

RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL PURO Y EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Lorenzo de la Puente Brunke*

Los años no pasan en vano y las disposiciones del Código Civil peruano de 1984 van siendo complementadas por otras, para asumir los problemas que la ética, la ciencia y el mercado, entre otros, le proponen al Derecho de daños.

*En este breve ensayo, a manera de avance preparatorio del estudio para nuestro próximo libro, mostramos parte del camino que en la materia sigue el Derecho positivo peruano y comentamos algunos aspectos relativos a la reparación del daño ambiental en relación con las disposiciones del Código Civil, la Ley General del Ambiente (LGAMB) del 2005 y otras normas de la legislación ambiental peruana y comparada.***

* Abogado. Magister en Derecho Ambiental y Energético por la Escuela de Leyes de la Universidad de Houston, Texas, con una beca otorgada en 1998 por la Comisión Fulbright. Socio del Estudio De la Puente Abogados.

** El autor.

I. EL DAÑO AMBIENTAL PURO EN EL DERECHO PERUANO

El tratamiento del daño al ambiente tiene algunas particularidades que lo diferencian de la aproximación que hace la responsabilidad civil extracontractual. A este daño también se le conoce como daño ambiental puro, daño ecológico, daño público ambiental o daño ambiental autónomo; siempre haciendo el deslinde con aquellos daños que afecten intereses particulares.

Este daño, que en sí mismo se hace al ambiente, afecta a la sociedad en su conjunto, a la calidad de vida de sus miembros; y, más aun, a su desarrollo, porque el ambiente –la biosfera– es el sustento que hace posible la vida en la Tierra hoy y la hará posible mañana¹. El daño ambiental puro, será, pues, el daño que se causa al ambiente con independencia de la afectación a intereses particulares. Será, por ejemplo, el daño al río Rímac, a los bosques en Madre de Dios y al mar de Ventanilla, entre otros. Es, precisamente, por su carácter colectivo que el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, en adelante “LGAMB”, reconoce el derecho de todas las personas de salir en defensa del ambiente sin que sea necesario acreditar un perjuicio directo.

A. El ambiente

El ambiente puede ser definido –si es que cabe definir aquello que no se conoce completamente– como la integración de todos los elementos que componen el sistema en el que vivimos –la biosfera– y la interacción entre ellos mismos. Esto incluye, pues, lo vivo y lo inanimado, lo visible y lo invisible, lo natural y lo construido; así como la relación entre los mismos, sea ésta tangible o intangible. En buena cuenta, el ambiente es aquello que nos rodea. Pero no sólo aquello que rodea a la especie humana, sino también a los demás seres vivos y, además, las relaciones existentes entre todas las especies que habitan la Tierra.

Los componentes del ambiente pueden ser clasificados en tres grupos: (i) el ambiente

natural, que incluye el aire, el agua, el suelo, la flora y fauna, y las interrelaciones entre éstos; (ii) el ambiente construido por el hombre, que comprende las ciudades y obras de infraestructura; y, (iii) el ambiente social, que comprende a los sistemas sociales, políticos y culturales.

Esta definición amplia, por la naturaleza del objeto definido, comprende también a lo urbano. Por eso la construcción del centro comercial Larcomar en el antiguo Parque Salazar de Miraflores, en Lima, fue materia de cuestionamientos ambientales. La identidad de los vecinos mirafloresinos con su entorno estaba vinculada a ese espacio público, y por eso, alrededor de 1996, una infraestructura que hoy alberga 160 tiendas, fue objeto de evaluación ambiental por las autoridades competentes.

La LGAMB, en el artículo 2.3, no define, pero sí describe al ambiente del modo siguiente: “(...) comprende los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, (...)”.

Se trata pues, de una descripción tan amplia que describe poco. Pero eso no tiene por qué ser un defecto, eso responde, repetimos, a la naturaleza de este bien jurídico, cuya definición escapa al ámbito exclusivo del Derecho. ¿Acaso no sucede lo mismo con el concepto de bien común? Concepto que ya incorpora lo ambiental como elemento del mismo.

B. El daño en la Ley General del Ambiente

El daño, en general, según Bustamante Alsina es “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”². Y respecto del daño ambiental puro, este mismo autor lo define señalando que “es toda lesión o menoscabo

¹ La Constitución Política de 1993 ha sancionado, en el numeral 22 del artículo 2, el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Se trata de una vida que sólo se puede desarrollar en un medio que satisfaga las necesidades de la persona, desde las más triviales, hasta la más profunda: la libre búsqueda de la felicidad.

² BUSTAMANTE, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1983. p. 143.

que atente contra la preservación del entorno –constituido por los recursos naturales vivos, inertes, culturales materiales e inmateriales–, en tanto influya en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano”³. Hemos querido citar a este autor porque la LGAMB, al definir el daño ambiental, utiliza, precisamente, el mismo término –“menoscabo”– y le otorga ciertas características, como lo veremos más adelante.

A su vez, el daño ambiental –ya sea generado por un vertimiento contaminante al Lago Titicaca o por la emisión de gases tóxicos por las industrias en un barrio industrial de Lima– puede tener, simultáneamente, efectos patrimoniales y no patrimoniales sobre los derechos de las personas. Es el caso, por ejemplo, de quien adquiere una enfermedad por consumir de manera continua agua de un río que ha sido contaminado por el desagüe de una curtiembre. Es en el río contaminado donde se verifica el daño ambiental puro, mientras que en la persona se verifica un daño a su salud, daño de carácter particular como consecuencia del daño ambiental de carácter colectivo.

