellos, los daños a la salud (por ejemplo, la fiebre tifoidea causada por la continuación del agua),

el daño a sus bienes (por ejemplo, la emisión de gases de una curtiembre que afecte una zona no industrial) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ejemplo, la agricultura o ganadería).

Para poder hablar de una responsabilidad civil por daño ambiental se debe tener en cuenta que el medio ambiente es un bien colectivo pues se trata de un conjunto de bienes naturales que son indispensables para la existencia del hombre.

En efecto, la responsabilidad civil por daño ambiental no puede tener el mismo tratamiento de la responsabilidad civil común debido a que la segunda tiene como objeto la protección de bienes patrimoniales individuales mientras que la responsabilidad civil por daño ambiental tiene como objeto, usualmente, a la colectividad.

En conclusión, “el medio ambiente considerado de interés colectivo no puede ser protegido por normas jurídicas de contenido meramente civil que no incorporen elementos ni criterios que puedan satisfacer el doble ámbito de incidencia de los daños ambientales: la afectación al patrimonio personal y la lesión al bien de intereses colectivos” (López Sela y Ferro Negrete, 2017).

2.2.3. *Nexo causal*

2.2.3.1. Determinación y apreciación del nexo causal. El nexo causal es uno de los requisitos más importantes para la configuración de la responsabilidad civil pues al hablar de la relación causal se está hablando de la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho.

En ese sentido, frente a un daño se puede identificar infinitas causas, universalidad de causas y el problema o la situación se complica cuando hay que identificar cual es la causa que ha dado origen al daño.

Ante esto Beltrán Pacheco (pp. 260 – 266) ha explicado la existencia de diversas teorías, causa, tales como la teoría de la causa eficiente seguida por Kóhler Wachenfeld quien la explica con un ejemplo: para obtener el fruto de una semilla se necesitan otras acciones para que la tierra sea fértil como la luz solar, la mano humana, fertilizantes, etc. pero cómo es posible identificar qué plantas no crecen en tierras fértiles o si estas condiciones fueron eficientes para generar un buen resultado o no.

En el ejemplo descrito por Kóhler existen dos condiciones para la determinación del hecho determinante del daño. 1) Las condiciones dinámicas, que son aquellas que intervienen de forma directa en la producción del resultado y, 2) las condiciones estáticas, que son aquellas condiciones neutras que no facilitan ni impiden la realización del resultado, por ejemplo: en la producción de una explosión, Luis ha proporcionado a Sergio una bomba y demás materiales y

éste ha incendiado una casa ¿cuál es la causa más eficiente? Según esta teoría sería la conducta de Sergio porque la bomba en sí misma tiene la cualidad de generar el resultado fuego, siendo el acto de prenderlo una condición que simplemente interviene en la consecución de la consecuencia.

La teoría de la causa preponderante; expuesta por Von Birkemeyer, consiste encontrar cual es la causa que predomina para la presencia del evento dañoso. Así, la causa es aquella condición que rompe con el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño.

La teoría de la causa próxima fue expuesta por el filósofo Francis Bacon. Se trata de establecer un criterio de temporalidad, por el que se considera que es causa del resultado dañoso aquel hecho más próximo a su verificación.

La teoría de la causalidad adecuada, -la presente teoría postula un criterio de razonabilidad y probabilidad para la realización del análisis de las condiciones. En efecto, para realizar el análisis debe apreciarse los hechos a partir de la “regularidad de su ocurrencia”; es decir, conforme acostumbra a suceder en la vida misma. Esta teoría consiste en realizar un estudio de las condiciones intervinientes a partir de un proceso de abstracción y generalización que dará relevancia a una de éstas elevándola a la categoría de causa del evento; es decir, a ser considerada como condición adecuada.

El Perú regula la teoría de la causalidad adecuada. El código civil, en el artículo 1985 ha establecido que se necesita de una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. Justamente, para saber cuál es la causa adecuada nos tenemos que preguntar qué causas normalmente producen un resultado dañoso; es decir, frente a un daño se trata de saber cuál es la causa dentro de la universalidad de causas que conduce usualmente al resultado dañoso. Así pues, la causa adecuada hará referencia a lo normal, a lo ordinario, y para que una causa sea considerada como adecuada deben darse dos etapas: a) La etapa del “saber relevante u ontológico”, por ejemplo cuando un sujeto tira una piedra al aire, siendo el conocimiento ontológico el hecho de que la piedra que ha sido arrojada caerá y, b) La etapa del “saber central, razonable o nomológico”; aquí se determinará entre los hechos posibles de ocasionar un daño (determinados en la etapa del saber ontológico) cuál es el hecho determinante del mismo en términos normales. (Beltrán Pacheco, p. 263).

Ahora bien, ¿en el derecho ambiental podría aplicarse la teoría de la causalidad adecuada tal como establece el código civil? En principio, parecería que sí, pues lo que se buscará es ver si la causa normalmente podría producir un daño, pero en la búsqueda de ver la relación causa-efecto nos daremos cuenta de que realizar ese análisis no es tan sencillo como

parece pues se debe identificar la fuente del daño, los agentes intervinientes, la aportación de cada uno ellos en el daño generado. Además, el daño ambiental es de fácil propagación y expansión del sitio donde se originó por lo que será mucho más difícil establecer el nexo causal.

En efecto, la comprobación del nexo causal del daño ambiental será lo más difícil de probar por la naturaleza misma del daño ambiental. En ese sentido, es conveniente tener en cuenta que para poder establecer el nexo causal en el derecho ambiental se tendrá que mirar el daño no como una situación jurídica sino como una situación de hecho donde el análisis tendrá que mirar más allá de la simple premisa de “causa-efecto” pues la valoración del daño ambiental no podrá ser del mismo modo que la del daño patrimonial porque en el segundo supuesto la identificación suele ser más sencilla, los daños suelen ser directos, los hace un sujeto determinado y recaen sobre un sujeto determinado. En cambio, cuando hablamos del daño ambiental la situación es distinta porque “en el daño ambiental los cambios producidos suelen depender del grado de alteración, de las causas de alteración, del tipo de alteración, del momento de ocurrencia, así como de las propiedades de resiliencia del medio ambiente” (Giannuzzo, 2003).

Es por eso que, frente a un incidente ambiental se necesita considerar no sólo la relación lineal de causa-efecto establecido por el derecho sino también el conocimiento científico por la complejidad del ambiente.

2.2.3.2. Prueba. La regla general en la prueba es que “quien afirma algo debe probarlo.” Este principio suele ser “muy fácil” de aplicar, por así decirlo, en el derecho de daños tradicional; o también conocido como concepción clásica del derecho en donde se encuentran los sujetos determinados sin mayor problema y además, la realización de las pruebas resultan, en la mayor parte de casos, de fácil realización debido a que la víctima siempre será un sujeto determinado así como el dañador es de fácil identificación, además de los costos de la prueba que en la mayoría de casos no son muy caros. En cambio, cuando se habla de la prueba en casos de derecho ambiental el panorama no resulta ser tan sencillo pues usualmente se tiene: 1) varios sujetos afectados directa e indirectamente, 2) uno o varios sujetos contaminantes o también llamados agentes de producción del daño, 3) el daño ambiental que puede tener efectos a corto, mediano o largo plazo, y 4) precios exorbitantes en las pruebas ambientales.

En ese sentido, cuando se evoca la prueba en el derecho ambiental se tendrá que tener presente que no es tarea fácil pues se necesita de numerosas pruebas para determinar la magnitud del daño causado, así como para determinar al agente causante del daño.

Es por eso que, en el tema de daños ambientales en determinados casos será posible invertir la carga de la prueba. El fundamento de la inversión de la carga de la prueba se sustenta

en que el demandado puede procurar la prueba con mayor facilidad que el demandante debido a que se encuentra más próximo a la fuente probatoria.

Ahora bien, no todos los casos tendrán la necesidad de la inversión de la carga probatoria pues en los casos que hayan sido llevados primero en la vía administrativa o penal, dichos expedientes formarán parte de las pruebas presentadas por el actor por lo que resultaría ilógico hablar de invertir la carga de la prueba.

2.2.3.3. Pluralidad de causas. La pluralidad de causas se configura cuando dos o más sujetos mediante una conducta común causan un mismo daño; esto es, el daño no es consecuencia de un solo sujeto, sino de varios. La pluralidad de causas o también llamada responsabilidad solidaria se encuentra regulada tanto en el código civil como en la ley general del ambiente.

El código civil, en el artículo 1983 regula la responsabilidad solidaria de la siguiente manera al señalar que si hay varios responsables del daño deben responder solidariamente y aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los demás. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

Por su parte, la ley general del ambiente, en el artículo 140 describe la responsabilidad solidaria como la existente entre los titulares de los impactos que han causado una infracción y los profesionales o técnicos que fueron responsables de la mala gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron daño al ambiente.

La ley general del ambiente, a diferencia del código civil, amplía el círculo de responsables pues no sólo responderán los titulares de las actividades causantes del daño, sino que también los profesionales o técnicos responsables de la elaboración de los instrumentos de gestión ambiental donde la responsabilidad a la que se encuentran sujetos es una responsabilidad directa.

2.2.4. Ausencia de nexos causal

En la ausencia o fractura del nexo causal se tendrá dos causas, la inicial y la ajena. La causa inicial será aquella que no causa el daño mientras que la causa ajena es la que sí causa el daño. En otras palabras, la causa ajena es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad a cargo del autor de la causa inicial.

Es por eso que, cada vez que se intente atribuir responsabilidad por la supuesta producción de un daño a un sujeto, este podrá liberarse de aquella responsabilidad si logra acreditar que el daño causado no es consecuencia de su conducta sino de la causa ajena, es decir, no interesará que el autor de la causa inicial haya actuado con dolo o culpa porque lo

único importante es que el daño causado a la víctima no ha sido consecuencia de dicha conducta sino de un evento extraño y ajeno al autor de la causa inicial. Por lo tanto, no existirá responsabilidad civil a cargo del autor inicial si se trata de un caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima.

