

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MEDIO AMBIENTAL



**ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR DAÑO AMBIENTAL Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A UN
AMBIENTE SANO, AREQUIPA 2015**

Tesis presentada por el Bachiller

EDWIN ROAN ZUÑIGA MACHADO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO MEDIO AMBIENTAL

Asesor: Dr. Neil Tejada Pacheco

AREQUIPA - PERÚ

2017



Para mi familia que día a día enfrentan la lucha por la vida, quienes con su cariño han contribuido a todo lo que he logrado, en la búsqueda de poder mejorarme como persona y profesional, motivos sin los cuales no hubiera sido posible el logro de mis objetivos en esta investigación.



Salvaguardar el medio ambiente, es un principio rector de todo nuestro trabajo en el apoyo sostenible; es un componente esencial en la erradicación de la pobreza y uno de los cimientos de la paz.

KOFI ANNAN

INDICE

	Pág.
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
 CAPITULO I: EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO	
1. UBICACIÓN DEL DERECHO AL AMBIENTE SALUDABLE	15
2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO	18
3. LA CUESTIÓN AMBIENTAL	20
4. FUNDAMENTO DEL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE.....	23
5. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO	25
6. EL OBJETO DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE.....	26
7. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA ESTATAL DE PROTEGER EL DERECHO AL VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO	35
8. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO	36
9. LAS OBLIGACIONES QUE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO LE IMPONE AL ESTADO	37
10. NECESIDAD DE UNA PROTECCIÓN EFECTIVA Y DE ADOPTAR LAS MEDIDAS NORMATIVAS PARA HACER VIGENTE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO	41
 CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO AMBIENTAL	
1. INTRODUCCIÓN.....	45

2. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE	48
3. RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL	49
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL EN EL SISTEMA PERUANO	52
5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL	53
5.1 Antijuricidad	53
5.2 El daño.....	54
5.3 Nexo Causal	54
5.4 Factor de atribución	56
6. LOS DIVERSOS DAÑOS AMBIENTALES	56
6.1 Definición del daño ambiental	56
6.2 Daño a la persona y daño a la salud	58
6.3 Daño moral	58
6.4 Daño patrimonial	58
6.5 El daño moral colectivo y el daño moral ambiental.....	60
7. LOS DAÑOS AMBIENTALES Y SUS COSTOS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	62
8. LA VALORACIÓN DEL DAÑO	65
9. CARACTERÍSTICAS DE LOS DAÑOS AMBIENTALES	66
9.1 Incertidumbre	66
9.2 Relevancia y alcances del daño ambiental.....	68
9.3 Carácter difuso y expansivo	69
9.4 Daño concentrado y daño diseminado	69
9.5 Daño directo e indirecto	70
10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE.....	71

CAPITULO III: PROBLEMÁTICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

1. EL DAÑO AMBIENTAL	75
2. EL DAÑO AMBIENTAL Y EL REQUISITO DE ANTIJURICIDAD	82

3. LOS DAÑOS COMPRENDIDOS, ACTUALES Y FUTUROS; PREVISIBLES E IMPREVISIBLES; EL DAÑO EMERGENTE, EL LUCRO CESANTE, EL DAÑO MORAL	87
4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ADECUADA	90
5. LOS DAÑOS POR OMISIÓN Y EL DEBER DE PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE	97
6. EL CARÁCTER PREVENTIVO Y EL CARÁCTER RESARCITORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO AMBIENTAL	99
7. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	101
8. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y EL SISTEMA SUBJETIVO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD	105
9. SISTEMA OBJETIVO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD	110
10. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	112

CAPITULO IV: ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA ENCUESTA APLICADA A MAGISTRADOS Y ABOGADOS

1. PRESENTACION	115
2. ANALISIS DE LOS RESULTADOS	116
3. INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS	148

CONCLUSIONES	158
SUGERENCIAS	160
BIBLIOGRAFIA	162
PROYECTO DE INVESTIGACION	165

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, es necesario para optar el Título de Magíster en la Universidad Católica de Santa María; siendo ello así, ésta Tesis Titulada **“ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO, AREQUIPA 2015”**, está destinada a aportar una posible solución a la problemática existente a la falta de responsabilidad civil por daño ambiental que afectan el derecho a un ambiente sano nuestro entorno social.

La presente investigación empezará estudiando los alcances referentes al derecho a un ambiente sano y sus implicancias legales en nuestro medio, analizando para ello los criterios válidos que prevalecen sobre dicho derecho en nuestra legislación. De otro lado se analizará el tratamiento legal que se da a la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, esto es hacer un repaso a las normas vigentes, donde daremos lugar al tema de nuestro interés, analizando para ello aspectos concernientes a la responsabilidad civil y a su relación con el daño ambiental.

Las conclusiones arribadas en esta investigación, esperamos sean de gran utilidad, no sólo al estudio de la problemática analizada sino también para garantizar la defensa del derecho a un ambiente sano, por lo que en este sentido es necesario replantear y estructurar debidamente las implicancias legales que trae consigo la falta de regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental, es así que la necesaria apreciación, comprensión y visión crítica, de este trabajo complementan su finalidad, esperando apreciar solamente sus aportes y pasando por alto las omisiones en que se pudiera incurrir.

Los Capítulos I y II corresponden al Marco Teórico Conceptual, donde abarcamos las bases teóricas conceptos, definiciones y clasificaciones que sirven de sustento teórico a la investigación, así también deducimos las hipótesis y las variables de estudio de nuestro trabajo.

Los Capítulos III y IV muestran los resultados obtenidos del análisis jurídico doctrinario y la encuesta aplicada a magistrados y abogados especializados en derecho ambiental de la ciudad de Arequipa, resultados a los que se llegó luego del análisis de la información jurídica y estadística obtenida respecto al tema investigado en nuestro ordenamiento jurídico vigente, todo lo cual nos llevo a delimitar como debe enfrentarse dicha problemática frente a los organismos reguladores. Ya culminando la investigación presentamos las conclusiones con sus correspondientes sugerencias.

Por último, en los anexos se encuentra el proyecto materia de nuestra investigación, presentándose en una primera parte, el planteamiento teórico, la formulación del problema, así como la justificación e importancia del estudio, tocando posteriormente las limitaciones y objetivos. En una segunda parte se tiene el planteamiento operacional donde se analiza el diseño técnico y la recolección de datos, anotamos la metodología, los instrumentos empleados para la obtención de datos, delimitando las unidades de estudio, lo mismo que el tiempo, optando por una estrategia de análisis y recolección de información.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, daño ambiental, ambiente sano, responsabilidad extracontractual, daño moral, daño patrimonial, daño a la persona, nexo causal, factor de atribución.

ABSTRACT

The present research, it is necessary to choose the title of Master of the Catholic University of Santa Maria, being so, this Thesis Entitled "ANALYSIS OF PROBLEMS IN THE CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE AND THE INVOLVEMENT OF THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT, Arequipa 2015, " is intended to provide a possible solution to the existing problems of the lack of civil liability for environmental damage affecting the right to a healthy environment our social environment.

This research will begin studying the scope for the right to a healthy environment and their legal implications for our environment, analyzing the valid criteria for that prevailing on that right in our legislation. On the other hand the legal treatment given to civil liability for environmental damage in our legal system, ie a review of the current regulations, which give space to the issue itself, will be analyzed by assessing this aspect related to liability relating to civil and environmental damage.

The conclusions reached in this research, we hope will be useful not only to study the problem analyzed but also to ensure the defense of the right to a healthy environment, so in this sense it is necessary to reconsider and properly structure the legal implications brought about by lack of regulation of civil liability for environmental damage , so that the necessary appreciation, understanding and critical vision of this work complement its purpose, hoping only appreciate their contributions and ignoring the omissions might be incurred .

In Chapters I to II correspond to the Theoretical Framework Conceptual, where we develop the theoretical basis, concepts, definitions and

classifications that serve as theoretical foundation for research, as also deduce hypotheses and study variables of our work.

The results of doctrinal legal analysis is presented in Chapters III and IV and the survey of judges and lawyers in environmental law in the city of Arequipa, results that then came from the analysis of the legal and statistical information obtained regarding the topic investigated in our current legal system, all of which led us to define and must face this problem facing regulators. Now we present culminating research findings with their suggestions.

In Annexes find the art research project and presented in the first part, the theoretical approach, the formulation of the problem as well as the justification and importance of his study, then touching the constraints and objectives. In the second part we have the operational approach where the technical design and data collection analyzes, we scored the methodology, the instruments used in data collection, defining the units of study, as well as the time, opting for a strategy of analysis and data collection.

KEYWORDS: Civil liability, environmental damage, healthy environment, non-contractual liability, moral damage, property damage, damage to the person, causal link, attribution factor.

INTRODUCCIÓN

“Todas las personas tienen 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”, es lo que nos dice el artículo IV Título Preliminar de la vigente Ley General del Ambiente (LGA), Ley N° 28611, de octubre del 2005.

Así, “el ambiente es un valor en conjunto, tiene un sustrato material, pero, considerado en sí mismo, es un valor”.¹ Por otro lado, partiendo de la definición de orden público (comprendido como el conjunto de principios jurídicos, económicos, morales, políticos y de distinta índole que son los fundamentos de la estructura y del funcionamiento de la sociedad) se había hecho la diferencia entre el orden público estático (una forma de muro de contención frente a la autonomía privada) y el orden público dinámico (las condiciones que requieren los ciudadanos para desarrollarse con plenitud).²

Por las ideas anteriores, se justifica debidamente, “la emergencia de un orden público nuevo que tiene por fin la protección ambiental”.³ Por lo cual, el Estado se halla en el deber de retirar los obstáculos que se opongan a

¹ ALPA, Guido. Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 345 en español en: Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, traducción a cura de Juan ESPINOZA ESPINOZA, Gaceta Jurídica, 2001, p. 387.

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, segunda edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 263.

³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 663.

ello. Así, en el artículo I del T.P. LGA, se entiende que: “Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.

Entonces, el bien jurídico amenazado es “el medio ambiente en sus factores ecológicos y culturales. El interés jurídico es la calidad de vida in genere: es decir, considerada colectivamente, sin que deje por ello de ser un interés difuso”.⁴ Por ejemplo, en la experiencia jurídica brasileña, se usa como mecanismo de protección la acción civil pública, la que es “de naturaleza conminatoria, teniendo por objeto una pretensión, fijando una obligación de hacer o de no hacer que recomponga in specie la lesión al interés meta individual violado, so pena de ejecución por un tercero, a su costo, o de conminación a una multa diaria por el retraso en el cumplimiento de lo ordenado. El interés objetivado puede referirse al medio ambiente, a los consumidores o al patrimonio público del país lato sensu”.⁵

Doctrina argentina reconocida enseña que daño ambiental “es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada”.⁶ Esta clase de daño afecta de forma directa al medio ambiente y de manera indirecta a las personas individualmente

⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. cit.

⁵ DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. Lei 7.347/85 e legislação complementar, novena edición revisada y actualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 46.

⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. cit., p. 661.

consideradas, tanto en su salud como en su patrimonio.⁷ Hablar del daño ambiental, implica principalmente pronunciarnos sobre los intereses difusos. Puesto que estos intereses “ocupan una posición en sí misma y asumen relevancia jurídica donde se concede tutela incluso a posiciones que no encuadran estrictamente en el ámbito del derecho subjetivo”.⁸ Se llaman intereses difusos debido a que, no obstante pertenecer a la persona y pudiendo relevar en vía autónoma (como particulares intereses de un individuo), se ubican en una dimensión supraindividual, que no contrapone su naturaleza privada: tendiendo a repetirse y a extenderse a todos los componentes de la colectividad en razón del bien (salud, ambiente, habitación, etc.) lo cual viene a ser el punto objetivo de referencia y el elemento unificador, que corresponde al individuo en cuanto pertenece a una clase social o, como miembro de una categoría social o de colectividad de extensión diversa”.⁹ Por todo esto, se afirma que los intereses difusos son aquellos “que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos y son por ello supraindividuales, produciendo una afectación o incidencia colectiva desde que la contaminación ambiental es susceptible de ocasionar una daño social a un grupo indeterminado de personas”.¹⁰ Debido a lo cual, se sostiene que el interés difuso “es extenso, amplio y pertenece a un número indeterminado de personas, sin embargo no es un interés frágil o abstracto; “todo lo contrario, se trata de un interés cierto y el hecho que pertenezca a ‘todos en general y a nadie en particular’ no lo debilita, sino que lo hace más digno de protección”.¹¹

El presente trabajo se realiza sobre la base de la información obtenida en el año 2013, con un análisis doctrinal imperante en la época sobre la base de

⁷ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. “La responsabilidad por daño ambiental aplicada al Perú”, En: *Ius Doctrina & Práctica*, N° 4, Grijley, Lima, 2007, p. 193.

⁸ PETRELLI, Patrizia. *Interessi collettivi e responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2003, p. 11.

⁹ BIGLIAZZI GERI, Lina. Ob. cit., p. 1155.

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. cit., p. 667.

¹¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “La defensa procesal de los intereses difusos”. En: *Ius et praxis*, N° 24, Lima, 1994, p. 123.

lo establecido en el Código Civil como base sólida para el análisis de la problemática en la responsabilidad civil, que por cierto no ha sufrido ninguna modificación en la actualidad; Y el derogado Código del Medio Ambiente de setiembre de 1990, de cual se recogen sus bases y principios para el análisis de la evolución del derecho en ésta muy especial y fascinante materia, encontrándose vigente la Ley General del Ambiente Ley N° 28611 del 15 de octubre del 2005; Siendo claro que entre el año 2013 y el 2016, la legislación en materia ambiental no ha sufrido importante modificación que incida en el presente análisis.





CAPITULO I

EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

1. UBICACIÓN DEL DERECHO AL AMBIENTE SALUDABLE¹²

Luis Diez Picasso comenta que los procesos de construcción de las normas jurídicas necesitan de supuestos fácticos que den referencia a una generalización de acontecimientos o sucesos que posean unos determinados caracteres y que pertenezcan a una clase determinada.¹³ Y que lo ambiental, por su naturaleza global, le dificulta manifestarse por medio de presupuestos que lo limiten, a fuerza de contradecir su propia

¹² Luis Miguel Fernández Arias, El derecho al ambiente saludable, bases teóricas y su regulación en nuestra Constitución y Constituciones Regionales, Revista Jurídica Cajamarca, Arequipa 2002. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

¹³ Luis Diez-Picazo, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Ariel, Barcelona, 1975, p. 75. En Derecho y Ambiente. Pierre Foy Valencia. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

condición integradora, surgiendo de esta forma dos posiciones, uno el lado jurídico, que reclama para sí, una tipicidad normativa, y del otro lado, muchas acepciones de lo ambiental se oponen a aceptar ciertos límites jurídicos. Entonces, es indispensable conocer a qué se refiere con lo ambiental, realizando en primer lugar una revisión de cómo nació este derecho, y cuáles son sus sustentos teóricos, para luego indicar, de manera aproximada, una definición de ambiente, en relación a la doctrina y a la propia legislación, para terminar con una vista en nuestra Constitución de 1993, y con un corto repaso en las constituciones de Latinoamérica, que han consagrado el derecho al ambiente.

Los derechos fundamentales, se han ido extendiendo, y en la actualidad, cuando tenemos generaciones de nuevos derechos, referidos con la evolución, con el tiempo de su creación y con ciertos pormenores de cada uno de estos derechos. Los denominados Derechos de Primera Generación han sido creados durante la primera etapa del constitucionalismo, a raíz de la revolución francesa y norteamericana, en las cuales se fundamentan los derechos civiles y políticos; se determinan aquellas preguntas que las personas, en tanto individuos, exigían al gobierno, con la finalidad de que éste no se inmiscuya en sus ámbitos particulares y, de esa forma, respete su dignidad, entendiéndose de esta manera, los derechos civiles y políticos.

Los denominados derechos de segunda generación; en el siglo XX y dentro del ambiente social impuesto por el llamado "constitucionalismo social" que tiene sus inicios en México (1917) y Alemania (1918), la conciencia social pide al gobierno no solo un papel abstencionista sino, de fomentar la igualdad exigida en la legislación, aunque no esté explícita en la Constitución. Siendo claro que a la sociedad no le es suficiente ya el "respeto a la vida, a la libertad y a las ideas", sino que exige un grado más elevado de igualdad de oportunidades en cuanto a sus necesidades básicas satisfechas: salud, vivienda, educación, etc. Emergiendo de este modo los "derechos económicos, sociales y culturales".

Los Derechos de Tercera Generación surgen después de la Segunda Guerra Mundial y, a consecuencia de la Declaración Universal de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, por la que los distintos estados asumen los compromisos posteriormente traducidos de manera jurídica en los Pactos Internacionales a cerca del tema de respeto a los derechos humanos de primera y segunda generación, aparecen nuevas prioridades normativas, desarrolladas por el impulso obtenido por la "revolución industrial", que reclama ser satisfecho. Reafirmando los conceptos de "crecimiento económico", "progreso" y "desarrollo", a los que se suma la variable "ambiental". Suscitando un progreso en las políticas públicas, en la medida en que el gobierno, superando las ideas restrictivas, abraza el pensamiento apropiado de "calidad de vida", como un fin moral de nuestro siglo. Es también adecuado determinar cierta relación más flexible entre las responsabilidades civiles y políticas, los derechos económicos, sociales y culturales y las responsabilidades de la solidaridad que considere, en cuanto al nivel de progreso socio-económico que alcanzó cada nación, manifestada entre los estados y los "bloques" económicos actuales, como puede ser, el de la Unión Europea, o cualquier otro semejante.

Los derechos de tercera generación, llamados también derechos de solidaridad, que se originan en la protección ante los agentes del gobierno y los particulares, pero en referencia con lo externo al hombre. Estos precisamente, derechos de tercera generación son los que llaman nuestra atención.

Walter Valdez,¹⁴ nos dice que existen dos características especiales de dichos derechos: la demanda de un mayor nivel de afinidad que en el caso de los otros y el estado de ser a la vez derechos individuales y colectivos. Aquí se ubica el Derecho al Medio Ambiente, reconocido a escala mundial, desde la Conferencia sobre el Medio Humano, en 1972, que se estableció:

¹⁴ VALDEZ MUÑOZ, Walter. 1998. Informe Anual 1997 – 1998. APRODEH Y CEDAL. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuados, en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de protegerlo y mejorarlo para las generaciones presente y futuras”. También el derecho al desarrollo, a la alimentación, a la paz, y muchos otros, debemos incidir en que es justo un mayor nivel de responsabilidad a efecto de combatir el maltrato que hoy en día nos amenaza la contaminación.

Derechos de cuarta generación:(derivan de una nuevo concepto del patrimonio natural de la humanidad), que expresa, una profundización de los anteriores derechos, pues tales derechos afectan, a modo de hipoteca moral, a las generaciones actuales, en torno al principio de igualdad, a fin de que sean protegidos el equilibrio ecológico del planeta y un medio ambiente con dignidad. Ello envuelve, estar alerta contra las actuales actitudes consumistas con que una sociedad económicamente injusta daña los recursos y sostenibilidad de la naturaleza. Además, comprende de manera general y totalmente a todos los recursos a nuestro alcance sumados, incluidos los adelantos técnicos y científicos y aquellos que provienen de la capacidad creativa del ser humano.

2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO¹⁵

El derecho ambiental como elemento coadyuvante del desarrollo de protocolos ambientales, que tienen como final lograr la organización del uso sostenible de la naturaleza, no ha significado el efectivo plazo del derecho reconocido a los individuos y a las comunidades a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente sustentable. Demetrio Loperena, dice que el sólo hecho de tratar de hacer entender que el derecho al medio ambiente

¹⁵ Luis Miguel Fernández Arias, El derecho al ambiente saludable, bases teóricas y su regulación en nuestra Constitución y Constituciones Regionales, Revista Jurídica Cajamarca, Arequipa 2002. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

apropiado es un derecho del ser humano, es complicado doblemente, dado que afloran dos conceptos, derechos humanos y medio ambiente, cuyas definiciones no son muy precisas. A pesar de que se ha tratado de ser precisos en la terminología usada, mas con un propósito académico, que con un carácter pragmático.

En la actualidad, el derecho ambiental se ha desarrollado primordialmente en los aspectos concernientes a la producción de normas encaminadas a la protección del ambiente y a establecer esquemas institucionales de gestión ambiental, mas no ha sido dirigido a lo referente de derechos ciudadanos al ambiente. La ausencia de mecanismos institucionales que brinden seguridad a la vigencia del derecho ciudadano al ambiente debiera ser una preocupación primordial de la sociedad. El medio ambiente es, al mismo tiempo, un bien colectivo y un bien individual, y los derechos referidos a él deben ser tratados desde ambos enfoques. Por otro lado, el derecho humano al ambiente tiene incito un deber correlativo, que retira al hombre del papel puramente pasivo de ser protegido.

La Declaración de Lisboa de 1988, enunciada en el tema de la “Conferencia Internacional sobre garantías del Derecho Humano al Ambiente”, exhorta al reconocimiento del vivir en un ambiente saludable y ecológicamente balanceado a toda persona, como también a que los gobiernos creen los sistemas legales necesarios para que cada persona pueda ejercer su derecho a vivir en un ambiente digno y respetando los grandes equilibrios ambientales.

La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, puntualizó un conjunto de bases legales para la protección del medio ambiente y el desarrollo extenso, consideró, en la parte que corresponde a “Principios, Derechos y Deberes Generales”, a uno de ellos como un derecho humano fundamental. “Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar”. Esta la

preocupación de las generaciones por lograr la solidificación del derecho al ambiente como un derecho humano. Sin adoptar una postura antropocéntrica del mundo, de por sí arrogante, soberbia y no científica, asentada en una auto entronización del hombre como amo del universo, para dominar la naturaleza, auto alienándose, de paso, con los mecanismos naturales que soportan y condicionan sus mismas posibilidades como ser vivo. El derecho a la vida, no podrá ser totalmente disfrutado si no se encuentra en un ambiente sano y ecológicamente balanceado.

La valoración del derecho al medio ambiente apropiado, se produce cuando el ser humano obtiene la conciencia de que esos límites pueden cambiarse equivocadamente por causas antropogénicas, poniendo en amenaza directa o indirectamente toda vida sobre nuestro planeta, especialmente la humana.

3. LA CUESTIÓN AMBIENTAL¹⁶

En la historia legal podemos observar que el desarrollo del derecho, su evolución y su progreso, pueden medirse de acuerdo a la amplitud del ámbito de aplicación, la afirmación de los valores del hombre, y cómo cada norma va internalizándose a nivel del ser humano. Desde la Charta Libertatum a la Declaración de los Derechos del Ciudadano, desde la abolición de la esclavitud al advenimiento del gobierno social moderno, el leitmotiv motivador es continuamente el mismo: la afirmación de la dignidad humana.

Desde hace muchos años, una nueva tendencia, amenazadora desde varios puntos, que ejerce presión sobre los ordenamientos jurídicos e insta a su transformación: el problema de la ecología. La principal barrera para la consolidación de las libertades humanas es: la explotación desmedida y el

¹⁶ Luis Miguel Fernández Arias, El derecho al ambiente saludable, bases teóricas y su regulación en nuestra Constitución y Constituciones Regionales, Revista Jurídica Cajamarca, Arequipa 2002. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

agotamiento de los recursos naturales. Se debe asegurar, el desarrollo socioeconómico y la conservación de los equilibrios naturales. Es necesario la creación de fundamentos comunes y que dichos fundamentos encuentren aplicación en todas partes.

Kieffer, citado por P. Maddalena,¹⁷ señala que “la naturaleza, hoy más que nunca, depende de nosotros; nuestras actividades se han convertido en algo determinante para el futuro de la naturaleza. Nos hemos convertido en algo tan poderoso que se debe considerar a la actividad humana como algo equivalente a una fuerza geológica”. Y ciertamente, esto nos lleva a pensar que en los ordenamientos legales deben surgir profundas variaciones. Según Paolo Maddalena, resulta en imposibilidad establecer el tipo y la magnitud de las variaciones que deben introducirse en el plano legal, si no se evalúa en primera instancia las profundas transformaciones que ha causado el tema ambiental en materia ética y económica lo cual nos señala los valores de los cuales la cultura dominante no puede apartar, y destaca las tendencias que se verifican por el fuerte impulso de los intereses socioeconómicos. El Derecho, como herramienta, se dirige a solucionar las diferencias de intereses a la luz de las demandas superiores de justicia, por lo cual no debía prescindir de esos dos planos, y menos cuando la temática está referida al medio ambiente, que como siempre se ve influenciado por los dos niveles.