El Derecho, como toda disciplina, muta y hoy algunos ya hablan de una subespecie de daño ambiental puro: el daño moral colectivo ambiental. Éste es un concepto utilizado por los tribunales argentinos en un fallo que confirmó la condena de la demandada –el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y una empresa constructora– por la demolición de un inmueble considerado patrimonio histórico cultural, la Casa Milla⁴. El desarrollo conceptual en materia de daños al ambiente seguirá desarrollándose y nos llevará a conceptos nuevos, siempre dependiendo de lo que el Derecho entienda por ambiente y daño ambiental en determinada jurisdicción y tiempo.

En el Perú, la definición de daño ambiental que debemos tomar en cuenta es la del artículo 142 de la LGAMB: “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”.

De este texto podemos identificar los tres elementos siguientes: (i) el menoscabo material, (ii) la generación de efectos negativos actuales o potenciales derivados del menoscabo material, y (iii) la independencia de éste respecto de si se ha contravenido o no disposición jurídica alguna.

Es decir, el Derecho peruano exige que se produzca un menoscabo material en el ambiente para que se verifique un daño. Esto parece retórica, pero para la Administración pública no lo es, la cual ha pretendido sancionar por daño ambiental sin verificar la real ocurrencia del menoscabo; es decir, sin demostrar el daño, lo cual ha obligado a algunas empresas a recurrir en vía contencioso administrativa ante los tribunales⁵.

Para el Diccionario de la Lengua Española, “menoscabo” es el “efecto de menoscabar”. Y “menoscabar” tiene las siguientes acepciones: “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo”; “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”; y “causar mengua o descrédito en la honra o en la fama”. De otro lado, la palabra “material”, según el Diccionario tiene la siguiente acepción: “perteneciente o relativo a la materia”. Y, la palabra “materia” la define como “realidad primaria de la que están hechas las cosas”.

Por lo tanto, debemos entender que la LGAMB exige un daño cierto. En esto, como es obvio, coincide con el Código Civil, que en materia de responsabilidad civil extracontractual, exige la existencia del daño y la verificación del mismo para que se pueda exigir la reparación. Sin daño no cabe atribuirle responsabilidad a persona alguna. Sin la ocurrencia de un daño

³ BUSTAMANTE, Jorge. “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995. p. 45.

⁴ Fallo de la Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala A, 22-10-96, “Municipalidad de Tandí c/Transportes Automotores La Estrella SA y otro”. J.A. 1997-III-224.

⁵ Es el caso de Osinergmin en su actuación supervisora de la minería formal. En diversas resoluciones de su Gerencia General este organismo público hizo una interpretación errónea del artículo 142.2 y, tergiversando su contenido concluía que el daño ambiental también debe ser entendido como un menoscabo potencial. El año pasado, la competencia de supervisión y sanción de Osinergmin fue transferida al Oefa.

el Derecho no actúa. Como se puede notar de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, el daño es la piedra angular de esta rama del Derecho. Fernando de Trazegnies nos dice que “existen diferentes tipos de daños reparables. Pero, ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación”⁶.

El segundo elemento del daño ambiental según el artículo 142.2 de la LGAMB es la generación de efectos negativos actuales o potenciales. Es decir, incluye no sólo los efectos actuales del menoscabo, sino también los efectos potenciales del menoscabo. Queremos hacer notar –porque en este error han caído algunas autoridades– que lo potencial no está referido al menoscabo, sino a los efectos de éste. El menoscabo debe ser cierto.

Finalmente, el tercer elemento del daño según el artículo 142.2 de la LGAMB es que éste ocurre con independencia de que sea haya contravenido o no disposición jurídica alguna. Sobre este supuesto, nos haremos cargo más abajo.

El artículo 142 de la LGAMB suscita una cuestión de fondo: mientras que su apartado 1 parece incluir dentro de la responsabilidad por daños ambientales a los perjuicios ocasionados, no sólo al ambiente –considerado en sí mismo– sino, también, a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio –materias distintas–; mientras que el apartado 2 distingue en forma expresa el daño ambiental circunscribiéndolo, sin lugar a dudas, sólo a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o algunos de sus componentes.

Como se ve, el supuesto de hecho del apartado 1 del artículo 142 parece incluir otro tipo de daños, además del daño ambiental puro. Por otro lado, la consecuencia jurídica atañe sólo al costo de las medidas de prevención y mitigación de daño, pero no se refiere a las de restauración, rehabilitación, reparación o compensación en términos ambientales ni demás indemnizaciones a que pudiera dar lugar el daño generado sobre el ambiente. Desde nuestro punto de vista,

la interpretación correcta del supuesto de hecho de este apartado debe ser restrictiva, en virtud del contexto en que se inserta la norma. Es decir, lo que la Ley quiere indicar bajo el concepto singular de “responsabilidad por daños ambientales” sólo tiene lugar y efecto, cuando se trata de daños ambientales puros. No incluye otro tipo de daños –daños a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio–, aun cuando éstos hubieran sido causados por medio o a través de un daño ambiental. Por añadidura, la misma LGAMB distingue, en su artículo 74, entre la responsabilidad general de los titulares de operaciones y la responsabilidad por daño ambiental especificada bajo el Título IV, Capítulo 2.