El código civil regula al caso fortuito o fuerza mayor como la causa no imputable que consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículo 1315).

Ante esto, Mosset ha dicho que, “la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor va más allá de lo puramente teórico, que caracterizan al primero por su “imprevisibilidad” y a la fuerza mayor por implicar la “irresistibilidad”” (Mosset y Piedecosas, 2004). En ese sentido, se debe entender como “caso fortuito” aquel daño que es posible evitar con actos de previsibilidad, esto es, se puede evitar mediante diligencia ordinaria. En cambio, “será “fuerza mayor” cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño, como se daría el caso de los desastres naturales” (Albaladejo, 1994)

Tanto el código civil como la ley general del ambiente regulan la fractura del nexo causal, pero a diferencia del código civil, la ley, en el artículo 146, toma aspectos de la responsabilidad objetiva ya presente en el artículo 1970 y 1973 del código civil, sumándole otras condiciones a la exención de responsabilidad²⁸.

Ahora bien, lo señalado por la ley general del ambiente no es correcto por lo siguiente: En primer lugar, -la ley general del ambiente no hace una doble valoración jurídica del daño, es decir, el daño al ambiente en sí mismo y el daño patrimonial generado como consecuencia del daño ambiente. En consecuencia, cuando se habla del literal a del artículo en mención, se puede caer en error, pues, si bien aquella persona que genere un daño efectivamente se encuentra impedida de recibir una reparación por el daño generado, el daño puede recaer en el ambiente, en la comunidad, o en ambos. En ese sentido, ¿quién deberá responder frente al daño?

El artículo 148 inciso 1 de la ley general del ambiente señala que, “tratándose de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas, la autoridad sectorial competente podrá exigir, a propuesta de la Autoridad Ambiental Nacional, un sistema de garantía que cubra las

²⁸ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 146: “No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos: a. Cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley; b. Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible; y, c. Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión”.

indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales” (subrayado es propio). En efecto, actividades como extracción de hidrocarburos, manejo de residuos sólidos, minería, entre otras, son actividades que en sí mismo generan un riesgo debido a la alteración ambiental que causan o pueden causar.

Por lo tanto, el presente artículo hace referencia a la facultad discrecional que puede tener la Administración Pública al exigir una garantía que cubra con las indemnizaciones que pudiera derivar por daños ambientales. En ese sentido, cuando el daño se produzca sin que medie exigencia por parte de la Administración Pública de contar con un seguro ambiental habrá una responsabilidad solidaria entre la administración pública y la empresa contaminante. En segundo lugar, el literal c de la norma hace referencia a dos cosas:

- a. A que el daño haya sido causado por una acción y omisión que no es contraria a la normativa aplicable.
- b. A que dicho daño haya sido causado con el consentimiento previo de quien fuese el perjudicado y con conocimiento del riesgo de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión.

Respecto del punto a, este supuesto no puede ser considerado fractura del nexo causal, en tanto que la conducta es ejercicio regular del derecho; es decir, no hay existencia de responsabilidad por ello. Resulta innecesario mencionarlo en los supuestos de fractura del nexo causal.

Ahora bien, el punto b es el que más llama la atención, pues habla del previo consentimiento del perjudicado y el conocimiento del riesgo. En este punto, la ley, vuelvo a repetir, al no tener la doble valoración jurídica del ambiente, se equivoca, debido que resulta irrelevante el consentimiento del perjudicado, en tanto que el daño ambiental, como ya se mencionó, siempre tendrá efectos sobre terceros, por lo que si bien se puede generar un “daño directo” este tendrá efecto expansivo; es decir, el daño no recae sobre la persona individualmente considerada sino que el daño recae sobre terceros, sobre una comunidad, y no estoy hablando sobre un daño que afecte la esfera patrimonial necesariamente, sino un daño que afectará derechos como la vida, la salud, el derecho de las futuras generaciones, entre otros.

Es por lo mencionado que dicho pacto de límite de responsabilidad resultaría nulo ya que no se está hablando de un convenio de exclusión por culpa leve o levísima²⁹, sino que se trataría de exclusión de responsabilidad frente a derechos indisponibles de la persona.

²⁹ Código civil de 1984.

2.3. Factores de atribución.

Los factores de atribución se constituyen como el elemento de responsabilidad civil mediante el cual se asignará responsabilidad a la persona, natural o jurídica, por su conducta. En el sistema de responsabilidad civil extracontractual hay dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo, que tiene relación con la culpa; y el sistema objetivo, que se relaciona con la teoría de la creación del riesgo. El primero se encuentra regulado en el artículo 1969° del código civil y en el que debe configurarse el dolo o culpa; mientras que el segundo, se encuentra regulado en el artículo 1970° del código civil y se encuentra reservado para aquellas conductas o actividades consideradas riesgosas.

Por su parte, la ley general del ambiente también regula un doble sistema de responsabilidad; es decir, subjetivo y objetivo.

A continuación, se explicará la regulación de ambos mecanismos de atribución de responsabilidad en la ley general del ambiente.

2.3.1. Responsabilidad subjetiva en la ley general del ambiente

Para poder explicar la regulación de la responsabilidad subjetiva es necesaria la remisión al artículo 144 de la ley, que establece el sistema de responsabilidad objetiva, señalando lo siguiente:

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa.

Por su parte, el artículo 145, sistema de responsabilidad subjetiva, señala lo siguiente: La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.”

En otras palabras, según la norma habrá responsabilidad subjetiva cuando ésta derive de actividades o bienes no peligrosos o no riesgosos ambientalmente.

Desde mi punto de vista, considero que el legislador se equivocó al establecer un sistema de responsabilidad subjetivo diferenciando las actividades ambientales como peligrosas y no peligrosas pues, ¿qué sucederá en aquellos casos donde se genera un daño ambiental pese a que la actividad realizada no tiene un carácter inherente de peligrosidad?

Artículo 1986: “Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”.

Según lo mencionado en el artículo, se dará una “justa y equitativa indemnización y la restauración del ambiente únicamente cuando haya dolo o culpa”, pero ¿quién asumirá la reparación del daño cuando no medie dolo o culpa?, ¿qué ocurrió con el principio contaminador-pagador y de internalización de costos?

Frente a las preguntas planteadas se puede apreciar que el legislador cometió un error exorbitante por los siguientes motivos:

- a. Al establecer un sistema de responsabilidad subjetiva obliga a la parte afectada a presentar miles de pruebas para establecer la culpabilidad.
- b. Incentiva al potencial contaminante a actuar en “cumplimiento de la normativa” sin tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación, pues el solo alegar que actuó de acuerdo a la normativa vigente podrá eximirse de responsabilidad.

Es por lo mencionado que la responsabilidad subjetiva carece de eficacia en el derecho ambiental ya que según lo establecido por el legislador se podría afectar el ambiente sin obligaciones de reparar el daño lo cual es ilógico ya que toda actividad o bien que genere un beneficio económico debe tener deberes, en este caso, el de internalización de costos y el principio contaminador pagador que se ven excluidos en el artículo 145 de la ley general del ambiente.

2.3.2. Responsabilidad objetiva en la ley general del ambiente

La responsabilidad objetiva o responsabilidad por creación del riesgo, se encuentra regulada en el artículo 144, cuyo texto señala que:

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente.

Antes de comenzar, se debe hacer mención que el artículo 142 establece los costos que deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como las de vigilancia y monitoreo de la actividad y las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

Así pues, la responsabilidad por riesgo “se ajustará plenamente al principio de quien contamina paga porque el causante del daño respondería por el mero hecho de haberlo causado, y por supuesto, también al principio de precaución, porque quien creó el riesgo con la correspondiente generación del daño se produjese debería haberse anticipado a este hecho” (Bautista Romero, 2009, p.18).

Lo mencionado por el legislador es correcto, pero incompleto, pues establece la obligación de asumir al agente contaminante con los costos generados por el daño ambiental. Sin embargo, se olvida de establecer aquellas actividades o bienes no riesgosos o no peligrosos ambientalmente, así como la obligación de optar por un seguro ambiental o los aportes obligatorios a un fondo de compensación ambiental.

Esto es, el presente artículo pudo haber sido redactado de la siguiente manera:

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, o del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente no peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente no riesgosa o peligrosa, es objetiva.

Se entiende por aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgosos o peligroso o ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa lo siguiente:

1. generación de efluentes
2. generación de emisiones atmosféricas
3. generación de residuos sólidos
4. manipulación de combustible
5. manipulación de materia prima
6. manipulación de sustancias contaminantes

(la presente ley no es taxativa) En efecto, esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados:

- a. Por el bien o la actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.
- b. Por el bien o la actividad no riesgosa, lo que conlleva a asumir las medidas de prevención y mitigación, las medidas para la recuperación del ambiente afectado y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización.

Por lo tanto, en la responsabilidad civil por daño ambiental conviene tener un sistema objetivo de responsabilidad pues este permitirá:

- a. Agilizar los procesos judiciales debido a que no se entrará en cuestiones conductuales del causante del daño; en otras palabras, facilita el tema probatorio pues no habrá complicaciones de la prueba de la culpa. Eso sí, la víctima deberá probar la relación de causalidad entre la actividad del agente y el daño producido.

- b. Impulsar a los posibles causantes de daños ambientales a tomar medidas de seguridad respecto al bien que utilizan o la actividad que realizan.
- c. La eficacia de los principios de precaución, internalización de costos y contaminador-pagador.