Refiriéndonos a un nivel ético, podríamos mencionar que en un comienzo, como hemos dicho anteriormente, teníamos un principio antropocéntrico. Pero es el propio ser humano, quien se ha dado cuenta que utilizando sus deberes y derechos, superan de forma amplia los límites sostenibles del equilibrio ecológico, por lo que se llega a la tesis del “dominio responsable

¹⁷ MADDALENA, Paolo. 1992. Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental. Aspectos Generales. Ediciones De Palma. Revista de Derecho Industrial. Buenos Aires - Argentina. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

de la naturaleza”,¹⁸ según el cual el hombre es el amo de la naturaleza, sin embargo tiene la responsabilidad de hacer un uso adecuado de los recursos naturales. Por tanto, no se excluye al hombre, pero si se toma en cuenta que ambos son valiosos, tanto el hombre como la naturaleza. De esta forma se ha ido reemplazando progresivamente el principio antropocéntrico por el principio biocéntrico. Quiere decir, que el hombre deja de ser desarraigado de la naturaleza, para tomar conciencia y considerarse que es parte de ella. Y aquí ubicamos algo que es claro, lógico, tautológico, axiomático: si la naturaleza no existe, no existe el hombre, pero al contrario, la naturaleza si podría seguir existiendo, y, todavía mejor, sin contaminación, si el hombre llegara a desaparecer. Pero sin hacerlo inferior, sigue estando en la cima de la comunidad biótica, porque el hombre tiene conciencia y voluntad que lo distingue de las otras especies. Por lo tanto se halla una ética nueva, la naturaleza es un valor en sí mismo y el hombre debe respetarla y apoyarla. Mantiene hacia ella no sólo una responsabilidad negativa (evitar dañarla), sino también positiva (socorrer, por medio de la investigación científica y la tecnología, los procesos naturales en peligro).

Así mismo por el lado de la economía, también se tiene cambios fundamentales. Se observa que los recursos naturales, no son ilimitados y que el desarrollo económico tiene límites insuperables constituidos por la tolerancia y la compatibilidad ambientales. Por lo cual los bienes ambientales, comienzan a tener un valor. Carlos Caro,¹⁹ nos señala que a partir de los años sesenta, la ciencia comenzó a prevenir a cerca de los peligros que involucra el crecimiento económico que ignora las limitaciones impuestas por el medio natural. La economía, por esto, estudiará el cómo y porqué las personas, ya sean consumidores, empresas, organizaciones sin ánimo de lucro o entidades gubernamentales, optan por decisiones sobre

¹⁸ Ibídem

¹⁹ CARO CORIA, Carlos. Presupuestos para la delimitación de bien jurídico-penal en los delitos contra la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal. En Derecho y Ambiente. Nuevas aproximaciones y estimativas. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

recursos valiosos, que posteriormente tienen consecuencias ambientales. Además, la economía estudia las maneras como se pueden modificar las políticas y organizaciones económicas con la finalidad de equilibrar un tanto más los impactos ambientales con los deseos de la humanidad y las necesidades del ecosistema mismo.

Se tiene que el ambiente es pasible de protección jurídica, ya que “se considera un valor en el campo de la ética y, por otro lado ha venido a ser un bien económico, dando una competencia y un conflicto de conveniencias. Pero la forma de gestionarlo jurídicamente es la que se observa novedosa, ya que se deben hallar nuevas reglas y principios, y también nuevas técnicas jurídicas. Evidentemente, a través de la economía ambiental se ofrecen nuevos puntos de solución, como son los impuestos y subsidios a las emisiones, los estándares de calidad, o los permisos negociables de descargas.

4. FUNDAMENTO DEL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE²⁰

Los ordenamientos positivos han ido desarrollando sobre el criterio fundado en la dignidad humana, y que en la actualidad el criterio ambiental es el que prevalece por sobre el anterior, además creemos que el fundamento del Derecho humano a vivir en un ambiente sano y equilibrado, lo hallamos en la dignidad de la persona. Ahora, haremos una diferencia entre cómo se origina el derecho al ambiente, y cuál es la base de dicho derecho. El medio ambiente está para el hombre, para que éste pueda desarrollarse, y por lo tanto, cuando se afecta al medio ambiente, se está afectando a la dignidad del hombre. Existe pues, una vinculación con el Derecho a la Vida, pero distinguiéndose en que, se amplía conceptualmente este Derecho, ya que no sólo nos referimos a la inviolabilidad de la vida sino que aludimos a cierto

²⁰ Luis Miguel Fernández Arias, El derecho al ambiente saludable, bases teóricas y su regulación en nuestra Constitución y Constituciones Regionales, Revista Jurídica Cajamarca, Arequipa 2002. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

nivel de calidad de vida, a un modo de vivir dignamente. Esta vida digna depende, entre otros factores importantes, del ambiente, y se entiende precisamente a un ambiente saludable. Para poder garantizar una apropiada calidad de vida, es preciso asegurar calidad en el ambiente, y este propósito, tiene como instrumentos principales la protección y conservación del mismo y de sus recursos naturales.

Martín Mateo,²¹ nos dice que, la calidad de vida, es un criterio valorativo que expande el manejo de los recursos naturales más allá de las demandas intrínsecas de conservación de las condiciones básicas de vida, para tratar de adicionar un plan de bienestar a las personas, lo que envuelve:

- a. Sustrato Físico: la calidad de vida no tiene relación con el medio social, sino que actúa como parámetro pre definitorio de los requerimientos mínimos que debe poseer el medio físico en relación con los recursos naturales.
- b. Referencia Antropológica: la calidad de vida se encuentra ideada para el devenir de la existencia de generaciones futuras de personas o grupos, sin que se agote en la de los individuos actualmente presentes, por ello que se suele mencionar el Derecho a las terceras generaciones o generaciones futuras, a los cuales tenemos la responsabilidad.
- c. Tutela del Bienestar: referida a la atención idónea por parte del gobierno de las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación), que deben estar amparados por servicios públicos apropiados llegando a las personas que no estén en facultad de proveerse por sí mismo de dichos recursos.
- d. Conservación de los recursos renovables: La preservación de la diversidad genética y el crecimiento razonable de la flora y fauna nos

²¹ Martín Mateo, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental. Citado por Giuliana Leguia. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

benefician a todos los sujetos de este mundo, pues se conserva de forma directa un ecosistema sostenible.

No se puede sacrificar el medio ambiente para obtener una utópica calidad de vida desligada absolutamente de la naturaleza, porque, no sería posible una calidad de vida, ni la existencia del hombre sin el apropiado nivel de cuidado al ambiente; de allí que sea imposible negar que el exagerado y ciego antropocentrismo haya sido el que ha ocasionado, el daño ambiental.

5. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO²²

- a. Es un derecho del hombre y no un derecho del ambiente: podría parecer redundante dicha característica pero, lo que se trata de hacer resaltar con esto, es que este derecho supone oponerse al ecologismo naturalista que consiste en una defensa de la naturaleza en clave de igualdad, es decir, que como todos los seres integran el ecosistema, todos merecen igual protección. En este sentido, el hombre sería un ser físico y sería parte del universo, no sería un ser elevado. Dicho ecologismo naturalista presenta consecuencias en el ámbito legal al hablar de un derecho del ambiente; pero el Derecho es el sistema objetivo de relaciones humanas que supone personas que se obligan. En tal sentido, vendría a ser un disparate comentar de un derecho del ambiente pues, qué obligación se le podría pedir a la naturaleza. Por esto, se trata de un Derecho de las personas a que amolden sus relaciones con los elementos naturales físicos de tal manera que permita desarrollarse la naturaleza metafísica del hombre.

²² Luis Miguel Fernández Arias, El derecho al ambiente saludable, bases teóricas y su regulación en nuestra Constitución y Constituciones Regionales, Revista Jurídica Cajamarca, Arequipa 2002. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

- b. Es un Derecho recíproco: es un derecho de las generaciones venideras. Los que niegan este postulado sostienen que nosotros no podemos conocer si nuestra idea de bienestar sería importante para las futuras generaciones. No obstante, hay una presunción de una igual coincidencia de intereses entre nosotros y los que nos sucederán, porque ellos van a tener las mismas necesidades que tenemos hoy y la misma urgencia de vivir dignamente. Se trata de conservar para ellos condiciones mínimas de vida, por lo menos las mismas condiciones que tenemos nosotros.
- c. Es un Derecho individual y colectivo a la vez: es decir, no es un derecho individualista, pues es el individualismo el que ha cambiado a la naturaleza. Tampoco es un Derecho que pretenda reivindicar al ente gubernamental, ya que es un derecho que se extiende más allá del gobierno y las reivindicaciones particulares, se trata de un derecho que atañe al grupo social y por lo tanto no solamente debe plantearse desde el punto de vista estatal sino global. Desde esta concepción, se propone el reconocimiento de intereses colectivos, y la urgencia de crear procedimientos alternativos para poder ejercer los derechos que tienen por fin la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente humano para las generaciones actuales y venideras. No olvidando siempre que el ambiente, es un bien común a todos, por lo que la perspectiva, desde la cual se tiene que observar, no es de la tutela individual sino de la tutela colectiva.

6. EL OBJETO DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE²³

Vamos a determinar qué es lo que doctrina mayormente entiende por medio ambiente, y debemos decir que determinar el objeto y además el contenido

²³ Luis Miguel Fernández Arias, El derecho al ambiente saludable, bases teóricas y su regulación en nuestra Constitución y Constituciones Regionales, Revista Jurídica Cajamarca, Arequipa 2002. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

del derecho al ambiente nos lleva a probar que efectivamente los marcos legales sufren variaciones ya que se preocupan por darle eficacia a dicho derecho. Debido a la inexactitud, que existe todavía, del derecho al ambiente que se requiere darle un contenido claro y preciso a propósito de hacer una eficaz defensa del derecho. Por lo cual es apropiado revisar algunos criterios que han servido para gestionar la constitucionalización del Derecho al Ambiente.

- a) Si la preocupación se origina de la percepción de una “crisis” que perjudica la vida en el planeta, el bien jurídico a resguardarse jerárquicamente y denominado “medio ambiente” se refiere básicamente a las características básicas de la naturaleza.
- b) Si la preocupación nace como consecuencia de la responsabilidad frente a las venideras generaciones, el alcance de tiempo cobra realidad actual. Por lo que si las características innatas de la naturaleza son extremadamente afectadas que disminuyen las opciones de su uso y disfrute por parte de las generaciones futuras, el medio ambiente a protegerse jurídicamente debe dar importancia a los derechos de estos y en consecuencia cumplir con el deber de cada generación de transferir a las que le han de seguir el mismo medio ambiente recibido.
- c) Si la preocupación se origina por temor a que los recursos naturales se vean dañados porque las condiciones fundamentales del entorno limitan su uso, el medio ambiente a resguardarse se vincula al uso perseguido del mismo como recurso económico, teniendo como fin determinado la preservación del conjunto de usos de los recursos.

Si analizamos la historia del derecho, podemos ver que las ordenanzas modernas se han direccionado a una defensa de los intereses individuales, de tal manera que la noción de bien se comprendió como la tutela de dichos intereses, llegándose a aseverar que un bien jurídico es aquello que es objeto de un derecho subjetivo, entendiéndose como un poder o señorío que

conlleva la facultad de realizar o no realizar algo. Además, Savigny, definía al derecho subjetivo como poder, voluntad del sujeto en orden a la satisfacción de un interés propio; Ihering, lo definía como “un interés jurídicamente propio”, y Thon, como “un medio de protección del interés”. Y además, se concibe que el interés es el contenido del derecho subjetivo.²⁴

Contradictoriamente con lo que pasa con la problemática ambiental. Es que en el ambiente se necesita ante todo una tutela, no de los intereses individuales, sino la tutela del bien ambiental, y es a partir de esto, que se determinan las posturas jurídicas de las personas individuales. Así mismo, debemos considerar que, la calificación del ambiente como bien jurídico y el reconocimiento del derecho al ambiente, se mezclan en algún momento, se interceptan, de tal manera que cuando el legislador ejerce su función, el bien ambiental acaba siendo el objeto determinado del derecho humano al ambiente.²⁵

Hay quienes consideran que el contenido del Medio Ambiente, esta dado por elementos como el aire y el agua, también los que comprenden un elenco extenso entre los que se encuentra como más relevantes el aire, el agua, el suelo, la naturaleza (flora y fauna), los espacios naturales, paisajes naturales incluidos: el patrimonio histórico-artístico, los recursos naturales en general, el ruido y las vibraciones, la basura, las radiaciones, la organización del territorio, el urbanismo y las construcciones en general, los alimentos, la cultura, los sistemas ecológicos, educación, economía, entorno estético, las actividades industriales y clasificadas, todos los bienes que integren parte de la biosfera, etc.

²⁴ Guillermo de Ockan, Corriente del Nominalismo, siglos XV y XVI. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

²⁵ Paolo Maddalena. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

El penalista español, Rodríguez Arias, ha elaborado una distinción, de acuerdo a los distintos criterios doctrinales:²⁶

a) Concepción Amplia del Ambiente:

Es todo aquello que se halla alrededor del hombre, todo lo cual puede influenciar y también ser influenciado por él. Dividiéndose en:

- 1°. Ambiente natural. entorno natural, como el aire, agua, vegetación y ruido.
- 2°. Ambiente humano: todo aquello que es construido por el hombre.
- 3°. Ambiente social: integra distintos elementos culturales como bienestar, calidad de vida, etc.

En este caso, estos dos últimos sectores, el ambiente humano y al ambiente social, conformarían lo que su autor llama, Ambiente Artificial. Sin embargo, la mayoría de seguidores de este sector de la doctrina, excluyen de sus definiciones al ambiente artificial. En nuestro entorno, se tiene un idea amplia del medio ambiente, Luis Bramont-Arias Torres, indica que siguiendo una visión natural del medio ambiente, éste sería la “suma de las bases naturales de la vida humana, dentro del cual encuentran protección las propiedades del suelo, el aire, y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, impidiendo que el sistema ecológico sufra alteraciones perjudiciales”.²⁷

²⁶ Bramont-Arias Torres, Luis y García Cantizano, María del Carmen. Delitos contra la Ecología. En Derecho Ambiental. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

²⁷ Bramont-Arias Torres, Luis y García Cantizano, María del Carmen. Delitos contra la Ecología. En Derecho Ambiental. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

b) Concepción Restringida del Ambiente:

Tiene su sustento, en que, es importante arribar a una delimitación más ajustada del concepto de ambiente, de forma que ayude a perfilar el ámbito de esta disciplina, “superando las aproximaciones genéricas así como las divisiones inconexas originadas por una legislación que se ocupa de la problemática ambiental de manera aislada y sin guardar relación alguna”.²⁸ Considerando únicamente que el aire y el agua serían los elementos centrales que redirigen a todo el sistema de vida, vendrían a ser “los vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”.²⁹ Los que defienden esta postura argumentan que una definición muy amplia del ambiente ocasionaría un planteamiento de la problemática ambiental demasiado extenso y heterogéneo que resultaría nada útil para utilizar como objetivo de la estrategia ambiental. A pesar de todo esto, no hemos ubicado que definición es la que se arriesgarían a dar los seguidores de esta postura, lo que permite que la definición de ambiente desde un punto de vista restringido, sea aun vaga e inconsistente a pesar de contar con un fundamento, ya que no basta decir que sólo son el agua y el aire, los elementos merecedores de una protección jurídica, sino explicar porque los otros elementos no merecen en sí tal protección.

c) Concepción Intermedia del Ambiente:

Esta concepción es la que se han adherido la mayor parte de tratadistas, la cual ve su principal instrumento en el carácter descriptivo que presenta esta concepción. Y al analizar los conceptos que vierten, se evidencia dicha característica. Albin Eser, nos señala que el ambiente, está conformado por

²⁸ Martín Mateo, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental. Citado por Giuliana Leguia. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

²⁹ Ramón Martín Mateo, Hidrosfera, Atmósfera Y Litosfera. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

los elementos biológicos que componen el entorno natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre, y dentro de este entorno indica no sólo el agua y el aire, sino además el mundo animal y vegetal. Mario Libertini, italiano, dice que el ambiente es “la unión de los elementos naturales que no han sido completamente transformados por la civilización humana (...)” y que “dentro de este grupo incluimos a los elementos constitutivos de los grandes ciclos geoquímicos (aire y agua) pero además las entidades minerales, vegetales y animales con las cuales el hombre entra en contacto y que no están reducidos a puros instrumentos de las organizaciones de vida urbano – industriales”.³⁰ Enrique Bacigalupo, tratadista español, define al ambiente como el mantenimiento de las propiedades del suelo, aire y agua, además de la fauna y la flora, y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal manera que el sistema ecológico se conserve con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones dañinas para la conservación de la vida del hombre. Aquí en Latinoamérica, el profesor chileno, Raúl Brañes, en su obra Derecho Ambiental Mexicano, nos dice que la palabra ambiente se utiliza para designar genéricamente todos los sistemas posibles dentro de los cuales se integran todos los organismos vivos, que a su vez se presentan como sistemas; por lo que la palabra ambiente además de designar al ambiente del sistema humano, también designa todos los ambientes posibles de los sistemas de los organismos vivos en general. Jorge Bustamante Alsina, jurista argentino, nos dice que “el concepto de ambiente comprende toda la problemática ecológica general y, por supuesto, el tema capital resulta ser el de la utilización de los recursos naturales que se encuentran a disposición del hombre en la biosfera”.³¹ En el Perú, Carlos Andaluz y Walter Valdez, si bien no señalan en forma directa lo que es el ambiente, nos dicen que “la tutela del ambiente supone proteger los

³⁰ Antonio Rodríguez. Derecho Penal. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

³¹ Bustamante Alsina, Jorge. Derecho Ambiental. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995. Primera Edición. Para Bustamante Alsina, la biosfera es el ámbito natural en el que aparece el hombre. Y está constituida por elementos abióticos (suelo, agua y aire) y bióticos (las especies). En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

componentes bióticos (flora y fauna) y abióticos (suelo, agua y aire).³² Por otro lado, Jorge Caillaux Zazzali,³³ no ha dado una definición de lo que podría considerarse como ambiente, sino que señala que será el contexto el que otorgue significado preciso al término y que si es necesario e importante señalar los niveles semánticos de ambiente y ecología.

Queda establecido la inclusión del aire, agua, suelo y la naturaleza en general (flora, fauna, espacios naturales), ampliándose cada vez más el criterio que deberían incluirse el patrimonio histórico y bienes culturales, además de tener en cuenta lo expresado por nuestra Constitución. Donde podemos entender que el ambiente va a integrar los recursos naturales, bióticos y abióticos.

El programa “Man and Biosphere” de la UNESCO, considera al ambiente como biosfera. Teniéndose en cuenta que se considera a la biosfera, en cuanto objeto de protección legal, y que la protección jurídica no se lleva a cabo en forma única y global, sino por la individualización de los diversos elementos que componen la biosfera. Considerándose también lo hecho por el hombre. Por lo que se podría decir que el bien ambiental, son los bienes naturales y culturales bajo el amparo directo del marco legal. Consideramos, que la definición no debe tener limitaciones. Pues, en el primer caso, se podría mencionar sólo ciertas características; y en el segundo, abarcar riesgosamente la limitación de otros derechos. Entonces todo el derecho gira en torno de la relación entre sujeto y objeto, y resulta equivocado no considerar el ambiente antes que nada como un objeto de derecho.

El bien ambiental, y, particularmente el bien ambiental comprendido como biosfera, no fueron considerados durante mucho tiempo como un bien

³² Carlos Andaluz y Walter Valdez. Código del Medio Ambiente y Los Recursos Naturales. Proterra. 1999. Lima, Perú. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

³³ Jorge Caillaux, actualmente es presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), con sede en Lima, Perú. En <http://www.ceif.galeon.com/Revista10/ambiente.htm>

jurídico, y se hablaba de él como de una res nullius, que obtenía su juridicidad en el momento en que se convertía en objeto de apropiación por parte de personas individuales. Pero de acuerdo al perfil jurídico, el ambiente es un bien constituido por las cosas materiales que la ley protege en relación de sus utilidades ambientales. Las cosas de interés histórico y artístico, los inmuebles que constituyen bellezas naturales son bienes ambientales. Y de aquí se deduce que el ambiente es un bien material. Se ha difundido que la opinión es un bien material, pero es un error. Tanto los bienes naturales como los bienes culturales son entidades del mundo exterior y no pueden ser asimilados a las entidades intelectuales que tienen una disciplina jurídica propia en cuanto tales, como son las obras del ingenio, la marca, el lema. El valor ambiental y el valor cultural no son protegidos independientemente de la cosa material que los expresa. Considérese además que si el ambiente fuese un bien inmaterial, no podría hipotéticamente estar en peligro y no se podría hablar ni valorizar el daño ambiental.

Hay que definir el concepto de ambiente a efecto de ver cuál es el objeto de protección. Existen dos posiciones: la posición antropocentrista (hombre como objeto central de protección) y la naturocentrista o que protege a la naturaleza (agua, aire u otros recursos naturales).

Nuestra constitución gira en torno a la persona considerándola como centro de la sociedad y del Estado, así lo menciona en su primer artículo y lo desarrolla después, por lo cual tiene una orientación antropocentrista. Específicamente, cuando la Constitución protege el ambiente en su artículo 2 inciso 22 lo dice teniendo como referencia el interés del hombre. Si tiene en cuenta algo de la concepción ecologista al pensar por la preservación de la naturaleza, el mayor interés por la búsqueda de un ambiente saludable; la conservación del equilibrio ecológico; el cuidado del paisaje y la naturaleza, es con la finalidad de mantener las condiciones adecuadas para el desarrollo de la vida. Esto último es lo que llamamos “calidad de vida”. Además, ciertos tratadistas refiriéndose al derecho al ambiente, consideran que el bien

jurídico tutelado es el ambiente apto para la vida, incluyendo en él a la salud, a los valores culturales, a la calidad de vida, etc.

El derecho al ambiente busca la protección del mismo en tanto permita el mantenimiento de la propia vida humana, pero en una calidad tal que sea satisfactoria y acorde con la dignidad del ser humano. En otras palabras, su objetivo es la defensa de la vida del hombre, inclinándose así por el antropocentrismo que aparece inmerso en la corriente ambientalista.

La preocupación del derecho por el ambiente se basa, de acuerdo al criterio ambientalista, en la necesidad de proteger la vida humana, apartando, por tanto, los fenómenos que no guardan relación directa con aquella. En este sentido, afirma Guillermo Ramirez: “el bien jurídico protegido es la vida del hombre –o más propiamente, el entorno que lo posibilita y su calidad- y no la naturaleza per se.³⁴ En cambio la corriente ecologista, partiendo del carácter holístico y sistemático del ambiente (no desconocido por la corriente ambientalista) identifica que el bien jurídico es la naturaleza incluyendo todos los fenómenos naturales, sin interesar que tengan influencia o no con la vida humana

Nosotros consideramos que el hombre es el único ser protegido por el derecho, por lo tanto sujeto de derechos, concordando con la corriente ambientalista. Debido a lo cual, no nos queda más que reconocer que nos encontramos frente a un nuevo bien jurídico tutelado, que es la calidad de vida, encontrándose ésta bastante relacionada con otros bienes jurídicos como la vida y la salud. Pero, aquella es más amplia, inclusive que la vida misma porque no está referida exclusivamente a la vida de una persona, sino a la de la totalidad del planeta.

³⁴ RAMIREZ REBOLLEDO, Guillermo. Legislación Ambiental en los Países del Convenio Andrés Bello. Bogotá. Editora Guadalupe LTDA. Pág. 4.

7. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA ESTATAL DE PROTEGER EL DERECHO AL VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO³⁵

El ordenamiento territorial, en tanto incorpora en él un instrumento de gestión ambiental denominado ordenamiento territorial ambiental, tiene por objetivo contribuir a generar políticas de protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado. Resulta indispensable pues analizar los alcances de este derecho.

El artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Asimismo, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual el Perú es signatario) precisa que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, añadiendo que “los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Asimismo, el artículo 44 de la Constitución hace hincapié en que son deberes del Estado, no solo “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, sino “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. Estas normas deben ser interpretadas en consonancia con el artículo 1 de la Constitución, que precisa que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

La dignidad del ser humano exige como presupuesto esencial necesario un medio natural adecuado al logro del pleno desarrollo como sujeto con una dignidad que es. Como precisa el TC, “en el Estado Democrático de Derecho

³⁵ Juan Carlo Ruiz Molleda, El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida y su afectación por no aprobarse la ley de ordenamiento territorial. En http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc08112012-152734.pdf

de nuestro tiempo ya no solo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables” (STC Exp. N° 00964-2002-AA/TC, f. j. 9).

En relación con la justificación de este derecho, el TC ha optado por “considerar al medio ambiente equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos” (STC Exp. N° 00964-2002-AA/TC, f. j. 8). Para este tribunal, en el medio ambiente “se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico” (STC Exp. N° 00964-2002-AA/TC, f. j. 8).

8. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO³⁶

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está establecido por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve (STC Exp. N° 03510-2003-AA/TC, f. j. 2.d). En referencia con el primer componente, el TC ha precisado que “el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado comporta la

³⁶ Juan Carlo Ruiz Molleda, El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida y su afectación por no aprobarse la ley de ordenamiento territorial. En http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc08112012-152734.pdf

facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido” (STC Exp. N° 03510-2003-AA, f. j. 2.d).

El segundo componente del contenido constitucional del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado es el derecho a que este medio ambiente se preserve, lo que implica la obligación del Estado de proteger en forma eficaz este derecho. El TC, opina que “el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente” (STC Exp. N° 03510-2003-AA/TC, f. j. 2.d).

9. LAS OBLIGACIONES QUE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO LE IMPONE AL ESTADO³⁷

La obligación del gobierno no se centraliza en acciones dispersas y aisladas, sino que le obliga al Estado la necesidad de establecer una política en favor del medio ambiente, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución. Según esta norma, “el Estado determina la política nacional del ambiente.

³⁷ Juan Carlo Ruiz Molleda, El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida y su afectación por no aprobarse la ley de ordenamiento territorial. En http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc08112012-152734.pdf

Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. Para el TC, “el artículo 67 de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente– debe establecer el desarrollo integral de todas las generaciones que tienen el derecho de habitar un ambiente apropiado para el bienestar de su existencia” (STC Exp. N° 03510-2003-AA/TC, f. j. 2.f).

Esta responsabilidad de preservar el medio ambiente a cargo del gobierno, supone dos obligaciones, la primera, abstenerse de gestionar normas que afecten el medio ambiente, y la segunda, gestionar todas las medidas requeridas para protegerlo. En relación con el deber de no atentar contra este derecho, el TC precisa que “así, en su faz reaccional, el Estado asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana” (STC Exp. N° 00018-2001-AI/TC, f. j. 10). En relación con la segunda obligación tenemos el acuerdo estatal de promover y favorecer una real y más plena vigencia de este derecho jurídico. En relación con la última, el TC señala que “en su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado” (STC Exp. N° 03510-2003-AA/TC, f. j. 2.c).

Tenemos que reconocer la dimensión objetiva del derecho constitucional a habitar en un medio ambiente adecuado y equilibrado. Los derechos

fundamentales son efectivamente derechos subjetivos pero “también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos” (STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 6).

La interpretación de las normas constitucionales debe hacerse en concordancia con la denominada por el TC, Constitución Ecológica (STC Exp. N° 03610-2008-PA/TC, f. j. 33). En efecto, el artículo 66 de la Constitución determina que los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado ejerce su soberanía para aprovecharlos adecuadamente. Por otro lado, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado establezca la política nacional del ambiente y promueva la utilización sostenible de los recursos naturales. En otro aspecto, el artículo 68 de la Constitución prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”. Finalmente, en esa línea, el artículo 69 indica: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”.

De dicha dimensión objetiva de habitar en un ambiente equilibrado y adecuado se deriva “un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia” (STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 9).

El artículo 9 de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, “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 explotación de los recursos naturales debe estar direccionada al bienestar nacional. Así lo dice el TC “al ser los recursos naturales, in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce” (STC Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 11).

El gobierno puede violar este derecho no sólo por acción, sino esencialmente por omisión si es que no otorga una adecuada protección de dicho derecho. De acuerdo al TC, “el Estado puede afectar el cabal goce y ejercicio de este derecho como consecuencia de decisiones normativas o prácticas administrativas que, por acción u omisión, en vez de fomentar la conservación del medio ambiente, contribuyen a su deterioro o reducción, y que, en lugar de auspiciar la prevención contra el daño ambiental, descuida y desatiende dicha obligación” (STC Exp. N° 00018-2001-AI/TC, f. j. 6).

Así mismo, la Corte IDH ha esterminado que un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando por ejemplo, “(...) omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2 de dicha Convención o también dictando

disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”.³⁸

No es que se rechace o prohíba la realización de actividades productivas o extractivas, sino la responsabilidad del gobierno de fiscalizar la actividad productiva, para que se desarrolle congruentemente con el desarrollo económico industrial a la conservación del medio ambiente. Como lo dice el TC, “ello exige que el Estado –a través de la Administración como gestora pública– asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44, consistente en ‘promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación’; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que estas se realicen de forma independiente o asociada” (STC Exp. N° 00048-2004-AI/TC, f. j. 38).

10. NECESIDAD DE UNA PROTECCIÓN EFECTIVA Y DE ADOPTAR LAS MEDIDAS NORMATIVAS PARA HACER VIGENTE EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO³⁹

La protección del Estado no ha de ser formal, sino efectiva y material. Como dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia vinculante (Caso Velásquez Rodríguez), el Estado tiene el deber “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993. Serie A, N° 13, párr. 26.

³⁹ Juan Carlo Ruiz Molleda, El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida y su afectación por no aprobarse la ley de ordenamiento territorial. En http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc08112012-152734.pdf

estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (páf. 166). Agrega la Corte IDH que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (párr. 167).⁴⁰

Esta obligación de protección “efectiva” halla además cobertura normativa en la obligación de los Estados de remover las trabas legales y no legales que obstaculizan el ejercicio de los derechos fundamentales, contenidos en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligación que se ha desarrollado extensamente por la jurisprudencia de la Corte IDH.⁴¹ El artículo 2, inciso 1, se titula “Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno”, y señala que, “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En este caso, el derecho al medio ambiente ha sido reconocido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador.

Las medidas legislativas pueden integrar la Constitución, las leyes, los actos administrativos como normatividad para que sean efectivos los derechos y

⁴⁰ Esta jurisprudencia es vinculante, de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

⁴¹ Íbidem.

libertades nombrados en el Pacto de San José o en el Pacto de San Salvador. Este “conjunto normativo es lo que denominamos en el presente trabajo derecho interno, el que no excluye la jurisprudencia ni las prácticas administrativas judiciales, las que ante la inexistencia de normatividad también podrían hacer efectivos los derechos”.⁴²

El derecho a un ambiente saludable, supone el goce de un entorno apropiado para el progreso de la persona y de su dignidad. Por lo tanto está ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la población, dado a que se cumpla dicho derecho, las personas humanas desarrollan su vida dignamente.

Conforme lo ha dicho el máximo intérprete de la Constitución, en su jurisprudencia del Expediente N° 03816-2009-PA/TC, el derecho al ambiente saludable se concretiza en el derecho a la preservación de un ambiente sano y balanceado, que entraña obligaciones irrenunciables, para las autoridades públicas, de preservar los bienes ambientales en las condiciones apropiadas para su goce, y para los particulares de actuar de modo semejante cuando sus movimientos económicos afecten, directa o indirectamente, en el ambiente.

Otro factor esencial en torno al Derecho al Ambiente Saludable está referido al desarrollado en los fundamentos seis y siete de la sentencia acotada, al destacar el Tribunal Constitucional que en el Estado Democrático y Social de Derecho no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de humano le son reconocidos, sino además de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de dejar que su vida se desarrolle cotidianamente en condiciones ambientales apropiadas.

⁴² REY CANTOR, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Porrúa, México, 2008, p. 6.

En esta tendencia el derecho a un ambiente balanceado y apropiado debe considerarse como una parte básica y necesaria para el disfrute efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos humanos. La protección del medio ambiente envuelve temas relacionados con la gestión, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, protección de la diversidad biológica, conservación de las áreas de importancia ecológica, el progreso sostenible y la calidad de vida del hombre en dignas condiciones.

El gobierno afecta el derecho a un ambiente balanceado y adecuado si es que, como consecuencia de malas decisiones normativas o gestiones administrativas que, por acto u omisión, en vez de favorecer la conservación del ambiente, contribuye a su daño, reducción y, en lugar de promover la prevención contra el daño ambiental lo descuida.

El ambiente balanceado y apropiado, por ser un interés general para toda la comunidad, constituye un bien público que ha de ser evaluado y ponderado por toda la población. Por lo cual, todo aquel que realiza una actividad económica que afecte directa o indirectamente el medio ambiente, debe probar que su actividad no contamina, daña o degrada el medio ambiente.



CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO AMBIENTAL

1. INTRODUCCIÓN⁴³

De la Primera Revolución Industrial en Inglaterra hasta la sistematizada producción industrial en la actualidad ya han pasado trescientos años; es evidente la crisis ambiental en el mundo por la cual atraviesan todos los países, incluido el Perú, el cual no es extraño a esa crisis ambiental, debido a lo cual, los organismos internacionales, naciones y organizaciones no gubernamentales han de dirigir sus preocupaciones y distintos programas

⁴³ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

para implantar medidas de prevención, protección y restauración, verdadera y efectiva del medio ambiente.⁴⁴

La contaminación ambiental es variada: contaminación de playas o aguas del mar, formación de nubes radioactivas (caso Chemobyl), lluvias ácidas, producción de alimentos adulterados,⁴⁵ contaminación de la atmósfera, contaminación de la capa de ozono, contaminación sonora, contaminación por la acción minera e industrial, contaminación por el hombre al expulsar los desechos sólidos y líquidos al medio ambiente, sin cuidado o la responsabilidad debida.

La función que cumple el Derecho en la protección ambiental, y también cobra mayor vigencia el Derecho Civil, dentro de esta disciplina encontramos a la obligación civil, que debe de cumplir un papel vital basado en la prevención; por lo que un rubro de la doctrina está reorientando el método de la responsabilidad civil hacia un nuevo derecho de daños, resaltando el resarcimiento de los nuevos daños que están ocasionando el demasiado sistema industrial y tecnológico, en el cual ubicamos el perjuicio ambiental que puede ser un perjuicio individual y colectivo y un perjuicio patrimonial y un perjuicio no patrimonial. Los perjuicios medio ambientales son externalidades que en la mayoría de oportunidades son gastos transferidos (por las compañías, el gobierno o los individuos) a la sociedad o a las víctimas producto de la contaminación ambiental.

⁴⁴ Vidal Ramos Roger, Existe una protección del medio ambiente en el Código Civil peruano en Revista Jurídica Vos Veritas Libera Bit, Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Hermilio Valdizán de Huánuco No. 1, Huánuco – Perú 2004 pág 295-309

⁴⁵ Alpa Guido, Responsabilidad Civil y daño, lineamientos y cuestiones, Gaceta Jurídica editores, Lima 2001, pág. 384.

La preocupación de los daños ambientales no es reciente , ya Capitant⁴⁶ comentaba, "en primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas, porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios".

Aunque sea lamentable admitirlo, la responsabilidad civil ambiental no ha sido legislada específicamente en el Perú, exceptuando algunas disposiciones legales aisladas referidas a la responsabilidad civil de corte ambiental derivada de alguna actividad muy específica, y con la excepción de la LGM (Ley General del Medio Ambiente) no existe en el Perú un marco que englobe de manera sistemática y ordenada los principios que la informan, ni los mecanismos y sistemas que la afronten.⁴⁷

En los siguientes párrafos brindaremos algunas opciones sobre el perjuicio ambiental y sus diversas maneras y queriendo solidificar bases doctrinales de nuestro antiguo obrar de responsabilidad civil ambiental del Perú, el cual tiene que ser replanteado y responder a nuevos requerimientos ambientales, la obligación civil es un sistema dirigido a reparar el perjuicio causado, es decir, cumplir una meta reparadora o resarcitoria, sino que además debe tener por meta prever la producción de nuevos daños y eliminarlos por

⁴⁶ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Citado por: VIDAL RAMOS, Roger. La Acción de Amparo en Tutela de los Derechos Ambientales, En: Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA - Paraguay) N° 8, febrero del 2006, en: www.idea.org.py/rda.

⁴⁷ FERRANDO, Enrique, ¿a Responsabilidad Ambiental por Daño Ambiental en el Perú, reflexión y debate, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Agosto 2000, p. 10 y ss.

completo, lo cual es congruente con el daño ambiental que por esencia es de origen preventiva antes de resarcible, llegando siempre con la premisa que un daño al medio ambiente es un daño irreparable.

2. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE⁴⁸

No podemos dialogar de derecho a un medio ambiente saludable si no definimos ¿qué es el medio ambiente o el entorno?, el medio ambiente es el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interaccionan en un espacio y tiempo determinado; lo que podría inferirse como la suma de la naturaleza y las manifestaciones del ser humano en un lugar y tiempo concretos.⁴⁹

Motivado por el constante peligro que día a día amenaza al medio ambiente, varios Estados ascendieron al ambiente como categoría de un derecho constitucional otorgándole protección y garantía frente el daño ambiental (distintas formas de contaminación ambiental), motivo por el cual y virtud de tratados internacionales el medio ambiente es tomado en cuenta como parte de los derechos humanos de tercera generación.⁵⁰

A esto se ha de agregar que esos nuevos derechos no solamente corresponden a las nuevas funciones y prestaciones del Estado, sino que, también, son consecuencia del desarrollo de nuestra industrializada sociedad, donde la producción y la contratación en cantidad pueden llegar a poner en peligro algunos derechos de los individuos que se hallan en una

⁴⁸ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁴⁹ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. Derecho ambiental- ambiente sano y desarrollo sostenible, Proterra. Lima, 2004, p. 107.

⁵⁰ FOY VALENCIA, Pierre. "En busca del derecho ambiental". En: Derecho y ambiente: aproximaciones y estimativas, volumen I. (IDEA-PUCP) Fondo editorial PUCP/Facultad de Derecho PUCP, Lima, 1997, p. 121.

posición de desigualdad frente al poder industrial o económico de muchas grandes empresas que actúan en el panorama económico actual.⁵¹

La legislación ambiental comparada⁵² ofrece un carácter variado, una tendencia a la dispersión, aunque hay también una corriente que nos acerca a la constitucionalización de este derecho, debemos tener en cuenta que el derecho ambiental se halla contenido entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Hablar de derecho al ambiente, es igual que proteger una gran gama de derechos fundamentales del ser humano, por lo tanto al dialogar de derecho al ambiente lo debemos comprender en un criterio extenso relacionado con otros derechos fundamentales: la salud, descanso, la libertad, la vida y la integridad física-moral, inviolabilidad de domicilio, la intimidad, el trabajo.

Pero dicho perjuicio para las personas no se ha de comprender como la sola posibilidad de alterar de forma negativa la salud pública, sino que debe ser entendido como la afectación de las condiciones que posibilitan la existencia, la conservación y mejora de otros intereses como la salud individual, la vida en el planeta, el patrimonio, el crecimiento de la personalidad, el descanso.⁵³ Es decir, el derecho al medio ambiente, puede albergar derechos de carácter colectivo e individual, así como derechos patrimoniales y no patrimoniales.

⁵¹ PRIORI POSADA, Giovanni. "La tutela jurisdiccional de difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional". En: *lus Et Veritas* PUCP, N° 14, Lima, 1997, p. 98.

⁵² WIELAND, Patrick, Ecologista y Liberales. En: *lus Et Veritas*, año XIII N° 26, p. 117.

⁵³ CARO CORIA, Carlos. "Presupuesto para la Estabilidad del Ecosistema como Bien Jurídico Penal". En: *Derecho y ambiente-nuevas aproximaciones y estimativas*, volumen II (IDEA-PUCP)/fondo editorial PUCP, i°ed-2001, p. 147.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL⁵⁴

El método de responsabilidad civil es esencial en el progreso de las tendencias de tutela procesal ambiental, lo que vienen a conformar un conjunto de instituciones que desde el Derecho Civil tutelan los diversos perjuicios ambientales.

Todo marco legal de responsabilidad ambiental debe necesariamente estar originado en los siguientes principios "contaminador pagador", "Preventivo", "Precautorio" y "Corrección a la fuente", es decir, la generadora del perjuicio al medio ambiente.

El objetivo del marco legal será siempre preventivo, di-suasorio, represivo y compensatorio, presionando al contaminador o degradador a restaurar o indemnizar el perjuicio causado, entendiendo que el daño reparable debe necesariamente ser relevante, pues no cada cambio en la calidad o cantidad de los recursos deben considerarse daños y dar lugar a obligación.

El que pueda hacerse efectiva, estará relacionada a la transparente identificación del agente contaminador, a la cuantificación del perjuicio acontecido y a la relación del vínculo causa-efecto entre el daño hecho y el presunto agente creador de este. Obviamente actuará aún mejor en aquellos hechos donde la fuente de la contaminación se pueda identificar (accidentes industriales) y perderá su efectividad en los hechos de contaminación generalizada de carácter confuso, porque es imposible relacionar los efectos no positivos sobre el ambiente con las actividades de determinados agentes (calentamiento global o lluvia ácida).

La meta del marco legal de responsabilidad es gestionar la descontaminación del ambiente dañado, restaurarlo a la situación de antes

⁵⁴ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

del hecho que lo daño {restitutio in pristinum) reparar a las personas que sufran detrimento tanto patrimonial o extrapatrimonial en sus derechos subjetivos. La obligación ambiental debe englobar no solamente los perjuicios acaecidos contra el ambiente incluyendo la biodiversidad, sino que debe considerar al mismo tiempo los daños cotidianos, aquellos que influyen en el ámbito de los particulares, sea perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales y que provienen del hecho degradador o contaminador del ambiente. Es importante que el régimen abarque y tutele de forma eficiente y efectiva, y bajo parámetros de razón y proporcionalidad, la cuantificación del daño moral ambiental y del daño moral colectivo.

En lo referente a obligación ambiental, no se considera la responsabilidad subjetiva, que es donde el perjudicado debe comprobar el nexo de causalidad (omisión a un deber de cuidado) entre el actuar de un agente perjudicial y los daños sufridos. Se debe usar indispensablemente la responsabilidad objetiva, por la cual, la sola existencia del daño origina la responsabilidad en el agente de haber sido el que ocasiono este y, por ende, la responsabilidad de reparar los perjuicios y daños causados con su comportamiento. En esta clase de responsabilidad no es requerimiento probar la responsabilidad del causante, sino solo el hecho de que la acción u omisión causó el perjuicio. De tal manera, el agente dañino asume todos los daños derivados de su obra, cumpla o no, con el estándar de diligencia.

La responsabilidad ambiental objetiva recoge su asidero en las teorías clásicas del riesgo originado y riesgo provecho, por si quien comete un riesgo donde existe el peligro, debe hacerse responsable por todos los daños causados por dicho peligro, incluyendo si la conducta es ilegal, de esta forma, el asumir el riesgo de una obra intrínsecamente peligrosa, no podría de ninguna manera, corresponder a la víctima ni a la sociedad, sino a los responsables de dicha conducta.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL EN EL SISTEMA PERUANO⁵⁵

Considerando la regulación doble de la responsabilidad (contractual y extracontractual), frente a los perjuicios al medio ambiente, inicialmente será complicado ejecutar el reglamento de la responsabilidad contractual, salvo que haya un contrato entre un sujeto que potencialmente ocasione daños al medio ambiente y la comunidad que potencialmente los asumía. Por ejemplo, (un contrato que obliga contractualmente a no causar daños al medio ambiente) en este caso, si la compañía causa un daño, estaría faltando al acuerdo y, por lo tanto, la comunidad podría solicitar la reparación, aplicando las leyes de la responsabilidad civil contractual.

Por lo expuesto en líneas anteriores, precisamos que la responsabilidad civil por daño ambiental en esencia es una responsabilidad aquiliana,⁵⁶ relacionada directamente con la teoría objetiva del "riesgo creado". Como las reglas de la responsabilidad contractual no son eficaces para los daños al medio ambiente, debemos hacer uso de las normas de la responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, primero hay que diferenciar los daños ambientales que en forma inmediata causan un daño a una persona y/o su patrimonio de forma privada, de los daños ambientales que además de dañar el medio ambiente originan daños directos a las personas y/o a su patrimonio.

Para que exista la obligación civil ambiental se requiere que se encuentren presentes los siguientes: la antijuricidad, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución, a quienes mencionaremos en sus aspectos más relevantes:

⁵⁵ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁵⁶ SOTO, Carlos. El derecho frente a los depredadores del medio ambiente: reflexiones en tomo al daño ambiental, En: Advoca-tus {revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), N³ 13, p. 318.

5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL⁵⁷

5.1 Antijuricidad⁵⁸

La conducta humana o "conducta contaminante o de degradación al medio ambiente", activa u omisiva, puede ser a voluntad o no, dolosa o culposa, también puede ser realizada por el sujeto actuando por sí solo, o por encargo, ya sea persona física o jurídica. El daño al medio ambiente, con perjuicio para un grupo de personas, es una actividad contraria al derecho; lo que se deduce incluso del propio texto constitucional (gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida), ya que existe el derecho a un medio ambiente sano, que es un bien de incidencia colectiva, pero además individual, es claro que la ilegalidad se origina por sí sola de la afectación de ese bien.

El hecho que contamina o degrada del ambiente puede ser individual o colectivo, como desde la perspectiva del individuo o individuos que producen por acción u omisión el perjuicio ambiental, como por parte del o los sujetos pasivos, los cuales sufren las consecuencias de esto. Así el perjuicio ambiental puede ser producido por un único individuo o bien por un grupo de individuos, siendo comúnmente difícil establecer el nivel de obligación de cada uno de ellos dentro del acto del perjuicio. Así también, el daño ambiental, aparte de afectar los ecosistemas, perjudica a un grupo de personas, las cuales pueden ser de fácil o complicada individualización, dependiendo de la clase y severidad del daño cometido, siendo en la mayor parte de los casos la población como un todo la afectada, asistiéndole por lo tanto, legitimación activa por violación a un beneficio de naturaleza difusa.

La conducta dañina del ambiente puede provenir de personas particulares o privadas como del gobierno y sus dependencias, llamada administración

⁵⁷ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁵⁸ Ibídem

centralizada y descentralizada. La conducta dañina del gobierno es activa u omisiva. Activa, cuando por medio de sus funcionarios o trabajadores, actuando legal o ilegalmente, cumpliendo o no de tareas debidamente aprobados, causan perjuicio al balance del medio ambiente; y omisiva, cuando, por medio de sus instituciones y funcionarios no cumplen con controlar, vigilar, monitorear y sancionar las obras de los sujetos que degradan o contaminan el medio ambiente.

5.2 El daño⁵⁹

Es el perjuicio que a causa de un hecho o suceso específico sufre el hombre ya en sus bienes vitales o naturales, en su propiedad. Según Fraga,⁶⁰ "una agresión ambiental suele producirse dos daños de naturaleza bien distinta. Por un lado, se producen daños en los bienes privados o en las personas y de otro lado, se producen daños al medio ambiente en sí mismo, al bien jurídico medio ambiente, estos son los que podemos denominar daños públicos ambientales o daños ambientales autónomos". Las características que debe cumplir todo daño para generar responsabilidad son: a) que sea un daño verdadero y b) que afecte a una víctima concreta.

5.3 Nexo Causal⁶¹

Es la causa y consecuencia entre la conducta que contamina (humos y ruidos) y el perjuicio hecho (al patrimonio y la salud). La certeza del perjuicio causado es una parte indispensable para observar la existencia de responsabilidad civil. Por ende, para que haya responsabilidad civil y se haga el resarcimiento, es necesaria la ocurrencia verdadera del daño.