C. El daño ambiental tolerable en el Derecho administrativo

Sabemos que existen daños ambientales que la sociedad está dispuesta a tolerar; aquellos que, por los beneficios a los que pueden estar asociados, son aceptados a través de los mecanismos establecidos por el Estado, con la intervención de la ciudadanía. Pensemos, por ejemplo, en los daños relacionados con la inundación que puede requerir la construcción de un embalse para la construcción y operación de una nueva hidroeléctrica en la Amazonía. La sociedad podría “tolerar” estos daños por la necesidad, digamos, de ampliar la frontera eléctrica del país para que esta energía llegue a más hogares peruanos.

El fundamento por el cual se toleran algunos daños al ambiente es la existencia de un bien superior reconocido por la sociedad. En el ejemplo que hemos puesto, el bien superior es la calidad de vida de las personas, porque nuestro Derecho y, más en concreto, nuestra Constitución Política, reconoce que el ambiente está al servicio de las personas y que la defensa de éstas es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El análisis de tolerancia no debe darse en abstracto, sino caso por caso. Es aquí donde el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental –regido por el Ministerio del Ambiente– tiene un rol importante. Este sistema tiene a su cargo calificar como tolerables –análisis de viabilidad– los

⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. p. 17.

proyectos de inversión, públicos o privados que se le proponen. A través de la evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) –instrumento de gestión– el Estado evalúa la viabilidad ambiental, económica y social de los proyectos de inversión que se propongan realizar en el territorio peruano. En esta línea de ideas es que el artículo 25 de la LGAMB establece que en el EIA se incluyan las medidas necesarias para evitar o reducir el daño que la actividad pudiera causar al ambiente a “niveles tolerables”.

La participación de los ciudadanos es tan importante en los procedimientos de aprobación de un EIA, que el Derecho administrativo dispone la obligatoriedad de las audiencias públicas en los mismos, bajo sanción de nulidad⁷. Es decir, no llevar a cabo estas audiencias públicas determina la nulidad de la declaración de “tolerable” de la actividad propuesta –la nulidad de la Certificación Ambiental– y, por lo tanto, la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto propuesto.

El Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental tiene aún que consolidarse y regir de manera homogénea las actuaciones de las autoridades vinculadas a éste. Hasta que esto no suceda, la gestión del Estado en materia ambiental seguirá mostrándose débil y será el Derecho de daños el encargado de atender –si es que puede llegar a hacerlo– aquello que el Derecho preventivo ambiental no pudo conseguir.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO AMBIENTAL PURO

El camino jurídico que ha seguido el tratamiento de la protección del ambiente ha ido transformando la disciplina jurídica. En este camino se distinguen, al menos dos grandes etapas. Una inicial, caracterizada por un Derecho que protegía indirectamente algunos componentes del ambiente considerados propiedad privada; para luego pasar a una segunda etapa en la que ya se reconoce a la naturaleza como un bien jurídico que debe ser protegido por sí mismo.

Un ejemplo de la primera etapa de este andar del tratamiento de la protección del

ambiente, es el proceso judicial, iniciado en la década del treinta y culminado en 1957, entre doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la Testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la Cerro de Pasco Corporation, por indemnización de daños causados por los humos de la Fundición de La Oroya sobre el ganado de la Hacienda Jatunhuasi. Por otro lado, un ejemplo de la segunda etapa, en la que ya se reconoce a la naturaleza como un bien jurídico que merece protección por sí mismo, es la sentencia del 9 de febrero de 2009, recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de amparo en defensa del ambiente interpuesta contra tres empresas petroleras, suspendiendo sus actividades en el Lote 103 hasta que no se cuente con el Plan Maestro del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera.

En el Código Civil la reparación del daño se fundamenta en los conceptos de legitimación y titularidad, respecto a derechos subjetivos, enfocándose hacia la protección de situaciones particulares. Es el sistema de responsabilidad civil clásico emanado del Derecho romano –*Lex Aquilia*. Un marco normativo que se complementa con las normas que sobre abuso del Derecho y relaciones de vecindad también están contenidas en el Código. Sin embargo, es evidente que el ambiente carece de una delimitación concreta y tiene, además, un carácter colectivo. Éste carácter, precisamente, es el incorporado en la legislación peruana a través del derogado Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales de 1990, y posteriormente ampliado por la LGAMB en el 2005. Sin embargo, aunque hablamos de normas distintas, no podemos perder de vista que estamos hablando de un mismo Derecho de daños, regido por los mismos principios.

Por lo tanto, aunque en este ensayo distinguimos las normas del Código Civil, de las dispuestas por la LGAMB, hablamos de un mismo Derecho de daños, cuyas normas, aunque diferentes, deben ser interpretadas en conjunto y a la luz de los mismos principios generales del Derecho.