2.4. Reparación del daño ambiental

La reparación del daño ambiental se puede dar tanto en la vía civil, administrativa como penal. La presente tesis desarrollará de manera breve la reparación en la vía administrativa y penal, puesto que no es objeto de estudio, pero es necesario tener presente la forma de reparación para saber cuándo se puede activar la vía civil y en qué casos es conveniente activarla para exigir la reparación del daño ambiental.

Antes de empezar se debe tener en cuenta que la reparación del daño ambiental en la vía civil se sustenta en el principio de responsabilidad ambiental, regulado en el artículo IX de la ley general del ambiente, así como en el artículo 138 de la misma norma. Ambos artículos hacen mención a que la responsabilidad administrativa que se puede generar es independiente a la penal o civil que pudiera derivarse por el mismo hecho.

El artículo 1985 del código civil regula la reparación del daño de la siguiente manera:

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.

El código civil que menciona que la reparación del daño incluye el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; empero, la ley general del ambiente hace hincapié en que en la reparación del daño se busca el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes. Es decir, se puede interpretar que el artículo 147³⁰ engloba al artículo 1985 del código civil cuando menciona que se busca el restablecimiento a la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, cabe recordar que el hombre forma parte del medio ambiente. En ese sentido, al momento de solicitar la indemnización para la persona o personas afectadas patrimonialmente se tendrá que hacer únicamente una

³⁰ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 147: “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 con los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

interpretación extensiva donde efectivamente se verá el lucro cesante, el daño emergente e incluso podría ser el daño moral y el daño a la persona.

Ahora bien, ¿Qué beneficios presenta la vía civil frente a la penal y administrativa?

a. Vía civil y vía penal

- La responsabilidad civil se fundamenta en la teoría del riesgo; es decir, la producción del daño no tendrá que ver con la conducta ilícita, culpable o dolosa que son necesarias en el derecho penal para que se configure el delito.
- El sujeto legitimado para interponer la acción en la vía civil es el sujeto afectado mientras que en la vía penal será el Ministerio Público
- En la responsabilidad civil cuando el daño recaiga sobre un sujeto o grupo de sujetos la reparación será de manera directa para el afectado o los afectados. En cambio, en la vía penal no pasa esto, puesto que suele ser común que el procurador público intervenga en el proceso como actor civil solicitando la reparación la cual irá al Estado y no al afectado.

b. Vía civil y vía administrativa

- La indemnización generada por la responsabilidad civil ambiental es para el sujeto o sujetos afectados. En cambio, la responsabilidad administrativa por daño ambiental es para la Administración Pública más no para los sujetos afectados por contaminación ambiental³¹.
- La responsabilidad civil se sustenta en la teoría de la creación del riesgo, a diferencia de la responsabilidad administrativa que se basa en el principio de legalidad. Esto se aprecia en la Tabla 1.

Tabla 1.

Reparación en la vía administrativa, penal y civil

	Reparación en vía administrativa	Reparación en vía penal	Reparación en vía civil
Destino de la reparación	Administración pública	Administración pública – sujetos afectados (siempre y cuando se hayan constituido como actores civiles)	Sujetos afectados – ambiente afectado
Fundamento de la reparación	Principio de legalidad	de Conducta ilícita – culpable – dolosa	Teoría de la creación del riesgo

³¹ Esto se debe a que la sanción genera una obligación jurídica pública.

<p>Sujetos legitimados</p>	<p>Cualquier persona, natural o jurídica (artículo 143 de la LGA) y el órgano competente de la AP (artículo 103 de la LPAG)</p> <p>Sujeto afecto y el Ministerio Público (artículo 1 del NCPP)</p>	<p>Cualquier persona, natural o jurídica (artículo 143 de la LGA), el Ministerio Público, el Gobierno Regional o Local, las Comunidades Campesinas y/o nativas (artículo 82 del CPC)</p>
-----------------------------------	--	--

Fuente: Elaboración propia.

En efecto, la vía civil se puede abrir en paralelo con la vía administrativa e incluso con la vía penal. Asimismo, la vía civil se dará cuando los daños no sean constitutivos de delito ni de infracción administrativa. En ese sentido, habrá situaciones en las que se tendrá que optar por la vía civil ya que, si bien no hay configuración de delito ni infracción administrativa, si se generó un deber jurídico de reparar un daño pues no se tenía la obligación jurídica de soportar.

Ahora bien, recapitulando el análisis del artículo 147 de la ley general del ambiente, se puede apreciar que la norma ambiental menciona tres términos:

- a. Reparación
- b. Restablecimiento
- c. Indemnización

Además de los tres términos mencionados, la ley ambiental, menciona otros términos, tales como: restauración (artículos VIII y IX), rehabilitación (artículos VIII y IX), compensación (artículo VIII), compensar en términos ambientales (artículo IX), asumir los costos (artículos 142 y 144), reparar (artículo 144), recuperación (artículo 144), mitigar (artículo 144) y evitar que vuelva a ocurrir (artículo 144).

Es por eso que, ante los términos mencionados por la ley del ambiente surgen las siguientes interrogantes ¿es posible reparar un daño ambiental?, ¿hasta qué punto puede “restaurarse” el ambiente?, ¿podrán afrontarse los costos de una verdadera y total reparación?, ¿qué significa compensar en términos ambientales?

Los términos mencionados por la ley general del ambiente son utilizados de manera vaga, sin definirlos. En otras palabras, no establece una distinción entre estos términos, por el contrario, los utiliza de manera análoga.

A pesar de eso, es claro que, el objetivo de la reparación por daño ambiental es la reparación “in natura”, que podrá ser “in situ” o “extra situ.” A diferencia de la reparación por equivalencia dineraria, propia de la responsabilidad civil clásica, lo que se busca en la responsabilidad civil por daño ambiental es la reparación del ambiente lo cual, si bien no tiene valor de equivalencia en el mercado, se intenta establecer valor económico a los Recursos Naturales, no al ambiente en sí mismo, a modo de ejemplo se tiene el caso de Tamshiyacu donde se estableció la suma de 15´720,461.27 soles por concepto de reparación civil. El monto de la reparación civil se justifica en el análisis económico realizado por Neil Alex Navarro Gómez, que utilizó la valoración económica mediante la técnica de sistematización bibliográfica donde se utilizaron reportes científicos, precio del mercado en el tema de maderas.

Por otro lado, también se utilizó la técnica de transferencia de beneficios, donde se calcula el valor actualizado teniendo en cuenta el estudio básico. (Expediente N° 00740-2014-41-1903-JR-PE-04, 2019, p. 18-19)

En sentido, según lo mencionado en la primera parte del artículo 147, “la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes”, nos encontramos frente a una reparación “in natura in situ”; es decir, aquella reparación que se da en el mismo lugar afectado.

Por el contrario, cuando el legislador indica, en el artículo 147, que “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” (el subrayado es propio) nos encontramos ante una reparación “in natura extra situ”, que se generará únicamente cuando el daño ambiental generado sea irreparable-irreversible; es decir, en estos casos se generará compensación ambiental que significa la restauración del ambiente en una zona distinta al lugar producido, por ejemplo, en el caso que se genere un daño ambiental irreversible a un humedal, la obligación de reparar por parte del agente contaminante será la restauración de suelos, a través de técnicas como, por ejemplo, la fitorremediación, o restauración de bosques, entre otros. En conclusión, la medida de remediación quedará sujeta a la discrecionalidad y capacidad cognitiva del ambiente por parte del juez.

No se puede olvidar que, la normativa ambiental, también habla de la “indemnización” que conlleva el daño ambiental, lo cual podría entenderse como una doble reparación que hará el agente contaminante por el daño causado, pero no es así pues la indemnización que menciona el artículo en cuestión es para los daños generados como consecuencia de los daños ambientales; en otras palabras, y como ya se explicó líneas atrás, es la indemnización que

recibirá la persona o personas afectadas por el daño generado como consecuencia del daño al ambiente en sí mismo.

Ahora bien, desde mi punto de vista, considero que lo establecido por la normativa ambiental en materia de reparación de daño es incompleto, pues debió tener en cuenta que:

La reparación del daño ambiental implica costos altísimos para el agente productor del daño, lo cual podría generar la no reparación del daño debido a que no cuenta con los fondos suficientes para esto, en efecto, le resultará más económico al agente contaminante liquidar la empresa antes que reparar el daño ambiental. Por lo tanto, se debió establecer los seguros ambientales obligatorios para aquellos que desarrollan actividades ambientalmente riesgosas.

El seguro ambiental obligatorio se encuentra en relación con el principio de internalización de costos, el cual señala que “el costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos” (artículo VIII de la ley general del ambiente). Lo interesante del seguro ambiental es que generará un doble beneficio. Por un lado, será el sujeto asegurado que mantendrá su patrimonio frente a la generación de un daño ambiental. Por el otro, es el ambiente y sus componentes pues la prima del seguro obligará a que las empresas adopten lo último en tecnología para realizar sus actividades, así como medidas de capacitación de personal, entre otras.

La implementación de los seguros ambientales evitará, por ejemplo, que se generen más pasivos ambientales. En la actualidad, según informe de la Defensoría del Pueblo, el Perú cuenta con más de 8,500 pasivos ambientales de la antigua minería. La mayoría de ellos ubicados en Áncash, Cajamarca y Puno.

Además de los seguros ambientales se debe establecer la obligatoriedad de aportes a un fondo de compensación ambiental por parte de las empresas con actividades riesgosas ambientalmente como para las actividades no riesgosas ambientalmente. La implementación de aportes a un fondo de compensación ambiental se fundamenta en los llamados “daños huérfanos” (Grandez Barrón y Gamio Aita, 2019, p.19); es decir, aquellos daños en los cuales no se logra identificar al responsable. En otras palabras, el fondo de compensación ambiental servirá para aquellos casos en los que no se pueda probar el nexo causal de un daño ambiental.

En efecto, al establecer las figuras del seguro ambiental, así como la del fondo de compensación ambiental obligará a los titulares del bien o actividad riesgosa o no riesgosa (para el caso de fondos de compensación ambiental) a tomar las medidas de prevención y precaución suficientes para evitar el daño ambiental.