⁵⁹ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁶⁰ FRAGA, Jordano. "Responsabilidad civil por daño al medioambiente en Derecho Público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra lege lerenda". En: Revista española de derecho administrativo. N°107, Madrid, España, julio - septiembre, 2000, p. 351.

⁶¹ Ibídem

Además es difícil reconocer el agente contaminante. ¿Cómo distinguimos que un específico daño ecológico es consecuencia de la acción puntual de un agente contaminante o, por el contrario, es consecuencia del efecto acumulador de diversas acciones contaminantes hechas durante el tiempo y el espacio?

Por ejemplo, una única vertiente autorizada de contaminantes en un lago, puede que no cause un perjuicio identificable, pero el golpe combinado de todos las vertientes si lo hace; y en este preciso caso, desde la justicia material ¿quién es más culpable del daño?, ¿las varias industrias ubicadas en el margen del río que cumplieron en sus emisiones lo dispuesto en sus correspondientes vertientes o la compañía de cuenca competente, que ejercía los poderes del control de calidad del agua del río y no impuso a las industrias umbrales de emisión más estrictos para proteger los umbrales de inmisión o de calidad del agua?

La esencia de la obligación civil exige que haya un vínculo entre la actividad y el daño, de tal modo que pueda asegurarse, que el daño es consecuencia de una determinada obra; en teoría, el concepto trata de determinar la existencia de una relación entre dos sucesos, perjuicio y actividad.

Uno de los aspectos que se dificulta cuando se intenta aplicar el Derecho Civil a la responsabilidad por daños al ambiente es el de la prueba, tanto del perjuicio propiamente tal como el de la interacción causal entre aquel y el de la conducta del sujeto imputable, sobre todo porque la mayoría de los perjuicios ambientales no pueden ser responsabilizados a un solo sujeto, sino que usualmente son consecuencia de la suma de diversos comportamientos contaminantes imputables a varias personas. Por este motivo, tanto la doctrina como la legislación empiezan a incursionar en nuevas soluciones que intentan suavizar las exigencias de la carga de

comprobar el nexo causal, como la inversión de la carga de la prueba, la presunción del vínculo causal y la imputación directa de la obligación.

5.4 Factor de atribución⁶²

Establece la existencia de responsabilidad civil, el cual que puede estar basado en la culpa (responsabilidad subjetiva) o en riesgo creado (responsabilidad objetiva) en el sistema de responsabilidad civil el facto de atribución viene a conformar el objetivo conocido como riesgo creado.

6. LOS DIVERSOS DAÑOS AMBIENTALES⁶³

6.1 Definición del daño ambiental

Es cualquier lesión o mengua al derecho o interés que poseen las personas como vecinos o comunidad, a que no se perturbe de una forma dañina, sus condiciones naturales para vivir; se trata, entonces, de una lesión al entorno o hábitat, constituido por el aire, el suelo, las plantas y el agua; por lo que, la lesión a uno o varios de dichos elementos que lo constituyen origina y desencadena el daño ambiental en razón que merma el derecho de disfrutar de un ambiente sano y equilibrado, además, idóneo para el desarrollo humano tal como lo declara la constitución.⁶⁴ Del daño ambiental se derivan otras clases de daño, como a la salud, propiedad y moral/psíquico, sin embargo aun cuando existan y se comprueben dichos daños derivados, continuará un daño ambiental residual por deterioro o mengua del hábitat no solamente natural sino social, de los perjuicios al goce de un ambiente sano y equilibrado; entonces se concluye que el daño ambiental ocasiona una deterioro a la calidad de vida, por cuanto imposibilita disfrutar de un

⁶² Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ Tomado de LA LEY (suplemento ambiental). Año IX N^o 4, Buenos Aires - Argentina.

ambiente sano como el descrito. Esta lesión se produce a todos y cada uno de los seres humanos, a los que se haya deteriorado su entorno, más allá de que haya daños fragmentarios y particulares para cada sujeto en su salud, propiedad y, moral.

Otra explicación del perjuicio ambiental, abarca no solo el detrimento o menoscabo del bien jurídico vida (salud), sino también el perjuicio, mengua o pérdida del balance de los ecosistemas, los cuales se hallan dirigidos por los principios de autorregulación y auto perpetuación. El perjuicio ambiental está dado, siguiendo los lineamientos "toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente".

El perjuicio ambiental es ocasionado por comportamientos humanos que intoxican o degeneran el ambiente. La degradación ambiental es la reducción de los elementos que constituyen el medio ambiente, como por ejemplo la tala de un bosque o el desecamiento de un manglar. Por contaminación comprendemos la aparición en el medio ambiente de uno o más contaminantes, en tal concentración y con un tiempo de afectación tal, que provoquen aspectos negativos para el ser humano, la flora y la fauna, o hagan efecto en el hábitat de los seres vivos como el aire, agua, suelos, paisajes o vegetación, una alteración significativa. Contaminar es pues meter sustancias u otros elementos dañinos al ambiente que produzcan contaminación en el sentido ya dicho. También comprende la degeneración de los elementos naturales o culturales que forman parte del medio ambiente, en forma aislada o colectiva, de esta manera el concepto contaminación envuelve también a la definición Degradación Ambiental.

Se encuentra dos clases de contaminación, una es la contaminación degradadora de elementos naturales del ambiente y la otra la contaminación degradadora de los elementos culturales del ambiente. Considerando la primera clasificación encontramos la contaminación del agua, aire, suelo y

subsuelo, en la agricultura, residuos por basuras, sólidos, líquidos o gaseosos, sonora, térmica, radioactiva, electromagnética. En tanto que en la contaminación degradadora de los elementos culturales hallamos la contaminación paisajística (belleza escénica), contaminación que degrada o deshace creaciones científicas, artísticas o tecnológicas, contaminación que perjudica el patrimonio cultural y arqueológico.

6.2 Daño a la persona y daño a la salud⁶⁵

Está dado por la minoración de las posibilidades de vida de los actores y del descenso del bienestar general; la contaminación cobra un perjuicio a la salud (se comprende tanto las molestias fisiológicas y enfermedades, como todo menoscabo en el funcionamiento del cuerpo, aunque intervengan alteraciones corporales o desequilibrio físico).⁶⁶

6.3 Daño moral

Son las incomodidades o malestar espiritual de las personas a causa de la contaminación, como vapores, humos, ruidos y olores no gratos al olfato, etc. Incluye los derechos fundamentales en un hombre y que son la paz mental, la tranquilidad de espíritu, la salud física, honor etc. Además afectan la tranquilidad, la seguridad personal, daños físicos y espirituales originados en el hecho ilegal civil. Es la calidad de vida degradante e insoportable por consecuencia de la contaminación ambiental.

6.4 Daño patrimonial

La contaminación ambiental pueden ocasionar disminución del patrimonio de los afectados, lo cual genera cuantiosos daños económicos, al hablar de patrimonio englobamos todos los bienes, deudas o derechos de un individuo.

⁶⁵ ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil, Jurista Editores, Lima- Perú, 2006, p. 528 y ss.

⁶⁶ VIDAL RAMOS. Roger. Ob. cit., pp. 295-309.

Las industrias producen daño ambiental porque se han economizado costos y han trasladado o externalizado dichos gastos hacia el medio ambiente como bien, a la vez propio y común, de cada ciudadano o sujeto de derecho pasivo afectado.

Perjudica de otra manera el patrimonio por los gastos extras que se ven forzados a realizar las personas en la producción, cosecha, elaboración de algún producto-bien o servicio: "Una empresa minera contamina los pastos de las haciendas o de las comunidades campesinas, con humos sulfurosos que expulsa a la atmósfera; ésta omite de incorporar como verdaderos gastos de producción de su mineral aquellos que se hubieran deducido de la colocación de filtros anticontaminantes en sus chimeneas. Por su parte, el propietario de los pastos o de los campos de cultivos dañados por los humos tienen que utilizar medios especiales para cuidar o para recuperar su actividad agrícola; y estos medios le cuestan y le hacen subir sus gastos de producción por causa externa a su producción misma.⁶⁷

El distinguido profesor, Fernando de Trazegnies nos comenta "el costo ambiental" creado por la industria no se oculta por el hecho de no invertir tecnología anticontaminante; llanamente es trasladado por senderos ajenos al mercado hacia un tercero que soporta los daños consecuentes. De esta manera, el no adoptar precauciones anticontaminantes que puedan ser costosas, solo hace esconder ese gasto para la propia empresa contaminante; pero el costo resurge en los presupuestos y en los bolsillos de organismos gubernamentales, de otras empresas y de personas particulares ajenas al negocio de la industria que contamina".⁶⁸

⁶⁷ DETRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Derecho Civil Patrimonial, estrategias de Derecho Privado para conservarla naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Perú. 1997, p. 365 y ss.

⁶⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. cit.

En un daño ambiental patrimonial "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". Y, por último, a causa a que un daño ambiental perjudica al patrimonio, también podemos referirnos a daño emergente (el perjuicio efectivamente sufrido) y lucro cesante (la ganancia que dejó de recibir el damnificado o el perjudicado).

Hacer cumplir la indemnización de un daño debe de cumplir tres requerimientos: el daño tiene que ser verdadero, susceptible (si el perjuicio ha sido reparado todo el daño desaparece y la obligación termina) personal (propio de quien sufrió el perjuicio) del demandante y afectar un interés legítimo (por ley) del perjudicado. Hay razones por las cuales las víctimas algunas veces no recurren a este tipo de procedimiento y hacen que el modo resarcitorio del sistema de responsabilidad se torne más teórico que práctico.

Otro tipo de daño ambiental está vigente en los derechos reales, y se observa en la minoración de la propiedad y lesión del derecho de pleno de uso y goce de la propiedad ius utendi y el ius abutendi, las inmisiones, los efluentes u otras maneras de contaminación pueden quebrantar y restringir injustificadamente el derecho de poseer, disponer, servirse, usar y disfrutar de las cosas de propiedad de las víctimas.

6.5 El daño moral colectivo y el daño moral ambiental

Daño moral ambiental es aquella reducción o descenso en la paz mental y espiritual que sufre una persona por el disturbio, alteración o disminución del medio ambiente en el que habita. La destrucción de un hábitat genera también y de manera constante, daños morales, como por ejemplo, los sentimientos negativos que el daño causado al medio ambiente produce en los afectados y sus derechos subjetivos. La salud se ve altamente afectada

por causa de la depredación de los recursos del medio ambiente, que acarreen lamentablemente una variedad de daños morales por el dolor y la angustia sentida.

Los que objetan el daño moral ambiental alegan la dificultad que entraña la estimación financiera de estos, ya que son las reparaciones sumamente elevadas, y por ello, las posibilidades de reclamaciones inescrupulosas o temerarias se elevarían. También existe una ausencia de precedentes en la mayoría de jurisprudencia y la inseguridad jurídica que arrastra. Se debe generar precedentes, con el fin que estos sirvan de patrones con los cuales construir un criterio valorativo, como ha sucedido con el daño moral en general. Como el medio ambiente es un bien de naturaleza común o colectiva, lo lógico es que dicha intranquilidad la sufra la comunidad como un todo, así como cada uno de los ciudadanos que forman parte. El daño moral colectivo sería entonces la intranquilidad mental y espiritual que sufre la comunidad, equivalente a perjuicio a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el perjuicio hecho contra la naturaleza del lugar.

La facultad para interponer demandas con el fin de lograr indemnizaciones por daño moral ambiental y daño moral colectivo le atañe a todos y cada uno de los perjudicados. La tutela del ambiente se posee como característica propia, ser al mismo tiempo particular como comunal, de una comunidad heterogénea e indeterminada, se encontrarían capacitados para interponer actos administrativos y jurídicos con el fin que se les repare el maltrato en su tranquilidad mental y espiritual. Lo dicho no es suficiente para que ONG's puedan apersonarse tanto a interponer actividades en defensa del medio ambiente, o bien a colaborar en procesos que se hallan ya en gestión, siempre que la reparación por perjuicio ambiental sea solicitada a nombre de sus beneficiados y no por un daño sufrido por la misma. Si bien la parte jurídica para accionar en defensa del ambiente y, es así para reclamar tanto la recomposición como la reparación de este, corresponde tanto al gobierno como a sus ciudadanos y cada uno de los sujetos de la comunidad afectada

y a organismos no gubernamentales, la titularidad en la pretensión resarcitoria en el caso del perjuicio moral colectivo, no es individual, sino únicamente grupal, y las cifras conseguidas por reparación del daño moral colectivo le pertenecen a la colectividad como un todo, la cual, dentro de sus facultades podrá estudiar la manera de dividir los montos entre las personas que conforman parte y que resultaron afectados por el perjuicio moral. Así mismo es probable que la indemnización por perjuicio moral colectivo le sea dada a una asociación o fundación (ONG), la cual podrá escoger el método de distribuir los montos obtenidos por reparación ya sea repartiéndolas entre sus beneficiados, o bien, invirtiéndolas en sistemas medio ambientales para el favorecimiento de la comunidad.

7. LOS DAÑOS AMBIENTALES Y SUS COSTOS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO⁶⁹

Todo perjuicio al medio ambiente trae consigo costos ambientales, los que no son asumidos por los responsables y en ocasionalmente dichos costos son transferidos a las víctimas, y a la vez los costos ambientales son transferidos a terceros o asumidos por la sociedad. Para comprender mejor:

La externalidad o costos ajenos pueden ser positivos o negativos. Por ejemplo una externalidad positiva ocurre cuando una entidad financiera se establece en un vecindario; en ese caso, los habitantes se van a favorecer gratuitamente de la vigilancia durante las 24 horas del día. Sin embargo, la externalidad también puede ser externalidad negativa, imaginemos que en vez de un banco se inaugura un nightclub, no hay la menor duda de que los pobladores van a soportar las externalidades negativas que se exteriorizarán a través de la proliferación de la prostitución, la delincuencia y los ruidos molestos.⁷⁰

⁶⁹ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁷⁰ Soto, Carlos. Ob. cit. p. 318.

Con Relación a las actividades industriales y mineras, estas generan externalidades positivas y negativas. Es indudable que muchas ciudades del Perú subsisten por la presencia de la actividad minera, si desaparece esta, la ciudad también podría correr el mismo destino. Una empresa minera genera trabajo, la instalación de empresas adicionales (proveedores), servicios de alimentación y, desde luego, una fuente importante de tributos para el gobierno, pero también pueden generar externalidades negativas que se traducen en daños al medio ambiente tales como la contaminación del aire, del agua, la destrucción de las zonas aledañas, de cosechas, males cancerígenos, ruidos molestos (contaminación acústica), daños a las personas (infecciones, enfermedades),⁷¹ etc.

Los perjuicios al ambiente son externalidades típicas, ya que se transfiere o imponen costos a terceras personas, o ahora a la sociedad en general, que no los ha generado. Por lo tanto, la acción contaminante no desaparece para la compañía sino se transfiere a la comunidad; la cual en estaría subvencionándola, en otras palabras, los costos de contaminación son asumidos por los afectados (personas contaminadas).

El fin tradicional de la responsabilidad civil es indemnizar al perjudicado, obligando al responsable del daño a pagar los costos de cualquier pérdida resultado de ese daño,⁷² pero "el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales, es el de su expresión en términos de economía monetaria".⁷³ Así, cuando los daños al medio ambiente se

⁷¹ Ibídem SOTO, Carlos.

⁷² Así lo afirma PIGRETTI: "Se trata de desarrollar el postulado según el cual todo productor de contaminación debe en principio ser el responsable de pagar en primer término por las consecuencias de su acción". PIGRETTI, Eduardo. Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones del derecho ambiental. En: PIGRETTI, Eduardo ef si. La responsabilidad por daño ambiental. Buenos Aires, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, s/a. pp. 29.

⁷³ MARTÍN MATEO, Ramón. Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica. Mimeo, 2000, p. 6.

traducen en un daño a la integridad física de las personas o a sus bienes (daño civil por influjo medioambiental), el método de evaluación del daño no plantea ninguna especialidad en relación con los existentes en el plano general de la responsabilidad civil,⁷⁴ pero cuando se trata de lo que hemos denominado daño ecológico puro, resulta muy difícil establecer cuál es el valor del medio ambiente dañado.⁷⁵

Si una empresa, motivada por un utilitarismo y una "maximación" salvaje, no utiliza un tratamiento adecuado para que los productos que fabrica no contaminen o los niveles de contaminación sean los mínimos o acorde con los estándares permitidos, lo que está haciendo es trasladar ese costo a la sociedad, ya que elle deberá soportar el efecto de la contaminación por sus productos, lo que conllevará a que cada persona internalice el daño (y que por lo tanto no se haga nada al respecto) o que las autoridades (municipios) tengan que combatir tal contaminación.⁷⁶

Una compañía minera, producto de su rubro genera pasivos ambientales, desechos y residuos sólidos, si no serían tratados en forma apropiada según la norma ambiental, esta actividad generaría olores nauseabundos, enfermedades en agravio de la comunidad, estos costos (consultas médicas y medicinas) tendrían que ser asumidos por los ciudadanos o la autoridad local, estas externalidades generan, ineficaz asignación de los recursos sociales, la minería estaría subvencionando sus actividades transfiriendo el "costo ambiental" a terceros "comunidad campesina" quienes deberán de asumir estos gastos en agravio de la salud y patrimonio.

⁷⁴ CLARO SOLAR, Luís. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Volumen V, T. XI. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1979. pp. 724 y 725.

⁷⁵ PEARCE y TURNER señalan que para medir el daño infligido al medio ambiente por un proyecto de desarrollo es necesario calcular el Valor Económico Total perdido por causa de ese desarrollo, cuestión desde luego muy compleja. Véase de estos autores. Economía DE los recursos naturales y del medio ambiente. Madrid, Celeste ediciones, 1995, pp. 187-206.

⁷⁶ SOTO, Caries. Ob. cit. p. 308.

8. LA VALORACIÓN DEL DAÑO⁷⁷

Al respecto, se ha dicho que la valoración del daño ambiental resulta una tarea imposible que únicamente admite valoraciones por aproximación basadas en el estado general de la ciencia, es decir, en lo que razonablemente se puede dar como conocido.⁷⁸ Aunque en principio es válido sostener que: "La pérdida suele calcularse en función de la depreciación económica del bien agregado o del costo real de la reparación del daño, pero el daño ambiental, al no tener un valor mercantil, no puede indemnizarse directamente como pérdida económica. No obstante, puede tener gran valor desde otro punto de vista, por ejemplo, la extinción de una especie o la pérdida de un paisaje pintoresco",⁷⁹ o la extinción de un bosque cuyas consecuencias pueden ser graves en función del incremento del efecto invernadero.⁸⁰

Por otra parte, los daños ambientales son, en ciertos casos, de gran magnitud⁸¹ lo que vuelve muy complicada para los jueces la labor de examinarlos y evaluarlos plenamente tanto a efectos procesales como a efectos de dictar sentencia condenatoria,⁸² y cuando la valuación del daño

⁷⁷ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁷⁸ REAL FERRER, Gabriel. Cobertura de riesgos ambientales. p. 6.

⁷⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al Medio ambiente. Navarra, Aranzadi, 1996. p. 262.

⁸⁰ MARTÍN MATEO, Ramón. Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica. Mimeo, 2000. p. 15.

⁸¹ Esta situación contrasta con lo que señala HUTCHINSON, en el sentido de que: "en muchas ocasiones los daños alcanzados a un número muy elevado de víctimas, tienen para cada una de ellas un alcance económico reducido e incluso modesto". Responsabilidad pública ambiental. En: MOSSET ITURRASPE, Jorge, et.al. Ob. cit. Tomo II. p. 62.

⁸² MÁRQUEZ SAMPAIO, Francisco José. Ob. cit. p 228.

ambiental es posible, el monto a indemnizar suele ser muy elevado.⁸³ Por ejemplo, según CHURCH y NAKAMURA, la limpieza rigurosa de todos los sitios contaminados por residuos peligrosos en el territorio de los Estados Unidos de América tendría un costo aproximado de 1.7 trillones de dólares.⁸⁴ En el mismo sentido, un análisis elaborado por la Empresa Roche, reconoce que para 1996 habían sido desembolsados por esa transnacional más de 300 millones de francos suizos para indemnizar los daños causados por el accidente ocurrido en Seveso, Italia en 1976.⁸⁵

En conclusión, la valoración del daño ambiental es muy complicada y puede afirmarse que actualmente en sistema jurídico alguno se ha fijado un método de evaluación económica con la capacidad de manejar la complejidad del daño ambiental.⁸⁶

Si bien compete a las ciencias económicas definir los mecanismos apropiados para valorar el daño, a la ciencia jurídica le toca determinar la forma normativa que dichas estrategias deben asumir dentro del orden legal. Por esto, el derecho comparado y la doctrina ius ambiental ofrecen diversas opciones a este paradigma, pues dice: cuando el valor de la indemnización sea igual al costo de la restauración; el legislador deba establecer un parámetro indemnizatorio; que se negocie su coste; o que el juez o la administración acuerden su importe.⁸⁷

⁸³ Es más difícil determinar el monto de la indemnización cuando se trata de lo que hemos denominado el daño ecológico puro, puesto que resulta difícil poner un precio al ambiente cuyos elementos, en algunos casos no se encuentran en el mercado. Véase: LETTERA, Francesco. Lo stato ambientale e le generazioni future. En: *RMsta giuridica dell'Ambiente*. Núm. 2 anno VII. p. 245.

⁸⁴ CHURCH, Thomas y NAKAMURA, Roberí. *Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund*. Washington, The Brookings Institution, 1993. p. 3.

⁸⁵ Seveso-Twenty Years After. en: <http://www.roche.com/about/seveso.htm>

⁸⁶ Daño Extracontractual. Indemnización Por. Tercera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*, 5³. Época. Tomo CXII I, pág. 443. Precedentes: Medina Natalia, p. 443. Tomo CXIII, 6 de agosto de 1962. 4 votos.

⁸⁷ Véase: GOMIS CÁATALA. Ob. Cit. pp. 265-274, MARTÍN MATEO, Ramón. Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica. Estudio realizado por

9. CARACTERÍSTICAS DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

9.1 Incertidumbre⁸⁸

La incertidumbre es inseparable a los problemas del medio ambiente. Las consecuencias sobre la salud y el medio ambiente originado por las perturbaciones hechas por la mano del hombre son mayoritariamente poco conocidas y en ciertas ocasiones difíciles de percibir. La Declaración de Alcalá expresa lo siguiente "la controversia es la norma cuando del reconocimiento de los efectos ambientales se derivan consecuencias económicas importantes y posibles efectos para la salud". Es debido a esto que encuentra justificación el principio precautorio del derecho medio ambiental contenido en la Declaración de Río sobre Medio ambiente y Desarrollo del año 1992, el que decreta, que cuando haya peligro de perjuicio grave o irreversible, la ausencia de evidencia científica definitiva no debe utilizarse como validez para posponer la adopción de protocolos eficaces en función de los gastos para impedir la degeneración del ambiente. De dicha forma se desbarata uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, el daño debe ser siempre verídico y no meramente hipotético, ya que, refiriéndose al perjuicio medio ambiental, es indispensable únicamente la probabilidad futura en grado de certidumbre para precisar su existencia y realizar las medidas imprescindibles con la finalidad de evitar sus efectos insalubres. Así lo ha comprendido la jurisprudencia argentina la cual a través el fallo de 1995, Almada contra Copeo S.A., juzgó suficiente la certeza y actualidad de los peligros que se ciernen sobre la salud de las personas, aunque no estén comprobadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se

encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica. Mimeo, 2000. pp. 20-25 y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al medio ambiente. Pamplona, Aranzadi, 1996. pp. 262-274.

⁸⁸ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta manera de impedir, que el perjuicio temido se cambie en daño verdadero, efectivo o irremediable. De similar manera la Sala Constitucional de Costa Rica mediante la sentencia N° 1250-99, del 19 de febrero de 1999, dispuso "De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto- se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente".

9.2 Relevancia y alcances del daño ambiental⁸⁹

El perjuicio ambiental legalmente notable es aquel que cae en la categoría de intolerable, ya que no es cualquier perjuicio al que le importa al derecho ambiental, sino solamente aquel cuya amplitud, alcance e importancia es tal, que afecta cualquier todas formas su objeto de tutela, es decir la vida, la salud y el equilibrio ecológico. La propuesta que varía la directiva de la Comunidad Europea relativa a la responsabilidad civil por perjuicios al medio ambiente define perjuicios ambientales como "cualquier degradación física, química, biológica importante del medio ambiente, sin confundir con la lesión a bienes particulares".