Las disposiciones del Código Civil no fueron

⁷ Artículo 182 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

pensadas para la protección del ambiente, ciertamente; y, menos aún para enfrentar la reparación del daño ambiental puro. Sin embargo, algunas de sus disposiciones sí tienen relación, aunque lejana, con éste ya que otorgan a los individuos los medios legales para hacer que se respete su entorno y tranquilidad. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre inmisiones y relaciones de vecindad, las cuales constituyen, aunque en un ámbito bastante limitado, unas de las disposiciones precursoras del Derecho Civil en lo que a calidad de vida se refiere. Hoy, el Código Civil –al igual que en su momento lo dispuso el Código de 1936–, contiene disposiciones que protegen a los ocupantes de inmuebles de molestias causadas por sus vecinos. Se les protege, porque, entre otros aspectos, son perjudicados en su sosiego y salud. Se les protege de todo aquello que exceda de la tolerancia –concepto, como vimos arriba, indispensable para el Derecho ambiental– que mutuamente se deben los vecinos⁸. Junto con éstas, hay otras disposiciones de nuestro Código Civil que pueden ser utilizadas para fines ambientales; sin embargo, sus conceptos deben ser complementados con otros para reparar el daño ambiental puro.

Vincent Rebeyrol señala que el Derecho de la responsabilidad civil permite aportar una cierta respuesta a los daños ambientales individuales, en particular, a través de la teoría de los problemas de vecindad que justamente ha sido construida por la jurisprudencia para analizar este tipo de daños específicos. Ciertamente, esta respuesta puede y debe ser mejorada, a lo cual el Derecho ambiental puede contribuir. Pero en todo caso, en materia de daño ambiental individual el Derecho de la responsabilidad no es del todo impotente de aportar una solución. La situación es completamente diferente en materia de daño ambiental puro: todos los autores no hacen más que subrayar la impotencia del Derecho

de la responsabilidad civil común a aportar una respuesta satisfactoria a este tipo de daño⁹.

La responsabilidad civil extracontractual ya no puede ser objeto de una concepción individualista exclusiva, sino que debe cobijar también la tutela de los nuevos intereses colectivos que surgen por problemas ambientales de naturaleza difusa. Para Arazadi, la tutela del daño ambiental debe ser preventiva; antes que reparar el daño, se debe buscar prevenirlo; incluso, señala, se trata de una nueva institución del Derecho procesal. Una nueva tutela que busca una sentencia que escape al esquema clásico de las sentencias declarativas, constitutivas o de condena. Y añade que si el derecho de contenido ambiental no es disponible, si la protección del ambiente compete a todos, incluso al juez, éste no debe ser neutro, debe ser partícipe de la necesidad de conservar el ambiente¹⁰.

El artículo VIII del Título Preliminar de la LGAMB, bajo el epígrafe “Del principio de internalización de costos” establece que “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”. Antes que llegar a la reparación la LGAMB propone la prevención los daños, de tal manera que la industria está obligada a tomar acciones y asumir los costos de prevención, para, de esa manera, no trasladar los costos de reparación a la sociedad.

Este principio de internalización de costos, pues, obliga al Derecho Ambiental a requerir

⁸ Con los años, y con la conciencia ambiental de la ciudadanía en aumento, el Derecho Administrativo ambiental –no el Derecho Civil– seguirá incorporando estándares de calidad ambiental. Sin embargo, las disposiciones sobre inmisiones y relaciones de vecindad en los códigos civiles seguirán siendo útiles, porque ellas abarcan aspectos que no sólo protegen al vecino en materia ambiental, sino también al inmueble del cual son propietarios o que simplemente lo ocupan. En esto, por poner un ejemplo, el interdicto de retener del Código Civil y del proceso sumarísimo del artículo 606 del Código Procesal Civil, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, seguirá cumpliendo una función importante.

⁹ REBEYROL, Vincent. “L’affirmation d’un “droit a l’environnement” et la réparation des dommages environnementaux”. Paris: Editions Defrénois, lextenso editions. 2010. p. 269.

¹⁰ ARAZADI, Ronald. “El Derecho Procesal Ambiental”. En: “Revista de Derecho de Daños”. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2008. pp. 88-91.

que la industria y los ciudadanos no sólo asuman los costos de los daños que pudieran causar —en muchos casos irreversible—, sino también de los riesgos que generan en sus actividades, independientemente de la ocurrencia o no de un daño. El meollo del Derecho ambiental reside en su carácter preventivo; por lo tanto, de no lograr imprimirlo en las normas y en las conductas de las personas, mermará su eficacia.

En el ámbito del Derecho Internacional Ambiental, el tratadista inglés Philippe Sands resalta la enorme importancia del principio preventivo en toda política ambiental eficaz¹¹. Éste es el carácter que hay que imprimirle a la actual política ambiental peruana, la cual sigue únicamente escrita en un papel luego de más de un año de haber sido aprobada por un decreto supremo.

A. La reparación, el restablecimiento y la indemnización

El artículo 147 de la LGAMB define a la reparación del daño como “el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo”. Y añade 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”. Luego, a párrafo seguido, dispone que “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”.

De esta disposición se advierten tres términos: reparación, restablecimiento e indemnización. El primero de estos términos contiene a los dos últimos. Es decir, para la LGAMB la reparación opera por medio del restablecimiento de la situación anterior y de la indemnización económica.