El establecimiento de las figuras en mención evitará que el principio “contaminador pagador” e incluso el principio de “internalización de costos” sean desnaturalizados a tal punto que los titulares prefieran pagar la sanción establecida por los órganos administrativos antes que compensar, mitigar o recuperar el ambiente.

Asimismo, merece hacer hincapié que la norma ambiental se ha olvidado de establecer las obligaciones inherentes a la reparación ambiental, independientemente si se habla de una reparación “in situ” o “extra situ”, la reparación ambiental o recuperación ambiental, a secas se podría entender, por ejemplo la reforestación de un bosque, el cual únicamente podría interpretarse como la siembra de árboles, pero esto no debe ser así sino que se debe monitorear que dicha siembra permanezca en el tiempo, generando en efecto, la restauración de un bosque. Es decir, la reparación no se agota en el solo cumplimiento de lo mandado por el juez, sino que implica los deberes de monitoreo y seguimiento del proceso.

En conclusión, mediante las medidas en mención se busca reforzar la institucionalidad dentro del Estado de Derecho, pues sólo así se podrá imponer medidas que sean de verdad efectivas. La historia nos recuerda la mala praxis del Estado con el ambiente, sobre todo con los recursos naturales, por ejemplo, la era del Guano entre 1845 y 1866, la fiebre del caucho en 1885, entre otros.

2.5. Legitimidad

En la misma línea, de lo señalado por el artículo IV de la ley general del ambiente³², el artículo 143 de la ley del ambiente, reconoce que cualquier persona tiene legitimidad para obrar contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental.

Sin embargo, el código procesal civil señala en el artículo 82 que los únicos que pueden promover la acción o intervenir en un proceso donde haya intereses difusos de por medio son el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales o Locales, las Comunidades Campesinas, rondas campesinas, Comunidades Nativas. Además, también pueden ser parte del proceso las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la ley o criterio del juez, estén legitimadas para ellos. Asimismo, el artículo en mención señala que, en los procesos promovidos en protección del ambiente sin intervención del gobierno regional o local, el juez

³² Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo IV: “Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos. Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o su familia”. (El subrayado es propio)

deberá incluirlos en calidad de litisconsortes necesarios; es decir, la capacidad de acción se restringe.

Lo establecido por el código procesal puede generar que se declare improcedente la demanda al momento de solicitar la reparación por daño ambiental, no solo cuando se afecte la esfera individual de la persona, sino también cuando se afecten intereses colectivos o difusos. Incluso, en aquellos casos donde el daño ambiental no se vea exteriorizado en la persona sino únicamente en el ambiente pues el sujeto que pida la reparación no cuenta, según el código procesal civil, con legitimidad para accionar la vía correspondiente.

Ante lo mencionado, resulta importante que el juez tenga en cuenta el principio de unidad del derecho, que según la Real Academia Española, es “el principio de unidad política, declarado en los primeros textos constitucionales, por el que se entiende que el derecho no puede estar fragmentado en un cosmos de privilegio, sino que ha de ser único para toda la nación y concretado en leyes general”, así como el principio jurisdiccional de suplir los defectos o deficiencias de la ley conjuntamente con la política ambiental, que son herramientas de interpretación de derecho para los jueces.

En resumen, resulta necesario que, en el Ordenamiento Jurídico, en temas de daños ambientales prime el acceso a la justicia ambiental con el objetivo de proteger al hombre frente a la contaminación ambiental, así como en la rehabilitación de los recursos naturales.

2.6. Plazo de prescripción

La prescripción en materia ambiental es un punto importante, pues en muchos casos, el daño al medio ambiente no es el resultado de una sola acción, sino el producto de todo un proceso, que se distribuye en el tiempo y en el espacio, sin respetar límites o fronteras políticas o geográficas.

Estas características únicas son particularmente importantes en el tema prescriptivo, ya que los efectos de la contaminación tienden a manifestarse muy lentamente, favoreciendo en última instancia a quién o quiénes causan daños al medio ambiente, ello debido a que con el paso del tiempo estos podrían ausentarse o bien desaparecer física o jurídicamente. Es por eso, que con el fin de evitar que el tiempo se convierta en un aliado del degradador ambiental y con ello, se llegue a consolidar jurídicamente una denegatoria de justicia resulta necesario reinventar la figura de la prescripción a la luz del derecho ambiental. (Peña Chacón, 2013, pp. 117 – 118).

La normativa ambiental vigente no ha regulado el plazo de prescripción. En cambio, en el código civil, encontramos que el plazo para las acciones relacionados con la responsabilidad civil, según el artículo 2001, numeral 4, establece que “prescriben, salvo disposición diversa de

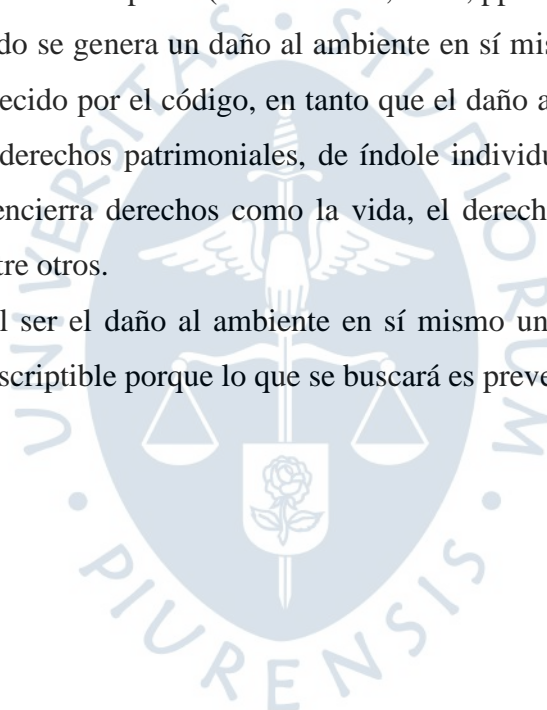
la ley (...) a los dos años, (...) la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.”, pero aquí surge una cuestión: ¿El plazo prescripción es regla absoluta para todos los tipos de daños?

Antes de empezar a solucionar la pregunta planteada, es necesario tener en cuenta que hay dos tipos de daños al ambiente: el ambiente en sí mismo y el daño generado como consecuencia de la contaminación.

Respecto a los daños generados como consecuencia de la contaminación, que se exterioriza en los intereses legítimos de una persona determinada o sobre la colectividad, el plazo de prescripción dependerá del tipo del daño. Por el ejemplo, para los daños ambientales continuados, el plazo de prescripción empezará a correr a partir del último acto de violación repetitiva, continuada e ininterrumpida. (Peña Chacón, 2013, pp 130 – 135).

En cambio, cuando se genera un daño al ambiente en sí mismo no se podría aplicar el plazo de dos años establecido por el código, en tanto que el daño al ambiente en sí mismo no tiene nada que ver con derechos patrimoniales, de índole individual, sino que el derecho al ambiente en sí mismo encierra derechos como la vida, el derecho de futuras generaciones, desarrollo sostenible, entre otros.

En conclusión, al ser el daño al ambiente en sí mismo un daño que afecta derechos indisponibles será imprescriptible porque lo que se buscará es prevenir, cesar y reparar el daño estrictamente ambiental.



Capítulo 3

Derrame de mercurio en Choropampa

3.1. Derrame de mercurio en Choropampa

Con relación a las fuentes, se ha utilizado datos obtenidos en la “Investigación del Derrame de Mercurio del 2 de junio del 2000 en las cercanías de San Juan, Choropampa y Magdalena” de julio del 2000, elaborado por la Comisión Independiente a la Oficina de Ombudsman y Asesor en Materia de Observancia (Compliance Advisor Ombudsman – CAO) de la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), a solicitud de los accionistas de Minera Yanacocha SRL; “Informe Defensorial N° 62: El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la provincia de Cajamarca” de diciembre del 2001, elaborado por la Defensoría del Pueblo; “A cuatro años del derrame de mercurio” de junio del 2004, elaborado por el Grupo de formación e intervención para el desarrollo sostenible; y la “Casación N° 1465-2007-Cajamarca”, del 22 de enero de 2008, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República.

El viernes 02 de junio del año 2000, un camión de transporte de la empresa Ransa que transportaba mercurio de la Minera Yanacocha hacía Lima y por cuenta de ésta, ocasionó un derrame de 151 kilogramos de mercurio metálico. Los efectos del derrame de mercurio fueron de tal magnitud debido a la ausencia de controles de prevención por parte de la minera, así como a la falta de fiscalización por parte del Estado de las actividades realizadas por la minera.

Según el informe de la Comisión Independiente (p. 22 a 30):

La reacción general de la situación durante las primeras semanas se vio innegablemente obstaculizada por numerosos factores, incluyendo la falta de un plan de emergencia para responder a derrames ocurridos fuera de los predios de la mina. Además, si bien la minera tenía una evaluación de peligros con respecto a materiales peligrosos específicos que se usan en las minas y en el proceso de recuperación del oro, el mercurio no se incluyó en el plan de prevención, control y respuesta a derrames de la minera Yanacocha.

El 10 de junio, la minera Yanacocha recién empezó a coordinar la limpieza en las calles de Choropampa, pagándoles a personas de la localidad para que trabajaran con cepillos, sacos plásticos y palas. Asimismo, el mercurio era comprado a los residentes a 100 soles por kilo.

La situación del daño a los pobladores aumentó debido a que los pobladores recogieron el mercurio metálico con sus manos, sin contar con ningún implemento de protección ya que a la fecha se desconocían los efectos toxicológicos del mercurio metálico.

El 17 de junio, el Ministerio de Energía y Minas multó a la Minera Yanacocha por la cantidad máxima posible en soles, equivalente a US\$ 5000.000, por hacer peligrar el medio ambiente.