El perjuicio ambiental debe envolver, no solo los ocasionados sobre los elementos constitutivos del ambiente, sino aquellos sufridos por las personas que ven aminorados sus derechos fundamentales a la vida y la salud, sin obviar los derechos subjetivos privados de ellos. Al respecto, el Libro Blanco a cerca de Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea arriva a la conclusión de la generación de un régimen de responsabilidad ambiental

⁸⁹ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

que cubra tanto los daños "tradicionales" como los daños causados al medio ambiente.

9.3 Carácter difuso y expansivo⁹⁰

El perjuicio ambiental es difuso no solamente por lo complicado que entraña reconocer a los agentes que ocasionan el daño, sino además por la determinación de los individuos que se hallan legitimados para poner la demanda ante el ente administrativo o judicial, y aquellos a los que podría llegar una probable reparación. En lo referente, el artículo 2. Inc. 22 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona se encuentra legitimada para denunciar los actos que vulneran derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, así como para exigir la indemnización del perjuicio ocasionado.

El perjuicio generador del daño crea consecuencias y en ocasiones dichas consecuencias negativas para el ambiente se llegan a convertir en nuevas causas productoras de daños, ocasionándose por tanto, una cadena que a la postre podría llegar a tener fin.

9.4 Daño concentrado y daño diseminado⁹¹

El perjuicio concentrado es aquel cuya fuente es fácil de identificar derivado de un hecho moderado o constante, como lo es la contaminación de un terreno definido. Por su parte el perjuicio diseminado o difuso es aquel en donde existe una diversidad de fuentes generadoras del perjuicio, diseminadas territorialmente, siendo su identificación e individualización de gran complejidad. Por ejemplo la contaminación ambiental que proviene el efecto invernadero o la lluvia acida.

⁹⁰ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

⁹¹ Ibídem

9.5 Daño directo e indirecto⁹²

Es directo el perjuicio que recae sobre las pertenencias patrimoniales de los particulares que conforman parte del medio ambiente, mientras que indirecto sería aquel tipo de perjuicio que altera al medio ambiente y que a su vez toca a terceros jurídicos o naturales y sus derechos patrimoniales y derechos extramatrimoniales.

Daño continuado o progresivo como lo son perjuicios que propenden a cuantificar su perjuicio. El perjuicio continuado es aquel que proviene de un proceso amplio en tiempo, y por lo tanto el procedimiento dañino no es consecuencia de una sola actividad detectable en un periodo de tiempo.

Perjuicio progresivo es aquel que es provocado por una variedad de acciones sucesivas cuya conflagración ocasiona un daño más grande que aquel que se daría por cada uno de los actos individualmente tomados.

El perjuicio ambiental puede recaer sobre bienes públicos o privados. En el caso costarricense el elemento agua, el subsuelo, la fauna y los recursos genéticos y bioquímicos, así como la biodiversidad son de dominio público. Por otra lado, la flora y los recursos forestales son de interés público. Lo expuesto no significa, que dentro de la conducta perjudicial que afecta al ambiente, también pueda resultar dañada la vida o salud de las personas, así mismo sus derechos de naturaleza subjetiva privada.

Además, el daño ambiental puede ser consecuencia de una única acción detectable en el tiempo, o si no, de un conjunto de actividades realizadas en diversos o muchos puntos en el tiempo. De esta manera, podemos calificar al perjuicio como de continuado cuando es resultado de un conjunto o sucesión de acciones, de un mismo o varios responsables, en periodos

⁹² Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

variados. Si las consecuencias del perjuicio ambiental continúan en el tiempo es un perjuicio permanente. En tanto que vendría a ser progresivo el perjuicio que es producto de una serie de actividades seguidas, de un mismo sujeto o de varios, cuyo conjunto provoca un perjuicio mayor que la sumatoria de cada uno de los perjuicios particularmente originados, es lo que los investigadores llaman procesos de saturación.

10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE⁹³

La Ley General del Medio Ambiente, trae consigo importantes innovaciones en lo que respecta a los daños ambientales por lo cual de manera rápida mencionaremos algunos de sus principios y bases de la responsabilidad civil por daño ambiental.

- a) Principio precautorio.- (Artículo VII) Si hay peligro de daño grave o definitivo, la ausencia de seguridad absoluta no debe utilizarse como pretexto para posponer la acción de normas eficaces y eficientes para evitar la degeneración del ambiente.
- b) Principios de internalización de costos.- (Artículo VIII) Toda persona debe asumir el valor de los peligros o daños que ocasione sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación; deben ser asumidos por los causantes de los impactos negativos.
- c) Principio de responsabilidad ambiental.- (Artículo IX) El responsable de la degradación del ambiente tiene que aceptar sin excusas los medidas para su restauración, recuperación o reparación según corresponda o, cuando no fuese posible lo anterior, a retribuir en términos ambientales los perjuicios producidos.

⁹³ Roger P. Vidal Ramos, La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano en Revista Jurídica del Perú tomo 88, Lima 2008, pág 305 y sig.

- d) Responsabilidad por daño ambiental.- Es todo menoscabo físico que soporta el medio ambiente y/o algunos de sus elementos, que puede ser originado transgrediendo o no mandato jurídico; y que produce efectos negativos en la actualidad o en potencia.
- e) Responsable.- Aquel que por medio del uso o explotación de un bien o en el administración de una actividad pueda causar un perjuicio al ambiente, a la calidad de vida de los ciudadanos, a su salud o a su patrimonio; está forzado a hacerse responsable de los costos que provengan de las medidas de prevención y atenuación del perjuicio, así como los referentes a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de previsión y mitigación tomadas.
- f) Responsabilidad objetiva.- La responsabilidad por la utilización o explotación de un recurso ambientalmente riesgoso o peligroso; o del manipuleo de un rubro riesgoso o peligroso es objetivo. Debe asumir costos de: las medidas de prevención y atenuación del daño, igualmente con los relacionados a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de previsión y mitigación tomadas, los de una justa y razonable reparación, los de la rehabilitación del ambiente dañado y los de prevención de futuros perjuicios afines.
- g) Responsabilidad subjetiva.- Obliga al agente a hacerse responsable de los gastos producidos de una justa y razonable compensación y los de restauración del ambiente dañado, en caso de mediar dolo o culpa y el descargo por falta de dolo o culpa le pertenece al agente.
- h) Reparación del daño.- Restitución de la situación previa al suceso lesivo y la reparación económica. Si no es posible técnica ni materialmente el restablecimiento, el juez tendrá que disponer la realización de otras labores de recomposición o mejoramiento del ambiente. La reparación se aplica a la realización de actividades que retribuyan los beneficios afectados o que ayuden a cumplir las metas de un ambiente saludable y aprovechamiento sostenible.

El DAÑO AMBIENTAL constituye una nueva conjetura de responsabilidad civil ambiental, y que comenzando de esta premisa, comenzar a darle la validez de amparar este supuesto en el ámbito educacional como legal.

En el ámbito de la atribución de la obligación, las peculiaridades del perjuicio ambiental reclaman un desarrollo legislativo en varios puntos: primero, en lo referente a solucionar las dificultades que se originan del carácter vago e impreciso del perjuicio ambiental, tales como el vínculo de causalidad, la carga de la prueba, la prescripción de la acción, etc.; segundo, en lo referente a la aplicación del Derecho Civil a la indemnización de daños por influjo ambiental; y tercero, en cuanto al modelo que deba asumir la indemnización del perjuicio.

Los perjuicios ambientales deben de restablecerse las siguientes alternativas: Vigilar y supervisar para evitar nuevos perjuicios, recuperar lo ocasionado conforme al estado previo a la afectación, Indemnizar lo ocasionado conforme a la esencia de lo dañado y compensar ambientalmente el perjuicio haciendo labores que repongan los bienes y servicios que prestaba la parte del ambiente que ha sido perjudicada e indemnizar con una justa y equitativa reparación.

La responsabilidad civil por perjuicio ambiental, como supuesto nuevo de responsabilidad civil, tiene muchas razones para que nuestra legislación jurídica, los magistrados y abogados puedan comprender lo especial de esta institución, ya que el daño ambiental puede ser particular y colectivo, a la vez un perjuicio patrimonial como un perjuicio no patrimonial, pero el rol fundamental del sistema de responsabilidad civil peruano será el de tutelar mediante la responsabilidad de, motivo por el cual y por todo lo expuesto en este trabajo hacemos como conclusión que el perjuicio ambiental, sí forma un nuevo supuesto de obligación civil preventiva en la jurisdicción peruano.

Los seguros ambientales tienen relevancia dentro de las compañías con acciones peligrosas, es necesaria la presencia de un sistema de obligación ambiental firme y eficiente. Dichas compañías elegirían incluir dentro de sus gastos de gestión, el pago de la prima de un seguro medio ambiental, a ser condenado a reparar sumas que excedan su capacidad monetaria y que los llevarían a la quiebra. Es esto, una ayuda para las víctimas del daño, pues alcanzarían reparación por el perjuicio sufrido, no obstante, la suma de la indemnización exceda la capacidad económica de la compañía responsable.

Ninguna política de responsabilidad estaría completa sin un acceso amplio e inmediato de parte de los afectados a la reivindicación del daño ocasionado. Siendo la tutela del ambiente un representativo caso de los llamados intereses difusos, el acceso a las medidas administrativas y judiciales, para la indemnización del daño ambiental debe ser libre a todos y cada uno de las personas, así lo dispone el principio diez de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo el cual establece que "Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Necesariamente la explotación y el cuidado de los recursos naturales puedan tener una unanimidad de bases entre la economía y el Derecho, no se puede comentar de economía o progreso sin la agenda ambiental pendiente, para desarrollar instrumentos que coexistan y sean complemento, siendo los favorecidos el gobierno, las empresas, la familia y el medio ambiente.



CAPITULO III

PROBLEMÁTICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

1. EL DAÑO AMBIENTAL⁹⁴

El concepto de daño ambiental tiene relación con el "legítimo interés para ejercitar o contestar una acción", puesto que podrían ejercerse los derechos derivados de una acción dañosa si la ley admite tales derechos y por tanto, considera al titular de ellos como legitimado para actuar. El daño ambiental, en la práctica, puede ser más extenso de lo que la ley permite, en este caso se origina un divorcio entre la realidad de facto y la realidad jurídica, en razón de que todos aquellos extremos no considerados directa o

⁹⁴ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

indirectamente por la ley como daño, necesitan de trascendencia jurídica, aunque recaigan decisivamente en el espacio moral o económico del individuo dañado.

Puede presentarse al daño del medio ambiente una concepción restrictiva y otra extensa. En la restrictiva, el daño ambiental es aquella que asigna la alteración nociva o perjudicial del medio ambiente, que afectan intereses generales. La extensa abarca ese supuesto, pero se haría extensiva a la salud y el patrimonio, perjudicando además intereses particulares. Ninguna de las posiciones parece, a priori, calificada para invalidar a la otra, ya que el objeto del daño es, en ambas, el mismo medio ambiente. No obstante, el procedimiento legal de una y otra podría ser diferente dependiendo de si se incorporar ante un mismo concepto intereses individuales y colectivos o se deslindan uno del otro.

No es propicio asimilar el interés colectivo al interés individual, como si los dos respondieran a la misma base jurídica, y asimismo, aceptar el daño al ambiente propiamente dicho al daño irrogado al patrimonio o la salud individual de las ciudadanos, como si todo fuera parte de una misma filosofía, ya que conduciría inevitablemente a desnaturalizar el régimen jurídico de uno u de otro, en aspectos tan tradicionales como la prescripción de la obligación, el monto indemnizatorio, la titularidad de la acción, el beneficiario de dicha indemnización o la extensión del daño a indemnizar, etc. El daño al ambiente, como el daño producido a las partes del ambiente sobre los cuales existen intereses particulares, deben ser resaltantes para el derecho y demandan de esta disciplina leyes jurídicas apropiadas idóneas a su naturaleza, a la justicia y a la equidad.

El concepto de daño ambiental en el Perú puede determinarse a partir del subjetivo derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable y equilibrado, consagrado en la Ley General del Ambiente y el Código del Medio Ambiente derogado y en las disposiciones sobre daños del Código Civil.

La Constitución de 1979 ya sustituida por la de 1993, indicaba en su art. 123 que "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". También que "todos tienen el deber de conservar dicho ambiente". La creación de este precepto no fue lo más idóneo, pero fue avanzado para su época -porque anteriormente nunca una norma peruana había hablado del medio ambiente como concepto holístico y sistémico- y logró que jueces y estudiosos del derecho concordaran en la visión de que el bien jurídico tutelado por dicha ley era el medio ambiente o más aún, eran las características mínimas que le debían ser innatas, con independencia de si la alteración de esas características debía o no poner en peligro o desfavorecer específicamente el desarrollo de la vida humana. Si bien estas características fueron después, severamente juzgadas por especialistas forestales y ecólogos, de ser no convenientes y anti técnicas, el derecho se había dado, y era demandable aún cuando el hecho dañino o riesgoso no perjudicara el desarrollo de una persona, sino cualquier tipo de vida o incluso, si alteraba la aptitud del medio ambiente de conservar su balance o de permitir el desarrollo de esas formas de vida.

Se promulga el Código del Medio Ambiente – derogado actualmente - en el año 1990, cuyo art. I del Título Preliminar reproduce el art. 123 de la Constitución de 1979, agregando, además que el derecho a gozar de un medio ambiente sano es irrenunciable y que es deber del gobierno preveer y regular cualquier procedimiento de deterioro o degradación de los recursos naturales "que pueda interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad". Entonces el Código del Medio Ambiente resaltó así los esenciales alcances del precepto constitucional, en el concepto de que el medio ambiente es el bien jurídico tutelado, en función de sí mismo y no en función de las personas que pudieran haber sido colocadas en situación de vulnerabilidad o de perjuicio.

No obstante estas reflexiones, subsistía antes del Código del Medio Ambiente – actualmente derogado - el obstáculo del "legítimo interés" para ejercitar ante los tribunales nacionales una acción propiamente ambiental. El Código Civil de 1936 y el de 1984 aprobado en sustitución del anterior, hoy vigente, señalaban sin reparo que "para ejercitar o contestar una acción es preciso tener legítimo interés económico o moral"; agregando que el "interés moral autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la Ley.

La doctrina y la jurisprudencia, no dudan en indicar que el legítimo interés, como condición de tener entrada a la justicia pública, tiene un alcance estrictamente personal, es decir, sólo estarán legitimados aquellos que permitan un interés patrimonial propio, o moral que los afecte a ellos o a su familia, lo que impedía, a priori, que un individuo pudiera defender frente los tribunales intereses colectivos o difusos, en evidente incongruencia con los derechos sociales o colectivos a pesar que la Constitución reconocía.

Era necesario un cambio y por ello apropiado suscitar algún antecedente judicial que lo fomentara. Este antecedente fue gestionado en el juicio seguido por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental con el Ministerio de Agricultura que trataba acerca de la omisión de actos de cumplimiento obligatorio. Dicho antecedente ayudó más adelante para que el Código del Medio Ambiente –actualmente derogado - consagrara, en el art. III del Título Preliminar, que "toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales", sumando que "se puede interponer acciones, aún en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante. El interés moral autoriza la acción aún cuando no se refiera directamente al agente o a su familia". De esta manera, quedó fundado no solamente el derecho de todo individuo a disfrutar de un ambiente sano, sino también el verdadero interés de cualquier hombre para obrar en defensa del mismo y por lo tanto, de su propia calidad de vida.

El Código del Medio Ambiente –actualmente derogado - también incluyó el principio contaminador pagador, recomendando que "los costos de la prevención, vigilancia, recuperación y compensación del daño ambiental corren a cargo del causante del perjuicio". Dicha proposición vino a esconder aquellos desierto legales propios de la obligación civil extracontractual tradicional, que sólo se ejerce cuando se ejerce el perjuicio, sin contemplar la amplia gama de incidencias patrimoniales implícitas en una actividad riesgosa o generadora de externalidades ambientales nada positivas. Si bien el fin primordial de la responsabilidad civil extracontractual convencional es el de reparar el daño, o más propiamente, el de reivindicar el balance patrimonial perdido a causa del perjuicio, y el fin accesorio, el de disuadir al posible agente, de causar el perjuicio -cuando la imputabilidad permanece en elementos subjetivos- ello no es suficiente para forzar que ese posible agente adopte las medidas necesarias apropiadas por la ley o por las contingencias, para evitar el daño o bajar a grados socialmente aceptables el riesgo de que este se ejerza.

Las responsabilidades del "contaminador", y su correlato económico, forman parte de la responsabilidad genérica de todo individuo de cuidar el medio ambiente y por ende, demandar su cometido es también un derecho de toda persona, amparado en el derecho más amplio de disfrutar de un medio ambiente sano.

Sobre dicha perspectiva, se puede afirmar que el concepto de daño ambiental tuvo, con la promulgación del Código del Medio Ambiente – actualmente derogado -, su verdadera dimensión, toda vez que se podía entender tanto las consecuencias nocivas causadas sobre el ambiente, como el simple riesgo socialmente inaceptable de que dicho se produzca, comprendiéndose ambos extremos como circunstancias que legalizarían a cualquier ciudadano a emprender actividades de carácter provisorio o resarcitorio en defensa del medio ambiente.

El derecho a disfrutar de un ambiente sano, del cual se ha procedido la concepción de daño ambiental, tuvo una variación decisiva con la Constitución de 1993. El legislador escogió no repetir el art. 123 de la Constitución derogada, prefiriendo normalizar este derecho bajo el criterio de que "toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre y el descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida". Sin embargo se conservó la cualidad del equilibrio como característica exigible del ambiente, su aptitud de adaptabilidad se restringió al progreso de la vida de los ciudadanos, y no a cualquier forma de vida. Entonces, a partir de la Constitución de 1993, el medio ambiente no es más un bien legal tutelado en relación de sí mismo, sino sólo en relación de su idoneidad al progreso de los ciudadanos. Todavía más, el medio ambiente ya no tiene que ser sano o tiene que afectar directamente el progreso de la vida humana que intenta ejecutar una defensa del mismo, puesto que la norma de la constitución tutela "su vida" puesto que le da el derecho a disfrutar de un ambiente apropiado al desarrollo de la misma.

La forma en que este derecho ha sido gestionado en la Constitución de 1993, los criterios concordantes del Código del Medio Ambiente – actualmente derogado - no han sido no fueron modificados, y como quiera que éstos no colisionen, sino que completan lo establecido por la Constitución, pueden coexistir, siendo los del derogado Código del Medio Ambiente de mayor ampliación y alcances que el de la Constitución. De otro lado, aún cuando la ubicación y la fórmula del criterio constitucional pudieran generar la idea de que es un derecho estrictamente individual, rompe este concepto la propia naturaleza del medio ambiente, cuyo cuidado es del interés colectivo, pues el disfrute del mismo es esencialmente colectivo: todos dependemos de él. La supuesta limitación introducida por la regla constitucional acerca de la adaptabilidad del ambiente al desarrollo de la vida de la persona en cuestión, tendría que referirse en sentido lato, vale decir, que la afectación al "desarrollo de su vida" no tiene que ser actual e

inmediata; también puede ser potencial y hacerse extensiva a la vida de las generaciones venideras. Desde este punto de vista, cualquier afectación no deseada del medio ambiente lesionaría el derecho de cualquier ciudadano a la adecuabilidad del mismo para su desarrollo, aunque no lo perjudique directamente, pues le estaría quitando la probabilidad de desarrollarse plenamente, o de tener opciones de desarrollo futuro, que podrían bajar o desaparecer a causa del daño ambiental, las mismas que de otro modo, habría podido utilizar o legar a su descendencia.

Para resumir, daño ambiental es el perjuicio sobre el medio ambiente, el mismo que se diferencia del daño sobre los bienes y la salud de la población, aun cuando dichos se deriven del daño ambiental. Ambos producen obligación del agente, pero son de naturaleza diferente y por tanto, requieren de procedimientos distintos. El primero perjudica un derecho irrenunciable. El segundo daña derechos patrimoniales particulares, sobre los que existe libre disposición, y la salud de las personas, cuyo valor patrimonial o moral podría convertirse en objeto de negociación.

El incumplimiento de la obligación de prudencia y diligencia del "contaminador" supone un daño al derecho de la población a disfrutar de un ambiente saludable, aunque la acción u omisión negligente o dolosa no genere un daño efectivo. Sin embargo, este daño no da derecho a demandar alguna reparación, puesto que no hay daño que resarcir, pero sí autoriza a proponer medidas contra el "contaminador" de índole preventiva, cuyo objetivo sea obligar a éste a tomar las medidas y acciones razonables para aminorar el riesgo a niveles socialmente apropiados.

El daño ambiental, será el de efectos dañinos o indeseables sobre el medio ambiente o sus elementos, independientemente de si ese daño abarca además al patrimonio o la salud personal de algunos sujetos. Sin embargo, siendo la salud pública un derecho comunitario, además de serlo particular,

también se considerará perjuicio ambiental aquel que es capaz de generar y en consecuencia produce una consecuencia dañina en la salud humana.

2. EL DAÑO AMBIENTAL Y EL REQUISITO DE ANTIJURICIDAD⁹⁵

Antijurídica es toda actitud contraria a derecho. Así mismo lo es la conducta antisocial, la conducta abusiva producida como consecuencia del ejercicio irregular de un derecho, y lo es el comportamiento que incide en engaño a la ley, siendo un hecho típico el de eludir el espíritu de la norma sin infringir su letra.

El daño ambiental producido como consecuencia de una conducta antijurídica puede ser fuente de responsabilidad del agente, dependiendo de los criterios de imputabilidad, pero también pueden generar responsabilidad las conductas arregladas a derecho, no siendo en tales casos exigibles la antijuricidad como requisito de la obligación de indemnizar.

La antijuricidad es fuente de obligación en las legislaciones que imputan obligación al culpable, esto es, al agente que no visualizó el deber general de prudencia y diligencia, o lo violó con intención con el fin de provocar un perjuicio. Bajo esos parámetros no hay responsabilidad de indemnizar sin embargo verificar el hecho de la conducta ilegal, el agente no actuó con culpa y por lo tanto, las consecuencias dañinas del acto no le son imputables. Igualmente, si el agente aplica regularmente sus derechos, no es responsable de los daños que ocasione aunque dichos se produzcan con conocimiento de causa, salvo que se le demuestre el ánimo de dañar más allá de lo razonablemente necesario.

⁹⁵ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

Las variadas excusas que sostienen la práctica del sistema objetivo de responsabilidad, nos afirman que la antijuridicidad nunca es relevante como fuente formadora de obligación aunque podría ser un agravante.

Se ha reunido el sistema subjetivo como el objetivo de obligaciones, los cuales están establecidos en el Código Civil. Dicha ley indica que la regla no protege el ejercicio ni la omisión excesiva de un derecho, consecuentemente demanda una apropiada reparación si el ejercicio o la omisión abusiva del derecho irrogan algún perjuicio. La Constitución peruana no sanciona explícitamente el fraude a la ley, sin embargo sí lo realiza el Poder Judicial acorde con precedentes en ese sentido- el Código Civil castiga con nulidad el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a los buenos comportamientos. Además pena con nulidad el acto jurídico que persigue o se ampara en fin ilícito, lo que permite determinar que el acto jurídico es nulo si es que vulnera una regla imperativa como si daña el espíritu que respaldó su principio imperativo. La nulidad podría ser aducida por cualquiera que tenga auténtico interés, el mismo que se utilizaría de base para demandar el pago de la reparación correspondiente.