Consideramos que esta disposición puede interpretarse en el sentido de que el causante del daño está obligado a incurrir dos veces en los costos de restablecimiento

de la situación anterior a la realización de la conducta dañosa. En efecto, ésta lo obliga a asumir el costo del restablecimiento de la situación anterior, así como el pago de la indemnización correspondiente. Sin embargo, la indemnización estaría destinada a las “acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente”. Este texto debería revisarse para evitar posibles interpretaciones que contravengan su sentido. Si, además, contamos ya con la “compensación en términos ambientales” del artículo IX del Título Preliminar, ¿cuáles son las tareas que el juez deberá prever? Sobre esta compensación trataremos más adelante.

Son diversos los términos que la LGAMB utiliza, prestándose a confusión. Además de los contenidos en el artículo 147 —reparación, restablecimiento e indemnización—, esta ley menciona a los siguientes, pero sin darles contenido específico alguno: 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), indemnización (artículo 144), recuperación (artículo 144), mitigar (artículo 144) y evitar que vuelva a ocurrir (artículo 144). No es clara la distinción entre estos términos, algunos parecerían similares, aunque la LGAMB los utiliza en diferentes contextos.

Es interesante advertir los términos utilizados por la Directiva 2004/35/CE de la Unión Europea, una norma muy bien pensada y elaborada. Para esta directiva, las medidas de reparación se subdividen en: reparación primaria, reparación complementaria y reparación compensatoria. Por su precisión conceptual vale la pena transcribir su definición. La reparación primaria es definida como “toda medida de reparación por la cual los recursos naturales dañados o los servicios deteriorados, regresan al estado inicial o por lo menos se acercan a ese estado”. Su objetivo es “poner los recursos naturales o los servicios dañados en su estado inicial o por lo menos a un estado cercano a este”. La reparación complementaria es definida como “toda

¹¹ SANDS, Philippe. “Principles of International Environmental Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 2003. p. 247.

medida de reparación iniciada con respecto a los recursos naturales o a los servicios, con el fin de compensar el hecho que la reparación primaria no llega a la restauración completa de los recursos naturales o de los servicios". Su objetivo es que "cuando el regreso al estado inicial no se lleva a cabo, se trata entonces de aportar un nivel de recursos naturales o de servicios comparables a los que hubieran sido aportados si el estado inicial del lugar dañado hubiera sido restablecido". Finalmente, la reparación compensatoria es definida como "toda acción iniciada para compensar las pérdidas de los recursos naturales o de los servicios que aparecen entre la fecha en la cual ocurre el daño, y el momento en el cual la reparación primaria ha producido plenamente su efecto". Su objetivo es "compensar las pérdidas provisorias de los recursos naturales y de los servicios, mientras se espera la regeneración". Quizás la LGAMB debió ser tan concreta como la Directiva 2004/35/CDE, en lugar de ser tan vaga y extensa que pareciera ir en contra de la técnica legislativa.

En el Derecho de daños, resarcir –reparar– es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.)¹². La reparación por equivalencia dineraria –la indemnización– no tiene sentido alguno en la reparación del daño al ambiente, porque con ella no se repara el objeto dañado sino que se otorga un subrogado pecuniario que no puede restituir en su totalidad el bien ambiental (imposibilidad de efectuar reparación *in natura*)¹³. Aquí podemos observar una clara diferencia entre la reparación del daño ambiental respecto de las reglas generales de la responsabilidad civil, en las que la indemnización dineraria equivalencial, que busca reemplazar o compensar el bien dañado, es la regla general. Esto sucede, porque en el Derecho Civil clásico el demandante tiene mayor libertad para disponer si el dinero pagado por su bien lesionado lo reinvierte en el mismo o no.

En el ámbito del Derecho Ambiental el pago dinerario nunca podrá ser equivalencial,

porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema¹⁴. Esta idea está plasmada en el artículo 7 de la Ley 491 sobre Responsabilidad Civil Ambiental y otras disposiciones promulgada por el Congreso de la República de Colombia en enero 15 de 1999: "Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sea posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad".

Según señala Rebeyrol, a propósito de la indemnización, el Derecho francés de la responsabilidad civil no es el único en revelarse impotente para responder a este tipo de daño. La ley alemana del 10 de diciembre de 1990, a pesar de estar adelantada al Derecho francés en muchos aspectos, dispone claramente que el daño ambiental puro –entendido como el deterioro de la naturaleza o del paisaje– sólo podrá ser el objeto de una indemnización con la condición de estar acompañada del daño a la propiedad de una persona. Otros derechos no conocen ni siquiera el concepto de daño ecológico puro, ya que la idea de reparar daños que no son padecidos por personas, les parece inconcebible¹⁵.

Volviendo a la legislación nacional, queremos hacer notar que mientras que en el artículo 1985 del Código Civil la indemnización comprende las consecuencias derivadas del hecho que generó el daño, incluyendo: (i) lucro cesante, (ii) el daño a la persona; y, (iii) el daño moral; la LGAMB dispone que el causante del daño está obligado a reparar: (i) los daños ocasionados por el bien o la actividad riesgosa y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización, (ii) los de la recuperación del ambiente afectado; y, (iii) los de ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir; por lo que estaríamos ante un régimen especial. Para una adecuada aplicación del Derecho de daños ambientales, la reflexión de la doctrina

¹² DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. cit. Tomo I. p. 44.

¹³ HENAO, Juan Carlos. "Responsabilidad del Estado Colombiano por el daño ambiental". En: "Responsabilidad por daños al Medio Ambiente". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000. p. 149.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ REBEYROL, Vincent. Op. cit. p. 277.

y la jurisprudencia se deben encargar de dar contenido a estos conceptos.