Por otra parte, se tiene conocimiento de que únicamente se procesó penalmente al chófer del camión, Estaban Blanco Bar, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, como único responsable; y contra los directivos de Yanacocha y de Ransa por el delito contra la seguridad pública y delito común, en sus formas y figuras culposas en agravio de la sociedad, reservándose el fiscal el derecho de denunciarlos por delito ecológico.

Ahora bien, frente al daño generado a los pobladores, la minera realizó distintas transacciones extrajudiciales en los cuales incluía el monto de la reparación por los daños a la salud; así como el otorgamiento de un seguro de salud que cubría por el plazo de 2 o 5 años (el plazo era discrecionalidad de la minera), los gastos médicos asociados con las enfermedades derivadas de la contaminación por mercurio pese a que se tenía conocimiento, según informes y auditorías ambientales, que los efectos del mercurio seguirían presentes mucho tiempo después que los síntomas iniciales del envenenamiento hayan pasado, especialmente si entre los afectados hay niños y madres gestantes o lactantes.

3.2. Ordenamiento jurídico vigente a la fecha de Choropampa

En el año 2000 en el Perú se encontraba vigente el código del medio ambiente y recursos naturales el cual obligaba al Estado de proteger al ambiente a través de distintos métodos como son la supervisión, vigilancia, fiscalización, entre otras. Así como también generaba la obligación de proteger el ambiente a las personas, naturales o jurídicas, que desarrollen actividades de riesgo ambiental.

El código del medio ambiente y recursos naturales, vigente a la fecha del derrame de mercurio, regulaba en su título preliminar el derecho a gozar de un ambiente saludable y equilibrado. Además, legitimaba a las personas a actuar en defensa del medio ambiente, incluso en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante.

Por otro lado, es importante saber que en el año 1993³³, entraron en vigencia principios pilares del derecho ambiental tales como internalización de costos o contaminador-pagador

³³ Se debe tener en consideración que, el derecho ambiental internacional es *soft law*; es decir, las normas no son de aplicación inmediata, pero para el año del accidente industrial el Perú ya mencionaba en el marco legal uno de los principios pilares del Derecho Ambiental, pero aún no había desarrollado el principio precautorio. Esto se puede deber a qué teniendo en cuenta, el primer antecedente del reconocimiento del Derecho Ambiental; es decir, la Convención de Estocolmo de 1972, si bien es la primera vez que se reconoce al Derecho Ambiental como un Derecho Humano, la conciencia ambiental no era el pilar que orientaba la economía de Latinoamérica como de Centro América. En consecuencia, la introducción de principios “restrictivos” no era tan conveniente por las obligaciones que imponían.

(principio 16 de la declaración de Río de 1992)³⁴, principio preventivo³⁵, principio precautorio³⁶, principio de desarrollo sostenible³⁷, principio de no regresión y de progresividad³⁸, entre otros. En Perú, el código en mención únicamente reconoció, en el capítulo I, artículo 1, el principio de prevención, el cual “no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales”.

Pese a la carencia de incorporación de los principios mencionados en el código, el código del medio ambiente y recursos naturales establecía una obligación inherente al Estado de velar por el cuidado del ambiente teniendo en cuenta a la dignidad de la persona, pero el derrame de mercurio ocasionó todo lo contrario, pues los efectos nocivos de dicha sustancia atentaron contra la salud, entendida como una “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo su protección de interés público” (artículos I y II del título preliminar de la ley general de salud, ley N° 26842

³⁴ El principio de internalización de los costos busca obligar al agente contaminante a que cubra los gastos, pagos o erogaciones que su conducta pueda causar. La finalidad inmediata del principio es que los potenciales contaminadores asuman el costo de la prevención del daño en los precios de sus productos o servicios o a través de seguros obligatorios, entre otros mecanismos. En efecto, con la internalización de costos se logra una estructura de la prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación.

³⁵ El principio de prevención involucra que se incorporen en los planes de gestión de riesgos, el modo en que el riesgo de contaminación debe ser prevenido o minimizado; realice estudios o actividades para profundizar el conocimiento sobre la seguridad ambiental de la actividad extractiva y/o transformadora; también comprobar si existen factores de riesgos para desarrollar los efectos adversos; así como la evaluación de las medidas de las actividades de reducción de los riesgos.

³⁶ El Tribunal Constitucional ha señalado que el instituto de la precaución es un principio que garantiza la tutela de un medio ambiente adecuado y equilibrado frente a situaciones de amenaza de un daño al mismo, en las que existe falta de certeza científica sobre sus causas y los peligros o daños que podría causar. En concreto, se ha indicado lo siguiente: “Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad, aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc.” (Exp. N. 02005-2009-AA/TC. FJ. 49).

³⁷ El Tribunal Constitucional ha señalado que el legado ambiental no se agota con asegurar el bienestar general de la población del presente, sino que “En lo que respecta al principio de desarrollo sostenible o sustentable, constituye una pauta basililar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se “financien” incurriendo en “deudas” sociales para el porvenir”. (Exp. N. 0048-2004-PI/TC. FJ 19).

³⁸ El principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental dispone que la normativa ni la jurisprudencia deberían ser modificadas si esto implica retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad. Por su parte, la progresividad conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en progreso o mejora continua en las condiciones de existencia buscando el avance sistemático de la normativa ambiental. Peña Chacón, Mario. *El ABC del principio de no regresión del derecho ambiental*. En línea: <http://www.derechoaldia.com/index.php/derecho-ambiental/ambiental-doctrina/910-el-abc-del-principio-de-no-regresion-del-derecho-ambiental> (Consultado: 22 de enero de 2021).

del 15 de julio de 1997); así como al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, pero la falta de participación del Estado frente al derrame de mercurio dejó mucho que decir.

Por otro lado, en el año 2000, se tenía desconocimiento de los efectos nocivos del mercurio; sí como tampoco existía en el Perú regulación alguna del transporte de mercurio ni de otros materiales peligrosos que no sean explosivos, pero “como muchos de los accidentes industriales, se trató de un desastre que pudo ser evitado si se hubiera adoptado normas globales al manejo y transporte de materiales peligrosos, por ejemplo, Antamina ante la falta de legislación nacional adoptó normas internacionales de embotellado y transporte de mercurio” (Arana-Zegarra, 2009). Sobre todo, teniendo en cuenta que la Newmont Mining Corporation era la principal accionista ³⁹.

Ahora bien, antes de empezar a desarrollar la parte jurídica del último capítulo, es necesario recordar, como ya se ha mencionado antes, que el daño ambiental tiene una doble valoración jurídica; por una parte, se encuentra el daño al ambiente en sí mismo o también mal llamado “daño ecológico⁴⁰”; y por otra parte se encuentra el daño ambiental tradicional que se genera como consecuencia de la contaminación ambiental.

Si bien el Estado desplegó las sanciones administrativas correspondientes, se olvidó de exigir la reparación del daño ambiental hacía la comunidad (vía penal), así como hacia el ambiente en sí mismo, pues una cosa es la reparación que se da frente a la administración pública, como ya se mencionó párrafos anteriores, y otra muy distinta es la reparación por el daño ocasionado frente a la comunidad. Es decir, el Estado debió garantizar la salud y seguridad de la población de Choropampa.

Ahora bien, independientemente de que no se procesó por delito ecológico, pese a que se configuraban los elementos del delito; es decir, era una conducta típica, antijurídica y culpable, se debe tener en cuenta que el daño a la salud se dio como consecuencia del daño ambiental que nunca fue valorado de manera idónea, pues la poca o escasa actividad del Estado y de sus instituciones, generó que se vulneraran derechos constitucionales.

³⁹ La reputación de la *Newmont Mining Corporation* a nivel internacional debió obligar al Estado a fiscalizar de manera detenida los procesos y procedimientos utilizados por esta.

⁴⁰ Muchas veces la ecología y el ambiente se utilizan como sinónimos, pero entre estos términos radica una gran diferencia. Se entiende por ecología a la “ciencia que estudia las relaciones entre los seres vivos y el entorno que los rodea”. En cambio, el “medio ambiente es el sistema formado por elementos naturales y artificiales que están interrelacionados, y que pueden ser modificados a través de la intervención humana”. Ecogiteca. *¿Qué diferencias hay entre la ecología y el medio ambiente?* En línea: <http://ecogiteca.com/que-diferencias-hay-entre-ecologia-y-medio-ambiente/> (Consultado el 04 de Marzo de 2020).

En efecto, de lo investigado, se desprende de que hubo varios procesos judiciales, entre ellos, el más resaltante es la casación N° 1465-2007-Cajamarca, donde la accionante, doña Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus menores hijos, solicitó el pago de una suma de dinero ascendente a U\$ 1'800,000.00 (un millón ochocientos mil y 00/100 dólares americanos) por daño material en concepto de daño ambiental y daño a la salud personal. Tanto en primera como en segunda instancia y casación confirmaron que la “la legitimación únicamente le corresponde de manera exclusiva y excluyente a las entidades que se mencionan en el artículo 82 del código procesal civil; por ende, no puede ser ejercida por una persona natural, salvo que represente a una de las entidades señaladas en el artículo (...)” (p. 61).

Este caso es un claro ejemplo del desconocimiento del derecho ambiental o de la interpretación de éste en el ordenamiento jurídico. Si bien es un proceso que se remonta al año 2000, para ese entonces se encontraba vigente el código del medio ambiente y recursos naturales; es decir, hubo una norma ambiental que, si bien era “conocida” en el ámbito administrativo, dicha norma también era de aplicación para procesos civiles y penales.