Al contrario a lo que debería pasar, la antijuricidad forma un requisito para la responsabilidad jurídica en todos los casos manifestados, inclusive en el régimen objetivo de responsabilidad civil extracontractual, que en el Perú se ampara en el riesgo ocasionado y en el riesgo provecho. Aunque la antijuricidad es consustancial al régimen subjetivo de obligación, el abuso del derecho y la invalidez del acto jurídico, no lo es al régimen objetivo de responsabilidad basado en el riesgo ocasionado y el riesgo provecho, por las causas ya explicadas. Dicha deformación del sistema se originó como producto de haberse reglamentado dicha figura en el mismo capítulo del Código Civil que también norma el método subjetivo de responsabilidad, sin tomarse la precaución de legislarlos por separado. Por esto, el legislador creó como causal excluyente o razón liberatoria de responsabilidad civil, la del ejercicio regular de un derecho, sin notar que esta exclusión es sólo

aplicable al método subjetivo de responsabilidad, que ha resultado que ahora se aplique a ambos sistemas, objetivo y subjetivo.

La relación interactiva entre el hombre y el medio ambiente comienza a volverse antijurídica o intolerable socialmente, en el instante en que traspasa el límite del orden público. También, las reglas afines al cuidado y conservación del medio ambiente son de orden público, según preceptuó el Código del Medio Ambiente – actualmente derogado –, por lo que toda transgresión a reglas de protección o conservación del medio ambiente será antijurídica. Aunque que en la mayoría de los casos, el límite entre lo legal y lo ilegal es difícil de mantener, sea porque no hay regla que lo fije, sea porque las reglas apropiadas se contradicen o confunden, sea porque las reglas e ahora son anti técnicas o son de imposible cumplimiento. Ahora, debemos precisar y juntar los diversos puntos que delimitan el límite entre lo legal y lo ilegal en la conducta negativa:

a) Prohibición absoluta. Presunción iuris et de iure de daño intolerable.- ⁹⁶

Cuando el legislador no ha buscado los positivos consecuencias del comportamiento prohibido, ni ha evaluado y ponderado su riesgo verdadero o potencial. Simplemente están prohibidas. Por ejemplo la importación de residuos o desechos, que por su naturaleza son peligrosos o radioactivos.

b) Normas de Prevención.- ⁹⁷

El marco preventivo es uno de los que origina más problemas de inseguridad jurídica, debido a que el reglamento y el concepto y referencia de las medidas preventivas se encuentran a cargo de cada Ministerio, que de

⁹⁶ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

⁹⁷ En www.pnuma.org

acuerdo a ley, ejercita las facultades de autoridad ambiental en su sector. Esto ha fijado que las políticas ambientales sectoriales no sean congruentes entre sí y que unos Ministerios se ubiquen, con relación a su gestión ambiental, visiblemente retrasados en relación a otros.

Las medidas preventivas comienzan, referente de las actividades nuevas, con la exposición de un estudio de impacto ambiental, realizado por organismos autorizados, cuya aprobación es en ciertos casos, condición para el comienzo de las actividades. Cada Ministerio debe aprobar una relación de actividades sujetas a esta obligación. Solamente lo han realizado el Ministerio de Energía y Minas, el de Pesquería, pero imperfectamente, y el de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, en el área del sub-sector Transportes. Falta ejecutarlo en las demás áreas y en otros sectores como el de Agricultura e Industria.

Las actividades en curso deben entregar un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) en el que aclaren las inversiones, mejoras y modificaciones que incluirán en el tiempo concedido por la ley, para ajustarse a la normatividad ambiental vigente y a los límites de contaminación permisivos. Este plazo, para actividades mineras, es de diez años, mientras que para la industria pesquera es de doce meses, desde ya se haya vencido. En minería, los PAMA detentan el carácter de convenios de estabilidad ambiental, pero en Pesquería, no.

La no presentación y/o aprobación del estudio de impacto ambiental o del PAMA, según el caso, o su cumplimiento insuficiente, establece infracción y por lo tanto, la perpetración de un acto antijurídico. Sin perjuicio de los Estudios de Impacto Ambiental y los PAMA, existen en la legislación reglas cuyo objetivo es precaver daños no ansiados por la ley, cuya ejecución es imperativa. Como ejemplo, tenemos el caso de las vedas de fauna y recursos hidrobiológicos; las restricciones en el beneficio de especies amenazadas, en peligro o en vías de extinción; la restricción de actos que

pudieran comprometer la exterminación de alguna especie; las normas acerca del uso de bosques que todavía han subsistido a la acometida liberal de la nueva política económica, entre otras.

Es preciso indicarse que en este rubro las disposiciones genéricas de prudencia y diligencia que se desencadenan, contrario sensu, del capítulo de Responsabilidad Civil Extracontractual del Código Civil; o se hallan implícitas en normas legales como el impedimento del abuso del derecho o la obligación de ejercer el derecho de propiedad acorde al interés social y en consonancia con el medio ambiente.

c) Normas técnicas de cumplimiento obligatorio.- ⁹⁸

Es un valor comprendido que las reglas técnicas aprobadas por los sectores pertinentes para impedir daños socialmente inadmisibles, son de ejecución forzosa. Estas disposiciones regularmente se dedican de establecer límites máximos de emanación de contaminantes, o límites mínimos de calidad ambiental; grados de captura de recursos de fauna silvestre; etc.

Las investigaciones de impacto ambiental, en tanto conforman la prueba de la factibilidad ambiental del proyecto o actividad, deben probar que el titular estará en la capacidad de ejecutar las disposiciones técnicas actuales. Los PAMA deben, por su parte, comprobar como por medio de las inversiones por efectuarse, se alcanzará la conversión de la actividad productiva hacia maneras y estilos de producción concordantes con las disposiciones técnicas actuales.

La violación de la norma técnica correspondiente crea el acto antijurídico indispensable para ser fuente de responsabilidad. Esta aseveración, que asemeja una verdad, origina toda clase de problemas en el Perú, porque los

⁹⁸ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

Ministerios, no obstante haber implantado el sistema de evaluación de impacto ambiental y adecuación ambiental para actividades en curso, no han aprobado las normas técnicas convenientes o lo han hecho imperfectamente, obviando en el primer caso, al arbitrio del "contaminante", la determinación de los parámetros que a su juicio debe ejecutar, y en el segundo, imponiendo al "contaminante" a esfuerzos económicos inútiles o a la condición inalcanzable de cumplirlos, cuando la norma técnica vigente es anti técnica o inalcanzable de lograr.

Esta desorientación normativa relativiza el concepto de antijuricidad, puesto que favorece casos extremos, como puede ser actos de contaminación o degeneración del ambiente en niveles irracionales, que se avalan en el conveniente vacío legal y por tanto, no se encuentran sujetos a penalidad ni a responsabilidad, y otros que a pesar de ser racionales y diligentes, quebrantan todavía así la norma anti técnica actual y por lo que, están sujetos a pena y a responsabilidad.

3. LOS DAÑOS COMPRENDIDOS, ACTUALES Y FUTUROS; PREVISIBLES E IMPREVISIBLES; EL DAÑO EMERGENTE, EL LUCRO CESANTE, EL DAÑO MORAL⁹⁹

Para determinar cuál es la magnitud del daño reparable en el Perú es necesario reflexionar acerca de si el daño ambiental, es en sí resarcible. Esta cuestión se origina a consecuencia de la formulación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual comprendida en el Código Civil, que han sido atendidas preferentemente a los intereses particulares de las víctimas o agraviados, sin reparar en el daño colectivo o difuso.

El art. 1969 del Código Civil expresa que "aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". "El descargo por falta de dolo

⁹⁹ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

o culpa corresponde a su autor". Por su parte, el art. 1970 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". Ambas normas se refieren al daño que el agente ocasione "a otro" y por tanto al derecho del "otro", es decir, el agraviado, de alcanzar una reparación.

La individualización del agraviado en estas disposiciones no da dificultad en tanto y en cuanto el daño se irroque en el patrimonio, la salud o el bienestar moral de algún sujeto, pues en tal caso, y siempre que convergen los requisitos correspondientes, el agente deberá repararlo y el agraviado tendría derecho a esta reparación. No obstante, las citadas normas no consideran el perjuicio sobre el medio ambiente, que tiene como agraviado a la colectividad o a la sociedad completa, aunque no haya ningún individuo en especial que haya resultado particularmente agraviado en relación de su patrimonio, salud o bienestar moral.

Esta incoherente hipótesis, causada en la defectuosa formulación legal, quedó descalificada por el Código del Medio Ambiente – actualmente derogado -, el que aparte de repetir en distintos preceptos la obligación general de preservar el ambiente y el derecho que todos tienen a disfrutar del mismo, tuvo la precaución de introducir el principio contaminador pagador con el siguiente argumento: "los costos de prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio". En el enunciado "recuperación y compensación del deterioro ambiental" se ubica la responsabilidad civil del que causó el perjuicio, cuando la conducta es antijurídica.

La indemnización, de acuerdo al art. 1985 del Código Civil, engloba las consecuencias que provengan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo

producirse una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

La dificultad de establecer cuáles son los daños resarcibles se empeora por las especiales particularidades que frecuentemente caracterizan al daño ambiental. Podría ocurrir que el daño ambiental sea producido por distintas personas, en un inicio complejamente identificable, lo cual obstaculiza el camino de fijar el nexo causal entre los hechos y el daño, ya que los hechos en discusión no serían atribuibles indiscutiblemente a todos y cada uno de los posibles agentes. Puede suceder además que siendo muchos los agentes causantes del daño, el comportamiento de ninguno de ellos sea concluyente de la producción del daño -caso en el que varias empresas contaminan el mismo río, cumpliendo cada una escrupulosamente los límites de emanación, pero en total superan el límite de exposición-, situación que es igual de compleja si alguno de los agentes incumplió disposiciones obligatorias, pero el perjuicio no se habría ocasionado sin la concurrencia de los demás agentes, que sin embargo actuaron en el ejercicio normal de un derecho.

Todos los componentes de la naturaleza interaccionan entre sí, necesitan unos de otros y se inclinan frecuentemente al equilibrio. De aquí que a esa conducta dinámica de la naturaleza se le llame ecosistema y resulte de importancia social conservar los procesos ecológicos básicos. Las lesiones al ambiente pueden, por lo tanto, tener efectos imprevisibles, que superan los límites de lo sospechado. Al perjudicarse un elemento de la naturaleza, no solamente éste resulta perjudicado; si no que resultan afectados todos los otros componentes, funciones y procesos que dependen inmediata o lejanamente del elemento lesionado. En oportunidades no es necesario provocar un perjuicio inmediato a algún elemento ambiental para que ya se comiencen a percibir efectos nocivos en el ecosistema.

Los efectos dañinos, por otro lado, no son todos rápidos. Varios de ellos se evidencian o descubren posteriormente. Inclusive, existen daños

ocasionados de cuya existencia no existía evidencia científica, y solamente con el desarrollo de la ciencia y tecnología se han ido manifestando.

La sociedad es la perjudicada, pero además lo son los sujetos, en su patrimonio y su salud. La comunidad tardará en percatar todos los efectos perjudiciales del daño ambiental y en varios casos, también tardarán los sujetos respecto de sus bienes y su salud. Existen consecuencias en la salud que sólo se presentan años posteriores al originarse el daño, o se llegan a crear como consecuencia de los estudios de la causa de la muerte de las víctimas, cuando el hecho dañoso ya ha pasado. El perjuicio al ecosistema, al patrimonio o a otro derecho sobre bienes puede obligar a una comunidad a degenerar el ambiente contra su voluntad, como única medida de sobrevivencia. Como es el hecho de la devastación de la fuente de alimentación -pesca artesanal, por ejemplo- de alguna colectividad indígena, que la fuerce a aprovechar otros recursos alternativos cuya situación es conminada. Hay consecuencias colaterales en algunas actividades que difícilmente podrían denominarse como daño civil, aunque compongan realmente daños al ecosistema. La edificación de una vía de transporte en la amazonía, rápidamente pone en ejecución procesos de colonización en el camino trazado. El daño no lo provoca la carretera, sino la imprudencia en el delineado de su ruta, que es causa directa de colonización en ecosistemas débiles. El impacto ambiental de la vía es la colonización indeseable, no obstante aquella, en sí misma, no produzca ningún daño ambiental.

4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ADECUADA¹⁰⁰

- a) Cuando exista amenaza de daño grave o irreversible, la falta de seguridad científica absoluta no deberá usarse como motivación para posponer la adopción de medidas eficientes en función de los gastos, para evitar el desgaste del medio ambiente.- Este principio sostiene la necesidad indiscutible de prevenir el daño y mitigar el riesgo, puesto

¹⁰⁰ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

que la falta de conocimiento de la humanidad acerca de las consecuencias de una acción peligrosa no evitará que esos efectos se ocasionen, de modo que es mejor impedirlos antes de poner en peligro a todos los seres humanos. Esto otorga una idea de las repercusiones que debe tener su deber de prudencia y diligencia, por esto, si la relación de causalidad adecuada debiera girar en relación de lo que el agente pudo predecir como efecto de su acción dañina, tal principio no sería ajustable a la responsabilidad ambiental, ya que los perjuicios ambientales frecuentemente tienen alcances impensables y es obligación de todos impedirlos, aunque no se sepan todos sus efectos.

- b) Siempre es menos oneroso prever el daño que pagar sus efectos.- Claro que, este precepto se aplica a los daños socialmente inadmisibles, quiere decir, a aquellos que la sociedad no aprueba porque sabe de ellos, o porque desconoce la extensión de sus efectos, o porque los sospecha, y en la totalidad de casos, no está preparada a asumirlas o sufrirlas. Por tanto, habrá relación de causalidad adecuada entre la falta de prevención y los daños directos, indirectos, actuales, futuros y lejanos que a consecuencia de ésta se produzcan de la acción, omisión o hecho dañino, por ser totalmente reprobable que a sabiendas de esta inmensidad económica entre el costo de la prevención y el valor del daño, el "contaminador" no haya escogido el primero, o hecho lo posible por repararlo apropiadamente.
- c) El daño ambiental frecuentemente desata consecuencias nocivas derivadas del mismo.- La sucesión de daños puede ser suficientemente amplia y ramificarse de forma impredecible. Entender hasta dónde pueden provocarse daños y cuáles son sus verdaderos efectos puede mostrarse en exceso dificultoso en el tema de medio ambiente, pero es indudable que el perjuicio ocasionado a un elemento o componente de la naturaleza siempre será origen eficaz

de otro perjuicio proveniente del anterior, por ser esa una particularidad del ecosistema.

Debido a lo antes mencionado, puede suponerse que el origen eficaz de la cadena de perjuicios ambientales es el primer suceso que las desató, ya para esto no es necesario que medien -salvo prueba en contrario- elementos imprevistos o concausas, basta la característica funcional y dinámica del ecosistema. En fin de cuentas, el rol que cumpla cada elemento o componente del ecosistema que haya servido de motor para propagar el perjuicio, no podrá ser nombrado como la circunstancia imprevista que resultó definitiva para provocar esa consecuencia.

Se debe recalcar que el legislador peruano no le da al perjuicio originado de la responsabilidad extracontractual, el mismo procedimiento que al perjuicio resarcible causado en la inejecución de responsabilidades. En dicho caso, solamente son resarcibles los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la responsabilidad, y en el presunto de culpa leve, la indemnización se restringe al daño que podía anticiparse al período en que la responsabilidad fue contraída.

No se ha previsto en la responsabilidad civil extracontractual limitaciones semejantes o equivalentes, por lo que no se deberá hacerlas extensivas a este régimen por similitud, pues este método de integración de normas no puede usarse con normas restringidas o excepcionales. Siendo la limitación de la responsabilidad una excepción a la regla, se concluye que el legislador no deseó sujetar los alcances del daño resarcible extracontractual, a las mismas limitaciones que sin embargo cuida de introducir explícitamente en la responsabilidad contractual.

En ese orden de pensamientos, el daño indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual puede ampliarse a los efectos mediatos e indirectos del suceso dañino, siempre que haya, la relación de causalidad adecuada. Cuando el hecho dañino sea aplicable a la concurrencia de varios agentes, y

siempre que puedan ser reconocidos, la relación de causalidad se aplicará con principio de solidaridad.

En efecto, el art. 1983 del Código Civil indica que si son diversos los responsables del daño, responderán solidariamente, acotando sin embargo, que aquel que pagó la totalidad de la reparación, puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez delimitar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes, y cuando no sea posible diferenciar el nivel de responsabilidad de cada uno, la distribución se hará por partes equitativas.

Esta norma tiene la virtud de hacer solidaria una responsabilidad típicamente mancomunada, que de haberse conservado como tal, habría impuesto al agraviado a la prueba de fijar el nivel justo de responsabilidad de cada agente, como requisito de pago de la reparación correspondiente. La solidaridad, también, libera al agraviado del peligro de insolvencia de alguno de los agentes, ya que cada uno de los implicados debe responder por la totalidad de los perjuicios, de manera que la falencia o incapacidad económica de algún coautor solamente daña a los demás agentes que honraron la reparación, cuya esperanza de recobrar lo pagado en demás se reduce en su propio perjuicio.

No obstante lo expresado, resaltan a la vista los problemas originados de un sistema de responsabilidad solidaria fundado en la imputabilidad de los hechos dañinos. La norma bajo estudio parte del supuesto preciso de que diversos agentes sean los responsables del daño, requisito sobre el que se les asigna responsabilidad solidaria. El requerimiento de la solidaridad es, pues, la previa responsabilidad de cada uno de los agentes, quiere decir, el comportamiento antijurídico atribuible a cada uno de ellos. Si alguno de los agentes accionó en el ejercicio normal de un derecho, no es responsable de los perjuicios imputados y por tanto, no le será asignable la solidaridad. Continuando la misma regla, si el daño se origina como efecto de la sumatoria de actos atribuibles a distintos agentes que derivaron en el

ejercicio normal de un derecho, no habrá responsable, ni solidaridad asignable.

Puede existir el hecho de que el daño sea aplicable a varios agentes, de los cuales algunos accionaron en el ejercicio normal de un derecho y otros con incumplimiento de la Ley. En esta conjetura, la regla de la causalidad adecuada entre la acción y el daño se prestará otra vez a apreciaciones de orden subjetivo, ya que los agentes que actuaron con incumplimiento de la ley podrán permanentemente comprobar que sus acciones, por sí solas, no han sido causa eficaz del daño, y éste sólo se originó con la concurrencia de las acciones de quienes actuaron en el ejercicio normal de un derecho, sin cuya aportación no se habría originado perjuicio alguno. Esta situación puede provocarse cuando muchos agentes cuentan con licencia para contaminar, hasta un límite permitido, un mismo componente del ambiente. El incumplimiento del límite permitido de contaminación de parte de un agente puede fijar que los volúmenes globales de sustancias contaminadoras expulsadas al mismo componente superen el estándar de calidad ansiado para este componente, inhabilitándolo para su uso. En esta conjetura, la falta del agente puede haber sido definitiva para que se constate un nivel de contaminación socialmente inadmisibile, pero a ese nivel no se habría llegado sin la concurrencia los otros agentes, que actuaron en el ejercicio normal de su derecho de contaminar. Entonces si la falta del agente responsable hizo probable la provocación del daño, puede este librarse de la responsabilidad de resarcir probando que esa falta no es causa eficaz de la provocación del daño, es decir, no hay la causalidad adecuada entre la acción producida por él y el daño ambiental imputado, dado que colaboraron al mismo, en mayor cantidad, otras concausas sin las que el perjuicio no se habría ocasionado.

Bajo esta mirada, el daño ambiental no sería indemnizable, o lo sería solamente en el porcentaje imputable al infractor. Este argumento estaría protegido por el Código Civil, cuyo art. 1973 indica que si la imprudencia sólo

hubiere ocurrido en la producción del daño, la reparación será disminuida por el juez, según los sucesos.

Si bien esta norma no es directamente atribuible al sistema de responsabilidad por riesgo creado o riesgo provecho que también recoge el Código Civil, si lo serían sus motivos y fundamentos, pues lo que pretende la regla es que el agente responda únicamente por los efectos perjudiciales originados del hecho que le es aplicable, de manera que aquellos daños, o proporción de los mismos, en relación de los cuales no haya la causalidad apropiada, no serán indemnizados.

Cabría contradecir el principio de la causalidad adecuada en base a la previsibilidad del daño. El sustento de esta base reposaría en la situación de que siempre habrá causalidad adecuada entre el suceso antijurídico y el daño ocasionado, si el agente podía objetivamente prevenir que el daño se ocasionaría, no obstante los hechos aplicables a él no habrían sido la causa eficiente del mismo. Este juicio acepta que todo contaminador sabe con anterioridad el objetivo que cumplen los límites máximos de emanación de contaminantes, porque no superar, en conjunto, los límites mínimos o máximos de calidad del componente ambiental protegido por la regla. De este modo, además puede suponerse, dentro de un marco lógico de actuación, que todo agente contaminador sabe que la vulneración a los límites permitidos de contaminación, a cuya ejecución está obligado, desatará una consecuencia última nociva al ambiente que no se habría originado si él no transgrede el límite aplicable.

Con esto no se busca sugerir que el estudio de la causalidad adecuada entre el hecho y el perjuicio descansa rigurosamente en apreciaciones subjetivas. Al contrario, intento que la causalidad adecuada sea equilibrada tanto en base elementos subjetivos como objetivos, dado que "lo adecuado" puede hallarse en cualquiera de ambas categorías. De acuerdo a estos pensamientos, la previsibilidad del daño será un elemento a tomar en cuenta

en el estudio de la causalidad adecuada, inclusive bajo el sistema de la responsabilidad objetiva, y la falta de previsión o desconocimiento del agente no aumentará la existencia de una causalidad adecuada si tal previsión o conocimiento le resultara exigente al agente dentro del marco del procedimiento ordinario solicitado.

A pesar de lo manifestado, siempre está libre la entrada para la mitigación o disminución de la responsabilidad cuando la negligencia sólo ha sucedido en la provocación del daño, debiendo en tales ocasiones, como fija la ley, estudiarse las circunstancias que circundaron al hecho dañino y a sus consecuencias, con la finalidad de determinar el nivel de responsabilidad del agente. De tales sucesos pueden deducirse componentes que establezcan la exigencia de asignar parte de la responsabilidad a otros agentes o asignar el mayor daño a hechos imprevistos o conductas irreprochables, en cuyo caso podrá aminorarse la responsabilidad del agente, y el perjuicio sólo será resarcido en la proporción en la que sea responsable el agente.

En conclusión, el daño ambiental es un perjuicio indemnizable en el Perú. Para esto, debe haber una causalidad adecuada entre el hecho dañino y el daño provocado. Esta causalidad no requiere que el daño sea efecto inmediato y directo del hecho antijurídico, por lo que puede ampliarse a los daños mediatos, indirectos, futuros y pasados, siempre que la acción antijurídica sea la causa eficiente de la sucesión de daños y de sus bifurcaciones, o sea definitiva para que éstos se ocasionen, aunque reúnan otras causas respecto de las que no pueda atribuirse responsabilidad. La causalidad adecuada debe, entonces, sopesarse en base a las circunstancias, teniéndose como referencia tanto componentes objetivos como subjetivos. Cuando sea ajustable la responsabilidad solidaria, no será necesario comprobar el nivel de responsabilidad de cada agente responsable y por tanto, la causalidad adecuada de cada una de sus conductas, pues en estos casos, cada uno es responsable por todo el perjuicio ocasionado y la causalidad exigida por la regla no estará en

relación de la intervención de cada coautor en la generación del daño, sino en función a la globalidad de hechos y conductas que determinaron que el perjuicio se provoque.

Finalmente, no será indemnizable el perjuicio -individual o colectivo- que el agraviado se irrogue a sí mismo. En el caso del sujeto, no será indemnizado si por su dolo o negligencia se produce el daño, aun cuando use como herramienta del mismo un bien o actividad peligrosa de tercero. La sociedad no tendrá derecho a indemnización por aquellos perjuicios ambientales que haya calificado como socialmente tolerables y se ocasionen en el ejercicio normal de un derecho, es decir, no sean efecto de hechos antijurídicos atribuibles a algún individuo.

El daño ambiental indemnizable abarca el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. El daño emergente estará conformado por todo el menoscabo ambiental originado, mientras que el lucro cesante podrá valorarse en las rentas que la sociedad, mediante del recaudador -el Estado, el Municipio, etc.- se privará de recibir como consecuencia del perjuicio provocado y por tanto, dejará de repartir en provecho de la comunidad por medio de servicios básicos, programas de apoyo social, seguridad, sostenimiento de instituciones elementales, educación, etc. En el daño moral, podrá tenerse en cuenta daño que se origine de haber quedado fallida la lícita expectativa social de disfrutar del medio ambiente lesionado.