B. La compensación en términos ambientales

El artículo IX del Título Preliminar de la LGAMB dispone la obligación de “compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”; obligación que está limitada a aquellos casos en que no fuera posible adoptar medidas de restauración, rehabilitación o reparación.

La pregunta que cabe hacernos es ¿a qué se refiere la LGAMB al pretender obligar a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar? Como es obvio que no existe responsabilidad por daño ambiental en sede distinta a las sedes civil, penal y administrativa, no se debe tratar de un proceso de atribución de responsabilidad distinto a los ya existentes en nuestro sistema legal.

Por lo tanto, pensamos que se trataría de un concepto nuevo en el Derecho de daños peruano aplicable sólo en aquellos casos en que ya no es posible restaurar, rehabilitar o reparar un daño ambiental. Más allá de lo dicho, la LGAMB no da luces sobre el particular. Tomando como referencia a otras jurisdicciones, pensamos que esta compensación en términos ambientales puede referirse a las medidas de compensación llevadas a cabo en lugares distintos al afectado. Puede ser el caso, por ejemplo, del daño irreparable a un humedal, que podría traer como consecuencia, además de la sanción al causante, la obligación de mantener o recuperar una mayor área de humedales en otro lugar de la geografía peruana. Por lo tanto, no se trataría de la reparación *in natura*, tan difícil en términos ambientales, sino de compensar en otro lugar “en términos ambientales”.

Esta tipo compensación no sólo aparece en la LGAMB, sino también en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley 29325. El párrafo primero

del artículo 23 dispone que “sin perjuicio de imponer cualquiera de las sanciones establecidas, la autoridad competente puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente”.

En materia de Derecho de daños, cuando no cabe la reparación *in natura*, cabe la compensación en términos económicos; sin embargo, como al ambiente no se le puede indemnizar con dinero, creemos acertado que se haya introducido esta compensación en términos ambientales. Porque cuando sea imposible reparar el bien ambiental dañado se debe propender a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza. Como el ecosistema es uno y sistémico –aunque no se restaura el bien lesionado– se restaurará al sistema mismo, que se verá beneficiado en su conjunto¹⁶.

Es con esta lógica que la compensación en términos ambientales adquiere sentido. Pensemos lo siguiente: volver las cosas al estado anterior es el equivalente a la reparación en especie, *in natura e in situ*, en el mismo lugar en que ocurrió el daño. Ahora bien, la reparación en especie y *ex situ*–o reparación *in natura ex situ*– vendría a ser lo que el artículo IX de la LGAMB denomina “compensación en términos ambientales”. Como se ve es una reparación que encuentra su lugar conceptual dentro del Derecho de daños.

A diferencia de la ley peruana que establece, en defecto de la reparación *in natura in situ*, la compensación en términos ambientales, el artículo 28 de la Ley General del Ambiente argentina, Ley 25675, dispone que en caso que no sea técnicamente factible el restablecimiento al estado anterior, la indemnización sustitutiva que determine la justicia, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que esta misma ley creo. Este puede ser un mecanismo a imitar en el Perú, por medio del cual el Estado se haga de los recursos para atender el daño

¹⁶ Comisión de las Comunidades Europeas. 9 de febrero de 2000. Número 66. Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (presentado por la comisión). p. 12.

ambiental, incluyendo también los pasivos ambientales históricos.

C. El replanteamiento del nexo causal

Como sabemos, el artículo 1970 del Código Civil dispone que “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. De aquí se desprende que la responsabilidad por el daño ambiental generado mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esto quiere decir que ni la culpa ni el dolo serán factores tomados en cuenta para atribuir responsabilidad; bastará que se compruebe la relación causal entre el daño ambiental y el causante del daño, y que se demuestre que la actividad o bienes que causaron el daño son peligrosos para que se origine la obligación de reparar. Resulta, pues, que en los casos de responsabilidad objetiva se aplica el fundamento del riesgo creado, por lo que quien haya causado el daño responderá a pesar de no tener culpa o dolo, a menos que se verifique algún supuesto de ruptura del nexo causal.

Sin embargo, existe otro modelo teórico de riesgo, el del llamado riesgo integral. A diferencia de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado, este modelo no admite eximentes tales como el normal ejercicio de un derecho, el caso fortuito o la fuerza mayor. Para casos específicos, algunos tribunales ya han adoptado el sistema de responsabilidad civil extracontractual por riesgo integral, mediante el cual se rigen algunas actividades extremadamente riesgosas o capaces de producir daños muy graves o irreversibles. Este sistema presume el nexo causal entre el bien o actividad riesgosos y los probables daños. El español Albert Ruda desarrolla este tema ampliamente y, por ejemplo, indica que la House of Lords ha entendido ya —en un caso de daños por inhalación de asbesto— que si la prueba del nexo causal es científicamente imposible, no cabe exigirla al demandante. Y añade que este criterio podría generalizarse, también, para los daños ambientales puros¹⁷. Para este autor —en materia de nexo causal— ya no estaríamos hablando propiamente de una

cuestión de hecho, como lo es la causalidad física, sino de una cuestión de Derecho.