En efecto, de lo mencionado se puede apreciar que a la fecha del derrame se poseía escaso “alcance” o “conocimiento” del rol del ambiente de la sociedad, así como del derecho ambiental y sus valoraciones jurídicas, si el tema se hubiese enfocado en los daños a la salud producidos por el derrame de mercurio, quizás se hubiese dado una sentencia teniendo en cuenta la interdependencia de los derechos humanos; es decir, la salud hubiese involucrado necesariamente al ambiente, pero esto tampoco sucedió en Choropampa.

Asimismo, cabe recalcar que el código del medio ambiente, al igual que la ley general del ambiente, legitimaba a la persona a accionar frente a daños ambientales cuando éste recaiga directamente en su esfera e incluso en aquellos supuestos donde no haya un interés “patrimonial”. Por otro lado, el artículo 117 del código del medio ambiente y recursos naturales establecía que la responsabilidad administrativa es independiente a la responsabilidad civil o penal que podía derivarse del mismo hecho. Igualmente, cabe mencionar que el código del medio ambiente nunca mencionó el tipo de responsabilidad ni los factores de atribución; ergo, se entiende que se regía por las normas de derecho común; es decir, por el código civil de 1984.

En efecto, el código de medio ambiente y recursos naturales, al ser una norma especial, el juez debió aplicar el principio de especialidad de la norma. Es decir, la norma general entrará a cubrir ciertos vacíos o deficiencias de la norma especial mediante interpretación jurídica. En

este caso, el código civil hubiese cubierto los vacíos que presentaba la norma en temas de factores de atribución, tipo de responsabilidad, círculo de responsables, entre otros.

El hecho de que nunca se haya dado un proceso penal o civil frente al daño ambiental generado en Choropampa no significa que nunca hubo un daño. Por el contrario, se aprecia el escaso conocimiento de la materia e incluso la incapacidad del órgano judicial para evaluar los efectos nocivos del mercurio sobre la salud y la consecuencia de este en el ambiente. En ese sentido, ¿qué pasó con la creación del daño ambiental en la comunidad de Choropampa? Se tiene conocimiento que la minera realizó distintas transacciones extrajudiciales con comuneros de Choropampa, donde se estableció un “seguro ambiental” por el plazo de 2 a 5 años para los afectados, el plazo era de manera “discrecional” por la empresa, en otras palabras, está decidía a quién le otorgaba la extensión máxima del plazo, es decir, 5 años. Asimismo, en aquellas transacciones extrajudiciales se otorgaba un monto irrisorio a la persona afectada.

Por otro lado, frente al daño al ambiente en sí mismo no hay certeza de sí hubo una transacción extrajudicial con el alcalde de Choropampa de ese entonces, pero en la vía judicial nunca se vio un caso admitido sobre reparación por daño ambiental. Además, dado que en aquel tiempo el derecho ambiental era algo novedoso es realmente dudoso de que haya procedido alguna acción iniciada por parte de un ciudadano ya que la reparación del daño al ambiente es una legitimación “extraordinaria” la cual únicamente compete, según el código procesal civil, al Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas (artículo 82 del código procesal civil).

Pero ¿qué sucedió realmente en Choropampa? Antes de analizar el caso conviene destacar que, al inicio de los años 40's, se abre la vía judicial para la lucha legal contra la contaminación. Se trató de una demanda interpuesta por Elvira Santa María de Bazo, representante de la testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la compañía Cerro de Pasco *Copper Corporation*, solicitando una indemnización por los daños causados en su ganado lanar y vacuno con los humos de la fundición de La Oroya.

La demandante sostuvo que los efectos tóxicos se apreciaban en la disminución constante del factor de natalidad, en la pérdida progresiva de lana y en el desmejoramiento y empobrecimiento fisiológico de los ganados.

La demanda planteada se fundó sobre “la doble base legal de la culpa y el riesgo, agregando que la Cerro de Pasco *Copper Corporation* operaba la fundición y causaba humos por un acto deliberado y constante de libre determinación.

La demandada se defendió con argumentos de hecho (los humos no causan daño) y también con un argumento productivo: “dicha solución (nociva) es inherente a la industria metalúrgica que no ha estado en sus manos remediar.

También, se señaló la existencia de un “pacto de irresponsabilidad”; incluso cuando en la discusión judicial no se realiza un análisis de la contaminación. Es interesante que, por resolución suprema de 1 de diciembre de 1942, la Corte Suprema condena a Cerro de Pasco *Copper Corporation* al pago de los daños, con lo cual se rechaza la pretendida inmunidad de la agente contaminante basada en la argumentación de que la contaminación es una consecuencia inevitable y necesaria de la producción industrial. (De Trazgenies Granda, pp. 345-346).

El caso de Elvira Santa María de Bazo, representante de la testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la compañía Cerro de Pasco Copper Corporation es el primer caso en la vía judicial contra la contaminación ambiental. Pese a este precedente tan importante, en Choropampa nunca se dio una valoración jurídica al ambiente y su relación con los daños causados a la salud, o viceversa. Es decir, los jueces no valoraron el daño al ambiente y los efectos nocivos a la salud de la persona, pese a que era un caso relativamente sencillo en el cual no era necesario indagar mucho pues el daño se generó por una “actividad riesgosa” (artículo 1970 del código civil), con responsabilidad imputable directamente a la Minera por hecho indirecto (artículo 1981 del código civil), en este caso por Ransa.

También se encontraba presente el nexo causal de manera visible debido a que el daño fue directo, con fuente determinada, con relación causa-efecto inmediata. Respecto al daño, este se generó tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial de los afectados. En la esfera patrimonial fue la disminución de su patrimonio puesto que los altos niveles de mercurio no solo repercutieron en la salud de los pobladores sino también en el ganado generando un lucro cesante. Por otro lado, en la esfera extrapatrimonial se tiene el daño causado a la salud que, si bien se puede determinar el monto del daño, este sigue encontrándose en la esfera extra patrimonial de la persona, así como las afecciones emocionales de lo ocurrido.

En efecto, era un caso sencillo de determinar y la aplicación de la normativa no era compleja, pues lo que se tuvo que hacer era analizar el código civil junto con el código del medio ambiente y recursos naturales mediante interpretación hermenéutica de la norma. Incluso, en el presente caso se podía hacer inversión de la carga de la prueba con lo cual se hubiese verificado que efectivamente el derrame se produjo por la falta de diligencia de la mina pues no contaban con las capacitaciones adecuadas al personal, así como tampoco contaban con un plan de transporte de productos peligrosos pese a que, a nivel internacional,

había estándares de transporte; es decir, la mina debió tener en cuenta esto por un tema de “diligencia ordinaria” en su actividad. La ausencia de regulación en el transporte de mercurio no eximiría de responsabilidad a la empresa, pues las medidas adoptadas por esta eran insuficientes para evitar un daño.

Ahora bien, si el presente caso se hubiese dado en el 2021, la situación hubiese sido totalmente distinta ¿por qué? 1) el Estado también sería responsable por culpa *in vigilando*⁴¹; 2) la configuración de la responsabilidad civil sería la antijuricidad ambiental debido a que se ha afectado al ambiente sin que medie causa alguna de justificación; es decir hay una alteración ambiental significativa tanto para el ambiente en sí y su relación con el hombre; 3) el daño ambiental sería tomado teniendo en cuenta la doble dimensión del derecho ambiental; esto es el daño al ambiente en sí mismo y el daño generado como consecuencia al daño al ambiente o, como lo hemos llamado párrafos anteriores, daño ambiental tradicional.

Siguiendo esa misma línea, se tendría que ver la aplicación de la ley general del ambiente que desarrolla el concepto de daño como “todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o algunos de sus componentes” (artículo 2). En ese sentido, se debe tener presente el concepto de medio ambiente para poder entender la doble valoración jurídica en dicho artículo.

Ahora bien, las características del daño ambiental que presenta el derrame de mercurio en Choropampa son las siguientes:

- a. El daño es difuso y expansivo debido a que es difícil identificar a todos los sujetos afectados.
- b. Es un daño concentrado puesto que la fuente contaminante es fácilmente identificable, es decir, la minera Yanacocha.
- c. Es un daño con efectos permanentes, pues la ciencia ha demostrado que los efectos de mercurio pueden desarrollarse incluso 10 años después de la exposición a la fuente contaminante.
- d. Es un daño que se configura tanto en la esfera colectiva como individual. En la esfera colectiva se ve reflejado en los daños a la salud. En cambio, en la esfera individual se ve exteriorizado en el lucro cesante que han podido tener diversos comuneros, si bien puede

⁴¹ Según la Rae, se trata de la “responsabilidad civil por los daños causados por las personas respecto de las que otras tienen un especial deber de vigilancia, como pueden ser los padres o tutores respecto de sus hijos o pupilos, los titulares de un centro docente respecto de los alumnos, o los empresarios respecto de los empleados”. Por lo tanto, la culpa *in vigilando* supone el **reconocimiento de la responsabilidad por hechos ajenos**. A pesar de que el acto que genera la responsabilidad haya sido realizado por otra persona, el responsable será la persona que debía vigilar o supervisar al individuo que los ha ocasionado.

ser que todos se encuentren afectados el monto de reparación no será el mismo para todos, por lo cual será necesario hacer valoración económica del derecho tomando en cuenta factores tales como la cantidad de ganado perdido, los posibles incumplimientos de contratos por la no producción de lana, leche, entre otros.

- e. El nexo causal es fácil de probar puesto que se genera la premisa de “causa-efecto”; es decir, pues se tiene identificado al sujeto.
- f. El modo de atribución de responsabilidad será mediante la responsabilidad objetiva, regulada en el artículo 144 de la ley general del ambiente⁴². Dicha responsabilidad se ajustará al principio internalización de costos.