5. LOS DAÑOS POR OMISIÓN Y EL DEBER DE PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE¹⁰¹

La responsabilidad por omisión es uno de los ámbitos más confusos de la responsabilidad civil extracontractual en el Perú, y no necesariamente por ausencia de normas, más bien por el hecho de que habitualmente la sociedad piensa que ciertas omisiones, como la de denunciar un acto

¹⁰¹ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

antijurídico que pudo hacer posible la intervención pertinente de las autoridades, es más que todo un derecho de la persona y no un deber.

La Constitución del Perú consagra el principio en el que nadie se encuentra forzado a realizar lo que la ley no ordena, ni impedido de realizar lo que ella no restringe. No obstante, no es intención de la Constitución entregar a los sujetos permiso de corzo para perjudicar a otros individuos, o a la comunidad, al patrocinio de dicha libertad. Conjuntamente a ella, la Constitución consagra un gran número de derechos y libertades en salvaguarda de las personas, cuya utilización tiene tácita el carácter de no impedir a los demás el uso de los suyos.

El derecho de todo individuo culmina donde se inician los derechos de los otros. Los límites de los derechos, ámbitos confusos y en oportunidades indeterminables, se solucionan con la aplicación de normativas suplementarias que se basan en la necesidad del mantenimiento de la armonía social y la igualdad.

Por esto la ley prohíbe el abuso del derecho; rechaza el lucro sin causa; haciendo predominar el interés comunitario por encima del individual en caso de pugna; consagra la obligación de ejercitar el derecho de propiedad en armonía con el interés social; obliga a los sujetos a respetar el deber genérico de prudencia y diligencia -implícito en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual- y fuerza a los jueces a administrar justicia todavía en las situaciones de falla o deficiencia de la ley. Todos ellos son dispositivos suplementarios que contribuyen a distinguir cuándo una acción u omisión es antijurídico o antisocial.

En serio, no hay grande dificultad cuando la obligación de hacer se halla fijada con toda exactitud en la legislación puesto que en tales hechos, la omisión aplicable es causa de responsabilidad civil si llega a ocasionarse el daño. La dificultad verdadera se manifiesta donde no se da regla explícita que

obligue a realizar algo, o cuando la ley existente es general o se ajuste a consagrar una pretensión social más que un deber determinado.

6. EL CARÁCTER PREVENTIVO Y EL CARÁCTER RESARCITORIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO AMBIENTAL¹⁰²

Es cierto que el procedimiento de responsabilidad civil extracontractual cumple una función disuasoria del dolo o la negligencia, en tanto significa la advertencia de tener que responder monetariamente por los perjuicios ocasionados. En el Perú, no obstante, esta función de responsabilidad civil es más teórica que práctica, por distintos motivos: Entre ellos:

- a. Las reparaciones establecidas por los jueces en el Perú, son muy pequeñas y no guardan coherencia con el valor de los bienes lesionados. La vida del ser humano, bien jurídico protegido, no es considerado en el Perú con los mismos pautas que se usan en naciones desarrolladas. Como consecuencia de esto, la potencial responsabilidad económica no suele tomarse en cuenta por el común de la gente; y muchos creen que de presentarse el hecho, les será relativamente fácil librarse de ella u obtener una indemnización relativamente reducida, que pueda a la postre, resultar más barata que adoptar las medidas preventivas que hubieran evitado el daño.
- b. La responsabilidad por daños se relaciona a los daños producidos a la vida de las personas; a las partes del cuerpo humano; al patrimonio de las personas; a su salud y en ninguna medida al ambiente. Usualmente se asocia la responsabilidad civil extracontractual con los accidentes de tránsito y con los actos dolosos dirigidos a producir un daño

¹⁰² Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

patrimonial. No existe conciencia acerca del concepto de "causalidad adecuada" y por ende, del riesgo patrimonial que importa no conducirse con prudencia o diligencia.

- c. No ha prosperado en el Perú una demanda de seguros de responsabilidad frente a terceros, excepto la circunstancia de la responsabilidad originada de los accidentes de tránsito. Tampoco existe una oferta de seguros encaminada a fomentar la necesidad de incluir al ambiente como interés asegurable.
- d. En el Perú los juicios son bastante extensos y en exceso costosos para la mayor parte de las personas. Los abogados son también onerosos y no en todos los lugares hay juzgados al alcance de los ciudadanos. Todos estos componentes forman motivaciones suficientes para persuadir a muchas víctimas de presentar una demanda judicial por responsabilidad civil extracontractual, y comúnmente facilitan la probabilidad de lograr un acuerdo dispar con el agente que ocasionó el perjuicio, aceptando recibir de éste poco a cambio del daño provocado.
- e. La conciencia de la población sobre el ambiente como bien jurídicamente protegido, susceptible de ser indemnizado, es demasiado escasa. El común de la población es consciente solamente de aquello que les perjudica de forma directa.
- f. No hay quién personifique los beneficios colectivos. Si bien muchos ciudadanos son conscientes de la posibilidad de realizar una demanda de reparación por daños irrogados a su patrimonio, su salud o su bienestar moral, no son conscientes sobre el derecho que les ampara de formular una demanda resarcitoria por daños irrogados al ambiente. El "Defensor del Pueblo", estaría autorizado para formular acciones resarcitorias de carácter comunitario, pero no ha tenido ocasión alguna de

ejercer esta potestad. A nadie le queda evidente a quién debería darse la reparación por daño ambiental, en el hipotético de que se realizara una demanda judicial con este objetivo, y cuál debiera ser el beneficiado de esa reparación, presumiendo que se otorgue.

- g. Se da la propensión de satanizar al inversionista extranjero, en relación del que se admite que posee dinero suficiente para responsabilizarse por los daños ocasionados, no recordando que la misma responsabilidad también es asignable al inversionista nacional.
- h. Los consumidores en nuestro país no se han organizado, no hay todavía en el Perú modo de explotar apropiadamente la fuerza del consumidor en el mercado, ya sea "sancionando los productos que no son amigos de la naturaleza" o consintiendo que los gastos de la previsión ambiental se desplacen al consumidor mediante mecanismo de precios.

Razones abundan para que el sistema de responsabilidad civil extracontractual y en especial, respecto de los daños ambientales, no realice una auténtica función convincente en el Perú o por lo menos, no la ejecute en similar grado en las personas.

7. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL¹⁰³

El sistema de la responsabilidad civil contractual en el país, tiene ciertas distinciones con el de la responsabilidad civil extracontractual. En conclusión, puede expresarse que el primero se halla más elaborado en el Código Civil, brindando inclusive respuestas evidentes a hechos en los

¹⁰³ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

cuales la parte de la responsabilidad civil extracontractual no se manifiesta, como es la clase de culpa que origina responsabilidad del agente (concreta o abstracta).

El art. 1321 del Código Civil indica que está sujeto a la reparación de daños y perjuicios, quien no realiza sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. La indemnización por la inejecución de la responsabilidad o por su ejecución parcial, tardía o deficiente, abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante, en tanto sean efecto inmediato y directo de tal inejecución. Si la inejecución o la realización parcial, tardía o deficiente de la responsabilidad obedecieran a culpa leve, la indemnización se limita al daño que podía predecirse al período en que ella fue adquirida.

De acuerdo al Código Civil, actúa con dolo quien determinadamente no realiza la obligación. Por su parte, comete culpa inexcusable quien por descuido grave no efectúa dicha obligación. Finalmente, procede con culpa leve quien obvia aquella diligencia ordinaria reclamada por la naturaleza de la responsabilidad y que corresponde a las situaciones de los individuos, del tiempo y del lugar. En este hecho, se observa evidentemente que la culpa leve es una culpa in concreto, ya que para su estudio y graduación deben considerarse las circunstancias de los individuos. Idénticamente se observa que en tema de responsabilidad contractual, el Código Civil diferencia entre la culpa inexcusable y la culpa leve, diferenciación que no se efectúa en la responsabilidad civil extracontractual, excepto cuando se refiere a prohibir los acuerdos de exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

Es importante resaltar que en tema de responsabilidad contractual, el Código Civil indica que quien actúa con la diligencia ordinaria precisa, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su realización parcial, tardía o deficiente. De esta manera se colabora al alegato de la culpa, imponiendo al agente exclusivamente al requerimiento de comprobar que actuó con el cuidado ordinario preciso, prueba que lo libra de demostrar la

existencia del caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de tercero, que hayan podido componer el real origen del daño. A pesar de esto, el Código Civil no deja de aclarar, para el caso de la responsabilidad contractual, lo que debe comprenderse por caso fortuito o fuerza mayor. Es así como define que el caso fortuito o la fuerza mayor es la causa no imputable, constituido por un suceso extraordinario, imprevisto e irresistible, que imposibilita la ejecución de la obligación o establece su cumplimiento parcial, tardío o deficiente. Como se ha señalado con anterioridad, la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso extraordinario serán consideradas, en las situaciones de culpa leve, atendiendo a las aptitudes individuales del obligado.

No obstante la causa del daño sea imputable al deudor, el Código Civil lo libera de indemnizar aquellos daños que el acreedor hubiera podido impedir utilizando la diligencia ordinaria. En otros términos, el acreedor además se halla forzado a actuar con la diligencia ordinaria precisa y por tanto, no puede realizar abuso de los derechos que la ley o el contrato le otorgan en su posición de acreedor. Si como efecto de su actividad u omisión imputable, el suceso perjudicial resulta siendo más costoso, el exceso no será reparado.

Frecuentemente ha sido complicado para el derecho fijar dónde finaliza la responsabilidad contractual y donde comienza la extracontractual. La respuesta a esta pregunta puede ser todavía más dificultosa si como efecto de la inejecución de una obligación, o de su realización parcial, tardía o deficiente, se produce una lesión al ambiente. Debe tenerse en cuenta, además, que el daño al ambiente puede provocarse no solamente vulnerando el contrato, sino también dándole exacto cumplimiento.

Es un fundamento del derecho que los contratos solamente ocasionan consecuencias entre las partes que los brindan y sus herederos, excepto, en cuanto a éstos, si se refiere a derechos y obligaciones no transmisibles. Este fundamento se halla expresado en el art. 1363 del Código Civil peruano. En

aplicación del mismo, puede así mismo sustentarse que la responsabilidad generada de la inejecución de obligaciones concertadas en un contrato, sólo es exigible entre las partes que lo dieron, no debiendo extenderse a terceros. Los daños generados al ambiente como efecto de la realización de una obligación contractual, deben resolverse acorde al sistema de la responsabilidad civil extracontractual, debida cuenta que en esta situación, la perjudicada es la comunidad en su totalidad, independientemente que la contraparte en el contrato pueda así mismo haber resultado dañada en su propio patrimonio o en su salud. A cerca de este particular, es conveniente precisar que la parte contratante no puede librarse de responsabilidad aduciendo que el daño originado al ambiente es efecto de la exacta y fiel realización de la prestación acordada en el contrato, pues en tal situación, el mismo contrato carecería de nulidad, ´debida cuenta se estaría pretendiendo, directa o indirectamente, un objetivo opuesto a la ley, que es el de lesionar el medio ambiente.

Así también, un contrato de esta índole sería opuesto al fundamento del derecho por el cual ningún individuo puede otorgar más de lo que posee, debido a que a través de dicho acuerdo, las partes habrían establecido como válida la posibilidad de provocar daños al ambiente, el cual no les pertenece, o sobre el que tienen restricciones de utilización en atención a los derechos que también tiene toda la comunidad. La responsabilidad extracontractual, en estas situaciones, sería de todos los contratantes, es decir, tanto de los deudores como de los acreedores.

Si bien el hecho evaluado podría ser relativamente evidente con respecto al tratamiento que merita una conducta encaminada a ejecutar una prestación lesiva para el ambiente, hay otros supuestos cuyo procedimiento resulta en extremo dificultoso, por ubicarse precisamente en el límite entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Dichos casos son, entre otros, la clase de daño indemnizable, la naturaleza del acto antijurídico, la

finalidad del contrato y los pactos de exclusión de responsabilidad extra contractual.

8. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y EL SISTEMA SUBJETIVO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Ineludiblemente, varios tópicos que conciernen a este punto han sido vistos en los puntos anteriores, por lo que se procurará no ser repetitivo. La ley peruana acepta el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual, el mismo que coexiste con el sistema de responsabilidad por riesgo creado.¹⁰⁴

El sistema subjetivo de responsabilidad se apoya en cuatro componentes, la antijuricidad, la imputabilidad, la causalidad adecuada y la existencia del daño. Cuando concurren éstos, existirá responsabilidad del agente en referencia a aquellos daños que su obra u omisión haya provocado. El perjuicio indemnizable es aquél sobre el que se da una relación de causalidad adecuada, por lo que pueden ser también indemnizables los daños mediatos, los futuros y los remotos, en tanto en ellos haya esa relación de causalidad que la ley demanda.

La legislación peruana reconoce al ambiente como bien jurídicamente tutelado, y le asigna ciertas cualidades que interesa al orden público mantener. Por consiguiente, genera responsabilidad todo acto imputable que sea capaz de alterar y en efecto altere o dañe alguna de las cualidades del ambiente que la ley preserva en beneficio de la colectividad.

En el procedimiento subjetivo de responsabilidad civil extracontractual peruano se ha incluido, desde 1984, la inversión de la carga de la prueba sobre el dolo o la culpa, quiere decir, que la imputabilidad se supone en

¹⁰⁴ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

tanto el agente no compruebe lo contrario. Esta manera de objetivación de la responsabilidad no presenta, un correlato explícito en el tipo de culpa que origina responsabilidad, por lo que no queda claro en la legislación si la culpa debe ser in concreto o in abstracto. Razones en pro de una y otra pueden brindarse en cantidad, pero mientras no haya una regla manifiesta que lo establezca, será la misma jurisprudencia la que por medio de sus precedentes, despeje esta duda.

El sistema subjetivo de atribución de responsabilidad civil no proporciona, conveniente protección al derecho de reparación de la comunidad por daño ambiental, ni al que poseen los agraviados por daños a su patrimonio o su salud. El argumento de esta opinión es fundamentalmente económico.

En efecto, aceptando como lícitas las ideas sobre las que se apoya la concepción del desarrollo sustentable, es necesario admitir que las estrategias de desarrollo de cualquier nación, y el marco legítimo en el cual se avalan, deben estar guiados tanto a satisfacer las necesidades de las generaciones actuales como a no colocar en peligro las probabilidades de que hagan lo mismo las generaciones futuras. Si bien deliberar sobre cuáles serán las necesidades de las generaciones futuras y los recursos con los cuales contarán para satisfacerlas, es meterse en un ámbito específicamente hipotético, no es menos verdadero que actualmente hay bastante evidencia científica que demuestra que algunos daños al ambiente, con consecuencias globales, menguan absolutamente calidad de vida a las generaciones actuales y aminoran las probabilidades de las generaciones futuras de procurarse su propia calidad de vida. Idénticamente, en aquellos casos en los que no hay certeza científica definitiva a cerca de daños severos o irreversibles, tal situación no debe usarse como excusa para posponer la adopción de medidas eficientes en relación de los gastos, para evitar la degeneración del medio ambiente y conminar el riesgo de que éste se origine.

Lo mencionado permite sostener que la única manera de garantizar el desarrollo sustentable es aplicando a cualquier de las actividades del hombre el principio del menor daño posible -vale decir, el que la sociedad admite como daño socialmente tolerable- y el de la internalización de los gastos de la previsión y el daño ambiental, con el propósito de conservar el equilibrio entre el beneficio que la sociedad se procura a costa del medio ambiente y el costo que esto simboliza en relación de su propia calidad de vida. Sustentar lo opuesto, o negar esta pauta económica, conduciría precisamente a lo insensato, en el sentido de que la sociedad estaría impulsada a fomentar un desarrollo que en vez de procurarle un incremento en su calidad de vida, está guiado, a corto, mediano o largo plazo, a destrozar su propósito. Esto no es desarrollo; es autodestrucción. Las ciencias económicas no se basan en la autodestrucción social, ni la persiguen.

Estas premisas posibilitan observar con nitidez evidente que el perjuicio ambiental socialmente tolerable no es el daño que la sociedad quiere, sino el perjuicio que no puede impedirse, que la sociedad admite como indispensable para su proceso de desarrollo, por lo que, es necesario que el gasto relativo a la previsión de los daños innecesarios y el que generan los daños ambientales en general, sean obligatoriamente aceptados con el objetivo de marchar en la dirección correcta, quiere decir, con la finalidad de conservar y elevar las condiciones de vida de la colectividad y no de deteriorarlas.

La economía tradicional estimó que estos costos son causa de las externalidades, pues lesionan bienes que no conciernen a nadie o provocan perjuicios inevitables, desde que no es probable imaginar una actividad cualquiera que sea totalmente inofensiva, hablando socialmente. Es así como se incorporaban dentro de la concepción de externalidades a los daños ambientales, a los daños originados por el tiempo perdido en el

tránsito vehicular y a otros de semejante composición, respecto de los cuales nadie tiene la culpa, sino que son el costo de vivir en colectividad.

Trasladar en terceras personas, o en la colectividad, el costo del daño ambiental, es opuesto a todos los argumentos antes explicados, puesto que conlleva aceptar como correcta la proposición de que el desarrollo económico y social es autodestructivo y por tanto, discordante en sí mismo. Es aceptar como correcta la proposición de que el "contaminador" puede desplazar a la sociedad, o a los agraviados, gastos que solamente a él le conciernen, lo que equivaldría a expresar que el "contaminador" está socialmente facultado a conseguir beneficio de su actividad a costa del sacrificio de terceros, que no obstante no comparten los beneficios que con su sacrificio han contribuido a producir.

Detrás de esta tesis se asienta el amparo a la ineficiencia, ya que el desplazamiento de gastos bajo la forma de daños ambientales no es más que una manera de subsidio de facto que el contaminador adquiere para ocultar su propia ineficiencia, o conseguir mayores beneficios mal habidos, a costa de los deficiencias propias del mercado y de la ley que le son aplicable.

Las nuevas corrientes económicas admiten la inmoralidad de las externalidades ambientales y se cuestionan, por cuáles son los costos que el contaminador debe aceptar y qué dispositivos puede disponer para hacer económicamente posible y viable que los acepte. En este punto intervienen apreciaciones de todo orden, desde económicas y tecnológicas hasta sociales y estratégicas. No se trata de impedir las actividades contaminantes; sino de garantizar que las utilidades que éstas reportan alcancen para pagar los daños que ocasionan. Y como esto no solamente depende de cada contaminador, se trata de incluir dispositivos que posibiliten desplazar ese costo, de modo justo y ordenado, a quienes también se aprovechan de esa actividad perjudicial, e incluir en el comercio

de bienes y servicios, y en la conciencia de los consumidores, principios que posibiliten internalizar el real costo ambiental de generar tales bienes y servicios.

En consideración a lo expresado, no pienso que sea un principio moral y económicamente razonable que el "contaminador" solamente pague por la vía de la reparación, aquellos daños que le son asignables por dolo o imprudencia, quedando sin indemnización los daños socialmente tolerables, irrogados en el ejercicio normal de un derecho, y los no deseados, provocados por causas no aplicables al agente. Un carácter de esta naturaleza ampara actitudes opuestas al desarrollo sostenible, puesto que los costos ambientales no indemnizables bajo el sistema subjetivo de responsabilidad civil, crearán un daño social que de seguro continuará debilitando la meta de conservar y aumentar las condiciones aceptables de vida de las personas. Sin embargo, estos fundamentos deforman la función accesoria de todo mecanismo de responsabilidad civil extracontractual, de persuadir al agente de incurrir o favorecer la acción dañina, pues éste no realizará nada por reparar el daño necesario autorizado por las reglas, o el daño no imputable cuyo riesgo él mismo incorporó, ni realizará nada por procurarse los recursos que tal indemnización exija, tal como contratar un seguro, autofinanciarse una provisión por daños mediante el mayor precio de sus productos o servicios.

En estricto, el sistema de responsabilidad civil extracontractual debería entonces apuntar a fijar una recta igualdad entre el beneficio social y el daño social, principio que aplicado a la economía de las actividades humanas, debería implicar que éstas consagren, como finalidad, aceptar todos los costos de previsión posibles, y reparar aquellos daños respecto de los cuales sea menos oneroso pagarlos que impedirlos. El punto de igualdad es la clave, y para fijarlo deben tenerse en cuenta no sólo principios económicos sino también tecnológicos, de mercado, sociales, éticos, morales, espaciales y temporales.

Estos propósitos no llegan a ser satisfechos apropiadamente en un sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual, excepto que se le asocien con reglas que correspondientemente obliguen al "contaminador" la responsabilidad de pagar derechos por "licencia de contaminación" -cuyo costo repare el daño socialmente permitido por las mismas; derechos por utilización de recursos naturales renovables -cuyo costo repare no sólo el coste del recurso sino la plusvalía precisa para restituirlo-, o impuestos a la contaminación o la degeneración del ambiente; mecanismos todos que tendrían aplicación donde el sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual no da solución alguna.

Menos sensato parece que se libre de responsabilidad al sujeto que con motivo de la necesidad de retirar un riesgo inminente, perjudique a terceros para evitar un peligro o aminorar un daño. La norma ha formado en esta conjetura una invento de corzo para trasladar sin motivo justo el gasto económico del daño a la víctima; ha formado la posibilidad de que la adversidad, inicialmente encaminada hacia un individuo, sea astutamente desplazada a otro a través de un daño necesario que el primero le ocasiona, para impedírselo a sí mismo. No se refuta la posibilidad legítima de actuar en situación de necesidad. Lo sensato es que en este supuesto, se libre al agente de la responsabilidad penal y administrativa, pero no de la económica. Peligroso es imaginar que en similar circunstancia puede hallarse la comunidad entera, con relación a los daños ambientales provocados por una situación de necesidad.

9. SISTEMA OBJETIVO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD¹⁰⁵

El derecho peruano, aparte de consagrar el sistema subjetivo de responsabilidad civil, acoge el sistema de responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado. Como quiera que un procedimiento de responsabilidad

¹⁰⁵ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

de esta índole se sustente en algunas apreciaciones de orden subjetivo que lo respaldan, no lo creo un sistema totalmente objetivo en su concepción, aunque sí en su aplicación.

Precisamente por este motivo, no observo que el sistema de responsabilidad extracontractual por riesgo creado cubra todos los supuestos de daño ambiental posibles ni asegure, de idéntica manera, que todos los daños ambientales ocasionados sean indemnizados. No obstante, creo que el sistema de responsabilidad por riesgo creado y riesgo provecho es internamente justo, a causa de que desplaza el costo económico del daño provocado a quien introduce el peligro o se beneficia de él. En tal sentido, no considero cauteloso que la responsabilidad civil extracontractual deba objetivarse todavía más, ya que sería tan injusta con relación al agente, como lo es el sistema subjetivo en relación a la víctima, cuando el daño se origina por sucesos extraordinarios, imprevistos e irresistibles, con la sola, pero esencial distinción, de que en un caso la injusticia la consagraría la ley y en el otro caso, sería causa de la adversidad.

No obstante lo mencionado, creo que el sistema de responsabilidad civil por riesgo creado en nuestro país, tiene peculiaridades que lo hacen defectuoso e inclusive, logran a deformarlo, en razón de lo cual tal sistema no brinda suficiente defensa al derecho de indemnización de las víctimas con relación a ciertos daños ambientales que primeramente, debería estar protegido con este sistema de responsabilidad. Por tanto, como ya he explicado en párrafos anteriores de esta investigación, en el Perú es necesario que haya un comportamiento antijurídico, como consideración previa al estudio de cualquier responsabilidad, ya se trate del sistema subjetivo de responsabilidad o del sistema objetivo del riesgo creado. El equívoco del legislador consiste en haber excluido de responsabilidad al agente que obra en el ejercicio normal de un derecho, sin especificar que dicha situación liberatoria es solamente asignable al sistema subjetivo, no debiendo aplicarse en la teoría del riesgo.