El Perú no estuvo muy lejos de asumir este sistema para los daños al ambiente. De hecho, el artículo 147 del Proyecto de LGAMB que llegó al debate en el pleno del Congreso de la República, bajo el epígrafe “De la carga de la prueba” decía lo siguiente: “Si por los antecedentes del caso o las responsabilidades legales atribuidas, el daño ambiental pudo haber sido originado por una acción o hecho atribuible a un agente, se presumirá la relación de causalidad entre éste y el daño ambiental. El descargo corresponde al agente”. El texto de la LGAMB fue aprobado con la eliminación de dos artículos de la versión original que entró al debate en el pleno, uno de ellos contenía esta disposición. Ésta intentó ser una norma de excepción, porque la regla general es que no se invierte la carga de la prueba. Lo mismo reconoce la Directiva 2004/35/CE de la Unión Europea; sin embargo, deja abierta la posibilidad de que cada país, al transponer las disposiciones de aquella a su Derecho interno, incluyala presunción de existencia del nexo causal.

Para Ruda, “la complejidad de la causalidad medioambiental deriva en primer lugar del conocimiento imperfecto que aún se tiene del medio ambiente. La tarea de determinar la causa de las alteraciones ecológicas es a menudo imposible o de una dificultad desalentadora, (...)”. Éste sustenta que ya no se puede presuponer que el juzgador sea capaz de determinar los hechos en materia tan compleja e inabarcable como la ecológica. Debido a los descubrimientos de la física cuántica, señala que la visión mecanicista que ha reinado en la física prácticamente hasta nuestros días, ha perdido su hegemonía y parece ampliamente reconocido que tiene también sus límites. Nos dice que “el estudio de los procesos mecánicos que tienen lugar en el interior del átomo ha puesto en tela de juicio que un conocimiento absoluto de los fenómenos físicos sea posible y ha rechazado las leyes de la causalidad. En particular la física cuántica afirma que no cabe determinar completamente el estado de un sistema y predecir su estado futuro, como en cambio había entendido la física clásica”. Por lo tanto, “el juzgador no podría aspirar a una seguridad

¹⁷ RUDA, Albert. “El Daño Ecológico Puro”. Madrid: Aranzadi. 2008. p. 306.

absoluta en el juicio causal hipotético (...). La incertidumbre que inevitablemente acompaña a los fenómenos naturales dificultaría la prueba –no sólo del daño, sino también– del nexo causal entendido en un sentido puramente fáctico”¹⁸.

El argentino Cafferata, en similar línea, señala que se han generado una serie de teorías en materia de relación de causalidad que tratan de aligerar la carga de la prueba porque se sabe que puede fracasar todo el sistema de responsabilidad si no se prueba el nexo de causalidad entre la actividad presuntamente dañina y el daño. Precisamente, una de las teorías que se aplica, es la holandesa de la causalidad disyuntiva o alternativa, también llamada “teoría de la responsabilidad colectiva”. En ese caso, la reacción del Derecho es tornar responsable a todos solidariamente y darles derecho a repetición.

Por su lado, el artículo 31 de la Ley General del Ambiente de Argentina, Ley 25675, dispone, basado en esta teoría, que producido un hecho de daño ambiental colectivo, cuando hubiera dos o más personas, dos o más industrias y no se supiera el aporte de cada uno de ellos a la producción del daño ambiental, “todos serán responsables solidariamente por la reparación frente a la sociedad”¹⁹. En el Perú, ante estos casos de pluralidad de causantes de un daño, el artículo 1983 del Código Civil simplemente señala que estos responden solidariamente; sin embargo, no establece los criterios de asignación de cuotas de responsabilidad y no se prescinde de la prueba del nexo causal. Habrá que esperar al desarrollo que, probablemente, se dará en disposiciones ajenas al Código Civil, para ver qué opción será la que asuma el Derecho Ambiental peruano.

D. La cuestión de la antijuricidad y el ejercicio regular de un derecho

El estudio de la antijuricidad, como presupuesto de la responsabilidad en materia del daño ambiental puro, no representa mayor

complejidad. La naturaleza del ambiente como bien jurídico constitucionalmente protegido, sustento de la vida de las personas, determina que todos tengamos la obligación de preservarlo. Esta obligación, contenida en nuestra legislación nacional y en instrumentos internacionales, determina, pues, que toda conducta que afecte el ambiente sea antijurídica. En ese sentido, el apartado 2 del artículo 142 de la LGAMB señala que el daño debe ser reparado, sea causado contraviniendo o no contraviniendo una disposición jurídica.

El párrafo 1 del artículo 1971 del Código Civil establece que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. Sin embargo, entendiendo esta norma en el contexto del sistema jurídico, el ejercicio de un derecho no es irrestricto. ¿Esta norma del Código Civil es una exención de responsabilidad para todos los casos de derechos afectados? Es decir, ¿cualquier ejercicio regular de un derecho libera de la obligación de no afectar el ambiente? No es así. Recordemos, para esto, que toda facultad otorgada por un derecho no es absoluta. Por ejemplo, ¿alguien puede sostener que está eximido de responsabilidad por matar a alguien en el ejercicio regular de un derecho? No. Por eso es que en el régimen especial de responsabilidad ambiental se establece la obligación de todo aquél que causa un daño al ambiente de asumir las consecuencias del mismo, aun cuando su actuación hubiera sido conforme al marco legal que regula su actividad.