Ahora bien, lo realmente interesante será la reparación del daño, pues es un daño con doble valoración jurídica. Para comenzar a explicar la reparación del daño ambiental en la vía civil es necesario tener en cuenta que dicha reparación civil se fundamenta en el principio de responsabilidad ambiental, regulado en el artículo IX de la ley general del ambiente, así como en el 138 de la misma norma. La ley del ambiente hace hincapié en que en la reparación se busca el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes. Es decir, se puede indicar que el artículo 147⁴³ absorbe el artículo 1985 del código civil cuando menciona que se busca el restablecimiento a la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, pues como ya se mencionó anteriormente, el hombre es un componente del medio ambiente.

Al mismo tiempo, la aplicación del artículo 147 no es tan sencilla como parece pues si bien el artículo 143 de la ley del ambiente reconoce que cualquier persona tiene legitimidad para obrar contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, esto no es así en el código procesal civil peruano pues establece que para acciones que tengan que ver con el medio ambiente los legitimados para interponer la acción, según el artículo 82, de la norma

⁴² Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva: “La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir”.

⁴³ Ley 28611, Ley General del Ambiente.

Artículo 147.- 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”.

en mención, serán: el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas.

Lo establecido por el código procesal puede generar que se declare improcedente la demanda al momento de solicitar la reparación por daño ambiental, no solo cuando se afecte la esfera individual de la persona, sino también cuando se afecten intereses colectivos o difusos.

El derrame de mercurio en Choropampa en el 2021, desde el punto de vista del daño ambiental tradicional, la reparación del daño ambiental consistirá en la evaluación del daño emergente como del lucro cesante; es decir, frente al daño emergente se evaluará lo que la persona perdió desde un punto de vista patrimonial, por ejemplo; la muerte del ganado. En cambio, el lucro cesante serán las ganancias que dejó de obtener por el daño emergente, en este caso podría ser el valor de la venta de leche de vaca. Incluso, se podría decir que dicho daño puede recaer sobre un objeto que no es propiedad del afectado, pero que altera el uso legítimo derivado de recursos naturales, generando un daño indirecto sobre el patrimonio del particular.

En esa misma línea, lo interesante en la reparación del daño ambiental tradicional, como consecuencia del daño al ambiente en sí mismo, es respecto a los daños extra patrimoniales, en este caso el daño a la salud. El daño ambiental ocasionado en Choropampa es un daño localizado y determinable; en otras palabras, se sabe quiénes son los sujetos afectados como consecuencia de la contaminación. En ese sentido, la reparación del daño extrapatrimonial será de manera integral para todos los comuneros de Choropampa, pues todos han sido afectados de una u otra manera, de menor o mayor medida, pero eso no significa que el tratamiento de la salud de las personas se vea atenuado, dependiendo el nivel de toxicidad en el organismo, ya que los efectos colaterales del mercurio en el tiempo aún no son conocidos. En efecto, la reparación del daño ambiental hacia los comuneros de Choropampa por daño extra patrimonial tendrá que ser mediante seguros obligatorios de salud completos para los comuneros. El plazo del seguro quedará a discrecionalidad del Juez, pero este para poder establecerlo tendrá que evaluar mediante informes de salud nacional y extranjeros. Asimismo, tendrá que valerse de pericias médicas, y otras cosas que crea que sean importantes para su fallo.

Quizás puede sonar exagerada la reparación del daño ambiental tradicional, pero dicho daño involucra derechos que son indisponibles como la vida y la salud. Además, afecta el derecho de las futuras generaciones de gozar de un ambiente sano y equilibrado. En consecuencia, la reparación del daño tendrá en cuenta los costos de prevención y vigilancia

Por otro lado, desde el punto de vista del daño al ambiente en sí mismo, se debe tener en cuenta que la ley general del ambiente, en el artículo 147, menciona los términos de reparación, restablecimiento e indemnización.

Como ya se mencionó antes, es claro que el objetivo de la reparación por daño ambiental es una reparación “*in natura*” la cual, a diferencia de la reparación por equivalencia, clásica del derecho de daños, lo que se busca es la reparación del ambiente. Ante esto, Conde Jesús (2004, pp. 32-33) indica que “ (...) la evaluación del daño ambiental no se limita únicamente a una valoración económica del mismo, a buscar un precio a unos bienes que no son de transformación o de consumo, sino que lo se ha de pretender con ella es delimitar los efectos del daño, la pérdida de las cualidades del medio, la ruptura de la cadena ecológica o de la relación equilibrada entre los distintos elementos ambientales, así como determinar las actividades necesarias para la restauración del medio, prever el tiempo que requiere para que el sistema vuelva a recuperar su funcionalidad perdida. Incluye de esta manera todos los aspectos: el tiempo necesario de restauración, las consecuencias sociales, los efectos sobre otros bienes, su reversibilidad, la posibilidad de autogeneración o las actuaciones necesarias para su reparación”. Es por eso que, Ramón Martín (2003, p. 58) menciona que “la reparación del daño ambiental es hoy un presupuesto básico de la tutela del medio ambiente”.

Lo mencionado es acorde a lo establecido en la primera parte del artículo 147, “la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes”. Ahora bien, en los casos que no sean técnica ni jurídicamente posible la reparación del ambiente estaremos ante una reparación “*in natura extra situ*”, que se generará únicamente cuando el daño ambiental generado sea irreparable-irreversible.

Ahora bien, la evaluación del daño ambiental en sí mismo en Choropampa necesitaría de un estudio técnico, realizado por expertos pues no se podría determinar los efectos futuros como una relación de causa-efecto, pues la relación causa-efecto no siempre se da en el ambiente según ha señalado el premio nobel de química, Ilya Prigoiné, citado por Caferatta (2009, p. 58), en su libro “El fin de las certezas”, “cree que hay una forma de racionalidad en ciernes. Para él, las leyes de la ciencia deben expresar posibilidades en lugar de certezas, fluctuaciones en lugar de equilibrio (...). Según este investigador, “la ciencia clásica se caracteriza por leyes, la nueva ciencia por los eventos. El nuestro es un mundo de probabilidades (...)”. (...) hay unidad de noción causal que se juzga fundamental para el análisis científico de toda realidad, incluso jurídica (...)”.

En efecto, la reparación del ambiente tendrá costos de prevención, vigilancia, deberes de monitoreo durante el tiempo requerido para que el ambiente afectado vuelva a recuperar la funcionalidad perdida, así como consecuencias sociales que corren a cargo del causante, en este caso Yanacocha o siguiendo las directivas del código civil, según el artículo 1983 podrá responder de manera solidaria junto con Ransa, empresa de transportes.



Conclusiones

De la investigación realizada se puede enumerar las siguientes conclusiones:

Primero. El daño ambiental tiene una doble dimensión jurídica; esto es, el daño al ambiente en sí mismo y el daño al ambiente tradicional. El daño ambiental en sí mismo genera siempre una lesión al derecho a la vida por cuanto impide gozar de un ambiente sano. Esta lesión perjudica a todos y cada uno de los sujetos a quienes se les haya deteriorado su hábitat. En efecto, lo que se busca siempre es prevenir, cesar y reparar el daño estrictamente ambiental.

Segundo. Existe un derecho de daños que mira exclusivamente a la afectación de la persona; es decir, un derecho individualista donde la protección al ambiente únicamente se proporcionará de manera indirecta, en otras palabras, solo si se ha vulnerado la esfera patrimonial o personal de la persona el derecho civil reaccionará frente a los daños ambientales.

Tercero. La responsabilidad civil por daño ambiental se genera independientemente del Procedimiento Administrativo Sancionador o Proceso Penal pues la reparación civil busca que los daños sean reparados de manera oportuna y que el daño no se convierta en irreparable.

Cuarto. El nexo causal no se enmarca en la clásica relación de causa-efecto, propia del derecho civil, sino que se tendrá que ver no solo como una situación jurídica sino también como una situación de hecho, donde el análisis tendrá que tener en cuenta también el conocimiento científico.

Quinto. La objetivación de la responsabilidad por daño ambiental responde a la necesidad de una protección ambiental, en la cual las excusas o atajos de cumplimiento de normativa o de abuso de derecho no generen una desprotección en el ambiente, sino que debe primar la defensa del ambiente.

Sexto. En la reparación por daño ambiental el pago dinerario nunca podrá ser dado en equivalencia pues no se busca cambiar un bien por otro, algo clásico en el derecho de daños, sino que se busca obligatoriamente reparar el ambiente, el cual podrá ser *in situ* o *extra situ*.

Séptimo. En la reparación de los daños ambientales el seguro ambiental obligatorio juega un papel decisivo para las empresas puesto que la reparación por daño ambiental implica costos altísimos para el agente productor del daño. El fundamento del seguro se sustenta en el principio de internalización de costos, el cual señala que “el costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos” (artículo VIII de la ley general del ambiente).

Octavo. La creación del fondo de compensación ambiental por parte de las empresas con actividades ambientalmente riesgosas se fundamenta, en los “daños huérfanos” que son aquellos daños en los cuales no se logra identificar al responsable.