Para María del Carmen Sánchez-Friera, la adecuación del actuar de la instalación generadora de daño a las prescripciones administrativas que en dichas licencias se establecen no sólo no exonerará de responsabilidad a la misma sino que la responsabilidad que del hecho dañoso se deriva puede ser reclamada ante los tribunales²⁰. Por su lado, Raúl Brañes, al propósito de las limitaciones del requisito de la culpa, señala que buena parte de las conductas lesivas del ambiente no sólo

¹⁸ Ibid. pp. 294-297.

¹⁹ CAFFERATTA, Néstor. “La Responsabilidad por Daño Ambiental”. En: “Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales”. PNUMA. 2009.

²⁰ SÁNCHEZ-FRIERA, María de Carmen. “La Responsabilidad Civil del Empresario por Deterioro del Medio Ambiente”. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A. 1994. p. 214.

no son contra la ley sino que también cuentan con la autorización administrativa requerida²¹.

No cabe, pues, apoyarse en el cumplimiento estricto de reglamentos y demás disposiciones legales para exonerarse de la obligación de reparar el daño. Podríamos decir que las disposiciones constitucionales, las de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, así como lo establecido en los artículos VIII y IX del Título Preliminar de la LGAMB lo prohíben.

E. Un plazo de prescripción distinto

El párrafo 4 del artículo 2001 del Código Civil establece que “prescriben, salvo disposición diversa de la ley (...) a los dos años, (...) la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual”.

Según lo entiende la doctrina mayoritaria, la acción prescribe, pasado dos años contados desde el momento en que la víctima conoce del daño. Esto es especialmente importante en lo ambiental porque el daño a veces ocurre de manera oculta a los ojos del hombre. Un ejemplo de esto es la contaminación de un cuerpo de agua subterráneo, uno de los daños al ambiente más difíciles, largos y costosos de reparar.

Dieciséis años después de la publicación del Código Civil, la Ley General de Residuos Sólidos, Ley 27314, aprobó un plazo de prescripción de veinte años para un caso ambiental específico. El apartado 1 del artículo 23 de esta ley, bajo el epígrafe “Responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños”, establece que “el que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos está obligado a repararlo, de conformidad con el Artículo 1970 del Código Civil”. Por otro lado, el apartado 3 del mismo artículo dispone que “el generador será considerado responsable cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante la operación de todo el sistema de manejo de los residuos sólidos peligrosos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final”. Por lo tanto en caso

de falta de diligencia del generador en el manejo de los residuos peligrosos, el plazo de prescripción de dos años del Código Civil no es aplicable, sino el plazo de veinte años aprobados por la ley especial.

En los once años de vigencia de esta norma, no conocemos de acción alguna que se haya interpuesto amparada en este plazo de prescripción especial. Sin embargo, no dudamos de que la veremos invocada ante los tribunales en el futuro. Tampoco dudamos de que la legislación irá incorporando plazos similares para otros supuestos de carácter ambiental, aunque la LGAMB no lo haya previsto. Somos de la opinión de que la particularidad del daño al ambiente requiere de un tratamiento especial por parte del Derecho de daños, el cual irá desarrollándose para lograrlo.

III. CONCLUSIÓN

Cuando era tradicional que la problemática ambiental se canalizara mediante instituciones del Código Civil—como es el caso de las normas de relaciones de vecindad e inmisiones, las de abuso del derecho y las de responsabilidad civil extracontractual—, la protección del ambiente por la vía administrativa empezó a ganar terreno y tener un crecimiento dinámico. Es así, como la legislación ambiental peruana se ha desarrollado rápidamente en los últimos años, aunque de manera dispersa y desordenada.

Hay que comprender que, a pesar del desorden y dispersión de las disposiciones peruanas, el Derecho tiene unidad y es un sistema organizado. Sobre esto, el jurista alemán Karl Larenz nos enseña que el Derecho tiene, como ordenación sistemática de conceptos, un sistema interno y un sistema externo²². El primero contiene los presupuestos del Derecho, los principios generales del mismo, las normas no escritas; mientras que el segundo es el derecho escrito, el derecho positivo, el visible. Son sistemas distintos pero están unidos en el gran sistema que es el Derecho, un instrumento al servicio del bien común.

En el caso del Derecho de daños peruano, creemos que aún está pendiente desvelar

²¹ BRAMES, Raúl. “La Responsabilidad por el Daño Ambiental”. México: PNUMA. 1996. p. 17.

²² LORENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona: Editorial Ariel. 1994. pp. 437 y siguientes.

el sistema interno. Sin embargo, a pesar de ello, las normas ambientales deben ser interpretadas y aplicadas obedeciendo al Derecho y no a la literalidad de un artículo, lo cual está siendo común en la actual gestión ambiental del Estado peruano.

No hay que olvidar de que el Derecho de daños responde a principios comunes, aunque se puedan advertir especies diferentes del mismo –como el caso de los

daños ambientales puros. Por lo tanto, la interpretación de las normas ambientales no debe hacerse en compartimentos estancos y escapando a los principios generales que informan el Derecho en su conjunto.

Finalmente, habrá que decir que llevar el Derecho Ambiental peruano a su madurez requerirá de tiempo, pero, sobre todo, del insumo conceptual de las decisiones de los tribunales y de la reflexión de la doctrina.