Lista de referencias

- ALPHONSE FRANCO, J., 2001. El papel del estado en la gestión de los recursos naturales de libre acceso. [En línea] Dialnet.unirioja.es. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3141024.pdf> [Consultado 24 Enero 2021].
- ALBADALEJO, M. (1994). Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones. 9th ed. Barcelona: José María Bosch Editor SA, p.170.
- AMES VEGA, E. (2014). Iniciación al Derecho Ambiental | Foro Jurídico. [En línea] Revistas.pucp.edu.pe. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13788> [Consultado 16 Sep. 2019].
- ARANA-ZEGARRA, M., (2009). REVISTA PERUANA DE MEDICINA EXPERIMENTAL Y SALUD PÚBLICA (LIMA) - 1726-4634 | MIAR 2020 live. Information Matrix for the Analysis of Journals. [En línea] Miar.ub.edu. Disponible en: <http://miar.ub.edu/issn/1726-4634> [Consultado 3 Mar. 2020].
- BARRIENTOS, P., 2012. Daño supraindividual como resultado de la lesión a los intereses difusos o colectivos de los pueblos indígenas y tribales: Responsabilidad Civil Extracontractual por la lesión ambiental. Paper de Investigación.
- BAUTISTA ROMERO, J. (2009). El sistema de responsabilidad por daños al medio ambiente. Medio ambiente y derecho, revista electrónica de derecho, (18) [En línea] dialnet.unirioja.es Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/231230> [Consultado 23 Ene. 2021].
- BORDENAVE, S. y PICOLOTTI, R. (2002). 191-215. [En línea] Corteidh.or.cr. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37177.pdf> [Consultado 20 Nov. 2019].
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1995). Derecho ambiental. Buenos Aires: Abeledor-Perrot
- Caferatta, N., 2009. Teoría general de la responsabilidad civil. En Derecho ambiental y daño. p.58.
- CAFFERATTA, N. (2004). Introducción al derecho ambiental. 1era ed. México: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, p.20.
- CAFFERATTA, N. (2004). Introducción al derecho ambiental. 1era ed. México: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, p.149.
- (2009). Derecho ambiental y daño. Buenos Aires: La Ley, p. 69.
- (s.f.). La Responsabilidad por Daño Ambiental. Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. [En línea] Web.pnuma.org. Disponible en: <http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%2>

ODERECHO%20AMB/10%20Cafferatta%20Resp%20por%20dano%20amb.pdf

[Consultado 13 Nov. 2019].

CAFFERATTA, Néstor (dir.); CAFFERATTA, Néstor; LORENZETTI, Pablo; RINALDI, Gustavo y ZONIS, Federico (coautores), Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 500.

CAFFERATTA, Nestor. cap. I Daño Ambiental, en “Derecho Ambiental y Daño”, p. 20, La Ley, 2009.

Cap. II, Presupuesto de responsabilidad por daño ambiental, en “Derecho Ambiental y Daño”, p. 56, La Ley, 2009.

CONDE, J., 2004. El deber jurídico de restauración ambiental. 1era ed. Granada. Editorial: Comares, pp. 32-33.

CONTROL OF BIOLOGICAL INVASION RISKS. Published by SHOUKADOH Book Sellers, Kyoto, Japan and the World Conservation Union (IUCN), Gland, Switzerland. 216pp.

DE TRAZEGNIS GRANDA, F., 2003. La Responsabilidad Extracontractual. 7ma ed. Lima, pp.345-346.

2005. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Lima: Fondo Editorial PUCP.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2017). Pasivos ambientales. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/blog/pasivos-ambientales/> [Consultado 05 Feb. 2020]

DURÁN URREA, M. y Amaya León, W., 2008. Diccionario Hispanoamericano De Derecho. 1st ed. Bogotá: Grupo Latino Editores, pp.806-807.

2008. Diccionario Hispanoamericano De Derecho. Bogotá: Grupo Latino Editores, pp.1395-1397.

ESPINOZA, Juan. (2011). Derecho de la Responsabilidad Civil.6°. Lima: Rodhas SAC.

ESTRELLA CAMA, Y., 2009. El Nexo Causal En Los Procesos Por Responsabilidad Civil Extracontractual. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., 2013. La Antijuricidad Como Requisito De La Responsabilidad Civil. [en línea] Boe.es. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-40150301604_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_antijuricidad_como_requisito_de_la_responsabilidad_civil [Consultado 24 Enero 2021].

GIANNUZZO, A. (2003). Existe una distinción relevante entre valores cognitivos y sociales. p.7.

- GOMIS CATALÁ, L. (1996). Responsabilidad por daños al medio ambiente. [En línea] Rua.ua.es. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/16338/4/Gomis-Catala-Lucia-T-1.pdf> [Consultado 12 Nov. 2019].
- GRANDEZ BARRÓN, P. y Gamio Aita, P. (2019). Fiscalización ambiental en el Perú: situación actual y retos para su efectividad. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22176/21492> [Consultado 07 Feb. 2020]
- JIMÉNEZ-GUANIPA, H., Viedma, E., Huber, F. y Ferrer Mac-Gregor, E., 2018. Energía, Cambio Climático Y Desarrollo Sostenible. 1era ed. Colombia y Paraguay: Ediciones Antropos Ltda.
- KOIKE, F., CLOUT, M. N., KAWAMICHI, M., DE POORTER, M. y IWATSUKI, K. (eds). Assessment and the World Conservation Union (IUCN), Gland, Switzerland. 216pp.
- LANEGRA, I. and Hurtado, V. (2013). Vista de Estado, recursos naturales y política ambiental: notas para el caso peruano. [En línea] Revistas.pucp.edu.pe. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14111/14727> [Consultado 8 Sep. 2019].
- LEGISLACIONAMBIENTALSPPA.ORG.PE. (s.f.). EL DERECHO AMBIENTAL. [En línea] Disponible en: http://www.legislacionambientalsppa.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=1919 [Consultado 7 Oct. 2019].
- LÓPEZ MESA, M. y PASARIN, C. (s.f.). El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil” Universidad Nacional de Córdoba. [En línea] Acaderc.org.ar. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la> [Consultado 5 Oct. 2020].
- LÓPEZ SELA, P. y FERRO NEGRETE, A. (2017). Derecho ambiental. Ciudad de México: IURE Editores, pp.319-321.
- (s.f.). Derecho ambiental. 1 era ed. México: Iure Editores, p.15.
- LORENZETTI, P. (2015). Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo código civil y comercial. Revista de Derecho Ambiental, [En línea] (43), p.12. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Antijuridicidad-como-presupuesto-de-la-responsabilidad-civil-por-da%C3%B1o-ambiental-por-Pablo-Lorenzetti.pdf> [Consultado 29 Oct. 2019].

- LORENZETTI, R., CATALANO, M., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, L. y CAFFERATTA, N. (2009). Derecho ambiental y daño. 1 era ed. Buenos Aires: La Ley, pp.77-92.
- MARTÍN MATEO, R., 2003. Valoración de los daños ambientales| Revista de derecho ambiental de la universidad de Chile. N° 02, p.58.
- MENÉNDEZ, A. (s.f.). Derecho ambiental. [En línea] Mendoza.conicet.gov.ar. Disponible en: <https://www.mendoza.conicet.gov.ar/portal/enciclopedia/terminos/DerAmb.htm> [Consultado 7 Oct. 2019].
- MINAM.GOB.PE. (2010). [En línea] Disponible en: http://www.minam.gob.pe/calidadambiental/wp-content/uploads/sites/22/2013/10/guia_riesgos_ambientales.pdf [Consultado 23 Oct. 2019].
- MOSSET, J. y PIEDECASAS, M. (2004). Responsabilidad por daños. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p.234.
- MUNÉVAR QUINTERO, C., 2016. ISSN 2215-4221 (en línea) | Revista Latinoamericana De Derechos Humanos (San José) The ISSN Portal. [En línea] Portal.issn.org. Disponible en: <https://portal.issn.org/resource/ISSN/2215-4221> [Consultado 24 Enero 2021].
- OLIVARES TORRES, J., 2016. La responsabilidad civil por daños medioambientales: las alteraciones medioambientales y su tutela preventivo-resarcitoria en el Código Civil español. Doctoral. Universidad de las Palmas de Gran Canaria.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017. Solicitada por la República de Colombia [2017] (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- ORTÚZAR GREENE, F. (2014). El Derecho Internacional Ambiental, historia e hitos. [En línea] Interamerican Association for Environmental Defense (AIDA). Disponible en: <https://aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos> [Consultado 7 Oct. 2019].
- PEÑA CHACÓN, M. (2003). Daño responsabilidad y reparación ambiental. [En línea] Cmsdata.iucn.org. Disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf [Consultado 20 Nov. 2019].
- (s.f.). Daño ambiental y prescripción. [En línea] Maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com. Disponible en: <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2013/09/dac3b1o-ambiental-y-prescripcic3b3n.pdf> [Consultado 24 Enero 2020].
- Medio Ambiente y Recursos Naturales, p.149.

- DAÑO AMBIENTAL Y PRESCRIPCIÓN, 2003. [En línea] Corteidh.or.cr. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf> [Consultado 6 Oct 2020]
- PUENTE BRUNKE, L. de la (2011) Responsabilidad por el daño ambiental puro y el código civil peruano, THĒMIS-Revista de Derecho, (60), pp. 295-307. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9070> (Consultado 22 Enero 2020).
- QUISPE, I. (2006). ¿Qué es el Derecho Ambiental? | Derecho Ambiental. [En línea] Blog.pucp.edu.pe. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoambiental/2006/03/21/que-es-el-derecho-ambiental/> [Consultado 16 Sep. 2019].
- RIVERA OLARTE, F. (2017). Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico. [En línea] Dialnet.unirioja.es. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6794852.pdf> [Consultado 12 Nov. 2019].
2017. Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico. Págs. 83-103. [En línea] <http://dx.doi.org> Disponible en: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v19i25.1823> [Consultado 24 Enero 2021].
- ROCA TRÍAS, E y NAVARRO MICHEL, M. (2016, p. 34). Derecho de daños textos y materiales. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUDA GONZÁLEZ, A. y MARTÍN-CASALS, M. (2006). El Daño ecológico puro. [Girona]: Universitat de Girona, pp.423-428.
- SABSAY, D. y DI PAOLA, M. (2003). El Daño Ambiental Colectivo y la Nueva Ley General del Ambiente. [En línea] Farn.org.ar. Disponible en: <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art17.pdf> [Consultado 01 Oct. 2020].
- SIAR.MINAM.GOB.PE. (2012). Glosario de Términos para la Gestión Ambiental Peruana. [En línea] <http://siar.minam.gob.pe> Disponible en: <http://siar.minam.gob.pe/puno/sites/default/files/archivos/public/docs/504.pdf> [Consultado 11 Nov. 2019].