Librar al agente de responsabilidad cuando obra en el ejercicio normal de un derecho no es más que una forma de deformar la teoría del riesgo, debida cuenta que la base en el que ésta se asienta es la igualdad social, que admite como justa y razonable la solución de desplazar la carga patrimonial del daño a quien originó el riesgo de que éste se ocasione, o se beneficia del mismo para su propio provecho. Desde este pensamiento, no tiene ningún significado reclamar como condición agregada, que el comportamiento sea antijurídico, ya que el objeto de ese sistema de responsabilidad no es desplazar la carga patrimonial al que acciona contra las normas, sino al que origina el riesgo.

10. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA¹⁰⁶

El procedimiento de responsabilidad por riesgo creado se apoya en argumentos de corte subjetivo, que son las que sostienen la justicia del sistema. Dichos argumentos son, los mismos que la doctrina describe al explicar la teoría del riesgo. El principio primordial estriba en que quien origina un riesgo de daño o se aprovecha de él, lo realiza con conocimiento de causa y sabiendo de la peligrosidad del bien o acción en cuestión, por lo que es preciso que además afronte el gasto económico de los perjuicios cuyo riesgo o peligro él mismo ha causado.

La culpa implícita en la responsabilidad por riesgo creado, solamente es uno de los pilares de esta teoría, cuyo objetivo es probar la justicia del sistema, en contradicción al férreo e inhumano sistema objetivo puro, que no presenta más apoyo que un sencillo nexo causal, sin que de éste pueda deducirse alguna igualdad en la solución económica designada.

Tal culpa no implica antijuricidad, porque la responsabilidad originada del riesgo creado se emplea objetivamente, sin interesar los motivos que

¹⁰⁶ Enrique Ferrando, La responsabilidad por daño ambiental en el Perú, en el Programa del Derecho Ambiental del PNUMA para América Latina y el Caribe 1995, pág 487 y sig. En www.pnuma.org

impulsaron o llevaron al agente a originar el riesgo, y sin interesar si el riesgo o peligro, es o no antijurídico. Si dicho riesgo o peligro fuera antijurídico y tal situación fuera aplicable al agente, se emplearía el sistema subjetivo de responsabilidad, que en el nuestro país convive con el otro. Pero, de no intervenir el componente subjetivo, la situación se soluciona utilizando el sistema de riesgo creado, independientemente de la antijuricidad del riesgo o peligro provocado.

Acerca las particularidades que la teoría del riesgo presenta en el Perú, es significativo realizar ciertas precisiones. El art. 1970 del Código Civil menciona literalmente 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 la enunciación jurídica de esta norma no se deduce textualmente que en el Perú se recoja el sistema de responsabilidad por riesgo provecho. El precepto parece referirse exclusivamente al riesgo creado, el mismo que en fundamento es más extenso, o por así decirlo, más objetivo, que el riesgo provecho, puesto que en el primero sólo es preciso introducir el riesgo mientras que en el segundo se necesita, también, conseguir algún beneficio, sin el cual, no existe responsabilidad, por más riesgo que el agente haya originado.

No obstante, un estudio más minucioso del art. 1970 del Código Civil ayuda a determinar que el precepto se refiere al bien riesgoso o peligroso o la acción riesgosa o peligrosa, como medio o herramienta para el daño, por lo que emplea oraciones como "aquel que mediante un bien o por el ejercicio de una actividad". En otras palabras, no basta la sola existencia del bien riesgoso o peligroso, o la acción riesgosa o peligrosa, éstos no son fuentes de responsabilidad por el hecho de ser riesgosos o peligrosos. Se necesita un comportamiento que fundado en el bien riesgoso o peligroso o en la acción riesgosa o peligrosa, produzca un daño, aunque este efecto no haya sido querido por el agente responsable.

Se sostiene que la conducta inmersa en el art. 1970 del Código Civil es el acto consciente y deliberado de introducir un riesgo o peligro de daño, ya sea a través de un bien, que por sus características es riesgoso o peligroso, o a través del ejercicio de una actividad igualmente riesgosa o peligrosa. El origen del beneficio no es lo relevante, pero es la razón que, con carácter iuris et de iure, está inmerso en el art. 1970 del Código Civil, en virtud del cual se asigna responsabilidad al agente. Aceptar el fundamento del beneficio, tampoco limita ni restringe los alcances del art. 1970 del Código Civil a la existencia real de tal provecho o beneficio, pues no constituye este elemento una condición expresa de la responsabilidad por riesgo creado contemplada por la norma.

Entre los demás fundamentos que garantizan el sistema de responsabilidad civil por riesgo creado se encuentran la aptitud que tiene el que crea el riesgo o peligro de asumir el costo económico del daño, en relación a la víctima, y la mayor eficacia económica de esa solución en relación a otras, por sus bajos gastos de transacción.

Es válido decir que el agente está mejor posicionado que las víctimas, de asumir el costo de la reparación, pues siendo previsible y conocido el riesgo o peligro, el agente puede contratar un seguro de responsabilidad contra esos riesgos y puede también incluir en sus costos una provisión para responder a las contingencias de daños.



CAPITULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS DE LA ENCUESTA APLICADA A MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE AREQUIPA

1. PRESENTACIÓN

La población y muestra consideradas en la presente investigación fueron los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa que vertieron su opinión acerca de la problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, los mismos que con sus opiniones nos refirieron los alcances legales que traería consigo la regulación en nuestra legislación de la responsabilidad civil por daño ambiental.

Una vez evaluada las opiniones respectivas, se estuvo en condición de determinar cuál es el porcentaje de personas encuestadas que se encuentran a favor de regular la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico y las razones por las cuales se debe amparar dicha regulación, para finalmente determinar las implicancias legales de ello.

Finalmente debemos indicar que por razones de operatividad se recogió aquellas opiniones más relevantes que tuvieran una relación estrecha con nuestro tema de investigación, es así que los datos recogidos y procesados de acuerdo con las variables e indicadores fueron sometidos a medición, todo lo cual nos ha permitido elaborar los cuadros y diseños que presentamos a continuación para luego poder efectuar el análisis e interpretación de los datos que contrastados con la hipótesis formulada nos permitió elaborar las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

CUADRO N° 1

**ESTÁ ÚSTED DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	35	97	32	164	82
No	5	23	8	36	18
Subtotal	40	120	40	200	100

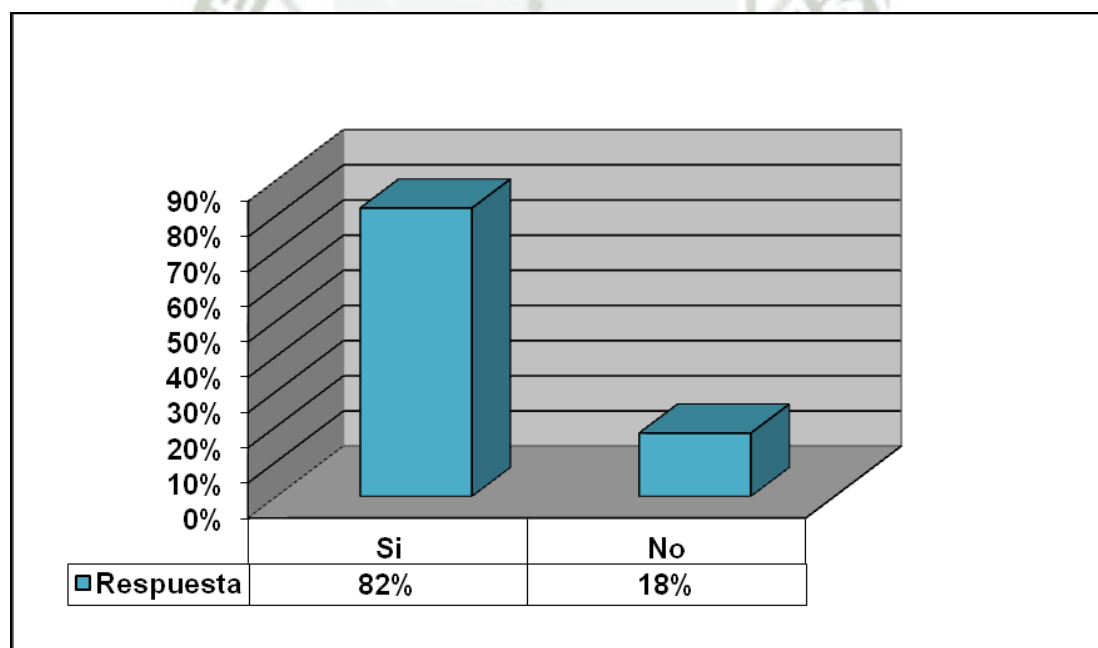
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este primer cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 82% de los encuestados si están de acuerdo con la aplicación de la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro sistema normativo, mientras que el 18% de dichos encuestados no se encuentran de acuerdo con ello.

GRÁFICO N° 1

**ESTÁ ÚSTED DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 2
**RAZONES POR LAS QUE ESTAN DE ACUERDO O NO CON LA APLICACIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**

Razones	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Porque si: Se garantizará la reparación del daño ambiental debidamente	20	53	20	93	47
Porque si: Se garantizará la protección del medio ambiente	15	44	12	71	36
Porque no: No existen los criterios normativos para su aplicación	3	16	4	23	11
Porque no: Nuestro sistema jurídico no es idóneo para ello	2	7	4	13	6
Subtotal	40	120	40	200	100

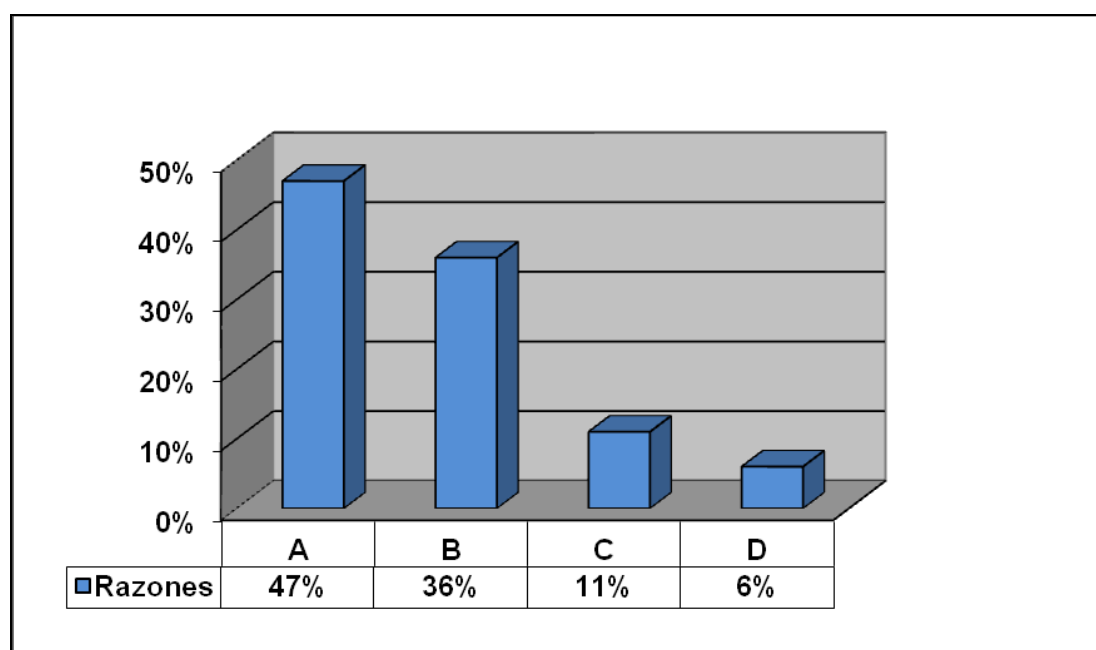
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este segundo cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre las razones por las que están de acuerdo o no con la aplicación de la responsabilidad civil por daño ambiental; tenemos que el 47% de los encuestados si están de acuerdo, porque se garantizará la reparación, el 36% porque se garantizará la protección; mientras el 11% no, porque no existen criterios normativos para su aplicación y el 6 % tampoco porque nuestro sistema jurídico no es idóneo para ello.

GRÁFICO N° 2

**RAZONES POR LAS QUE ESTAN DE ACUERDO O NO CON LA APLICACIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: Se garantizará la reparación del daño ambiental debidamente

B: Se garantizará la protección del medio ambiente

C: No existen los criterios normativos para su aplicación

D: Nuestro sistema jurídico no es idóneo para ello

CUADRO N° 3

**CONOCE ÚSTED CUALES SON LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	38	95	36	169	85
No	2	25	4	31	15
Subtotal	40	120	40	200	100

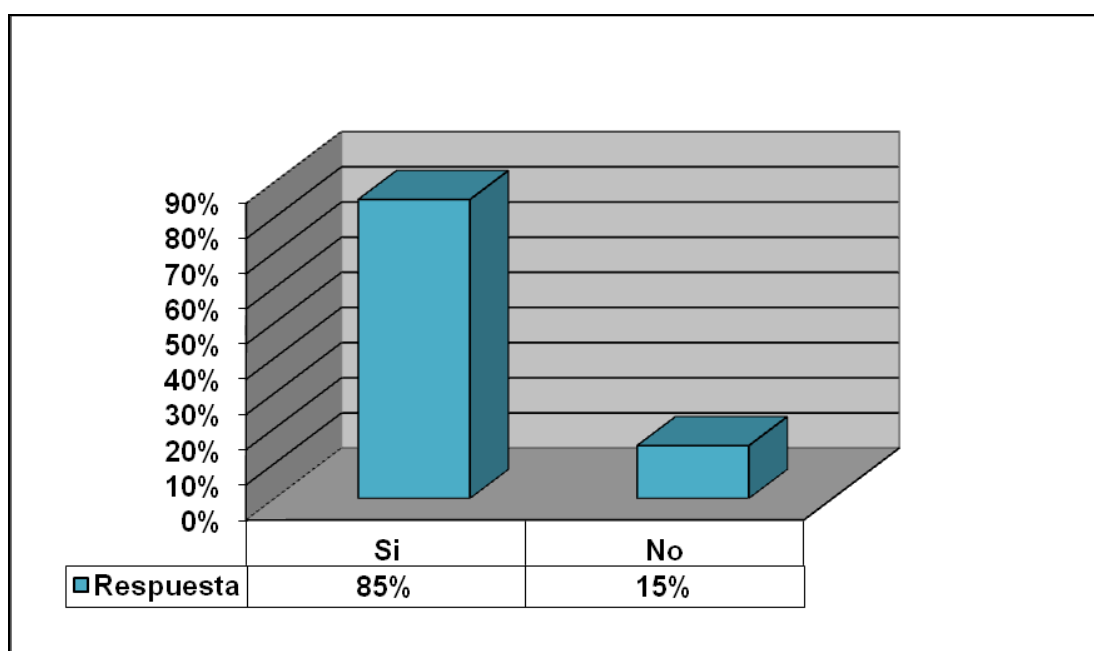
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este tercer cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 85% si conoce los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental, mientras que un 15% no los conoce.

GRÁFICO N° 3

CONOCE ÚSTED CUALES SON LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 4

PROBLEMAS QUE PRESENTA LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

Problemas	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
No hay una adecuada valorización de los daños	16	42	14	72	43
Existen vacíos y lagunas normativas	12	33	12	57	34
No hay una adecuada carga de la prueba	10	20	10	40	23
Subtotal	38	95	36	169	100

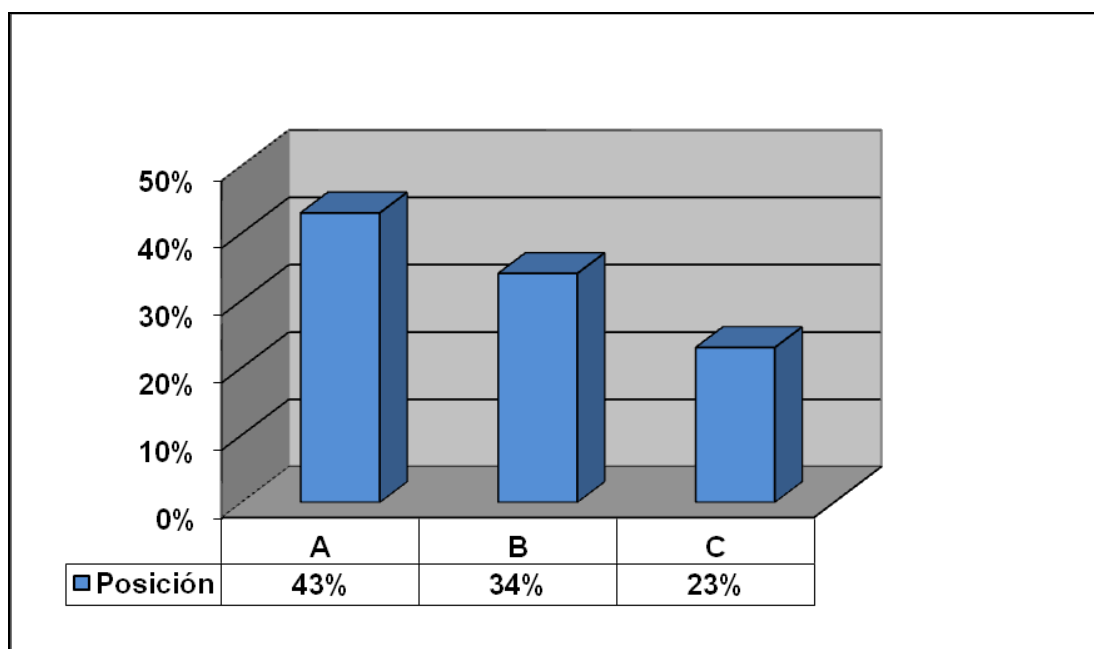
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este cuarto cuadro tenemos que de las 169 encuestas de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental; tenemos que el 43% opina que no hay una adecuada valorización de los daños, el 34% porque existen vacíos y lagunas normativas y el 23% porque no hay una adecuada carga de la prueba.

GRÁFICO N° 4

**PROBLEMAS QUE PRESENTA LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO
AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: No hay una adecuada valorización de los daños

B: Existen vacíos y lagunas normativas

C: No hay una adecuada carga de la prueba

CUADRO N° 5

**ESTÁ ÚSTED DE ACUERDO CON LA REGULACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	35	97	32	164	82
No	5	23	8	36	18
Subtotal	40	120	40	200	100

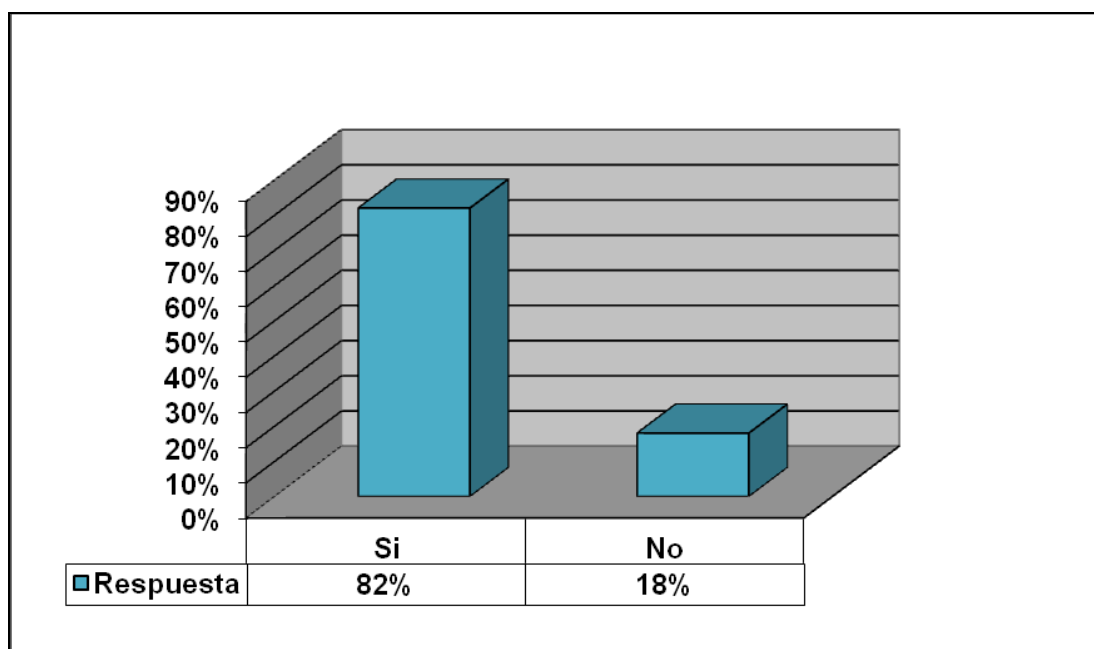
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este quinto cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 82% está de acuerdo con la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental, mientras que el 18% no lo está..

GRÁFICO N° 5

**ESTÁ ÚSTED DE ACUERDO CON LA REGULACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 6

**RAZONES PORQUE ESTÁ DE ACUERDO CON LA REGULACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**

Razones	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Porque si: Se indemnizará debidamente la reparación del daño ambiental	20	53	20	93	47
Porque si: Se sancionará drásticamente a los responsables	15	44	12	71	36
Porque no: No existen argumentos normativos para su regulación	3	16	4	23	11
Porque no: No existen bases jurídicas para su adecuada regulación	2	7	4	13	6
Subtotal	40	120	40	200	100

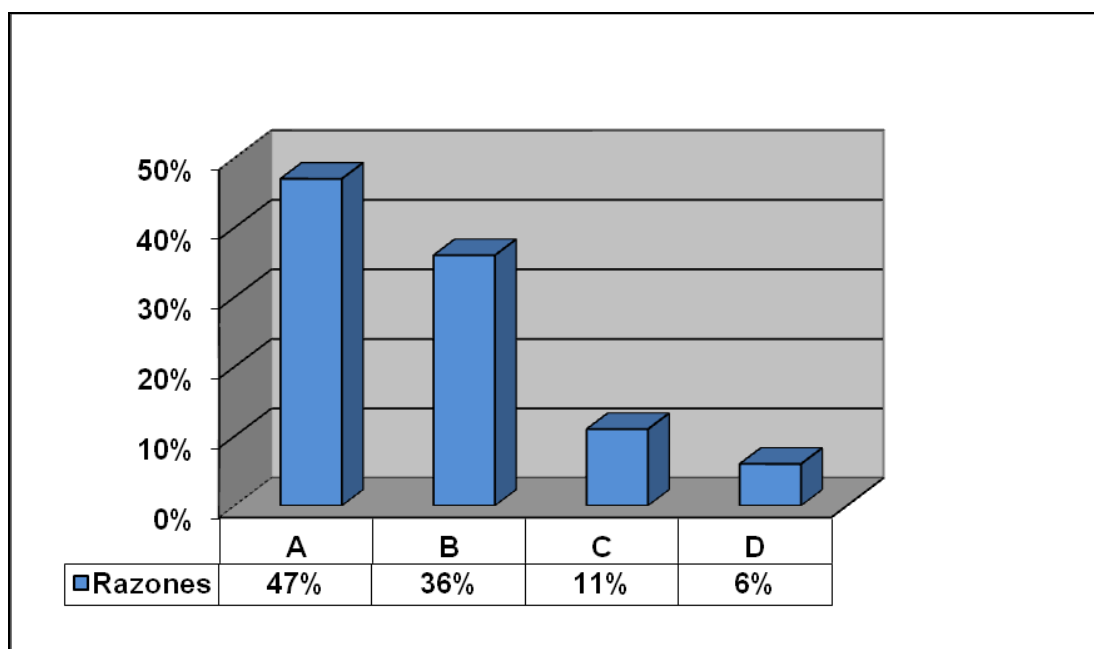
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este sexto cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre las razones por las que están de acuerdo en la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental; tenemos que el 47% de los encuestados si están de acuerdo, porque se indemnizará debidamente la reparación del daño ambiental, el 36% porque se sancionará drásticamente a los responsables; mientras el 11% no está de acuerdo, porque no existen argumentos normativos para su regulación y el 6 % tampoco no existen bases jurídicas para su adecuada regulación.

GRÁFICO N° 6

**RAZONES PORQUE ESTÁ DE ACUERDO CON LA REGULACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: Se indemnizará debidamente la reparación del daño ambiental
B: Se sancionará drásticamente a los responsables
C: No existen argumentos normativos para su regulación
D: No existen bases jurídicas para su adecuada regulación

CUADRO N° 7

**CONOCE ÚSTED CUÁLES SON LOS BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	38	95	36	169	85
No	2	25	4	31	15
Subtotal	40	120	40	200	100

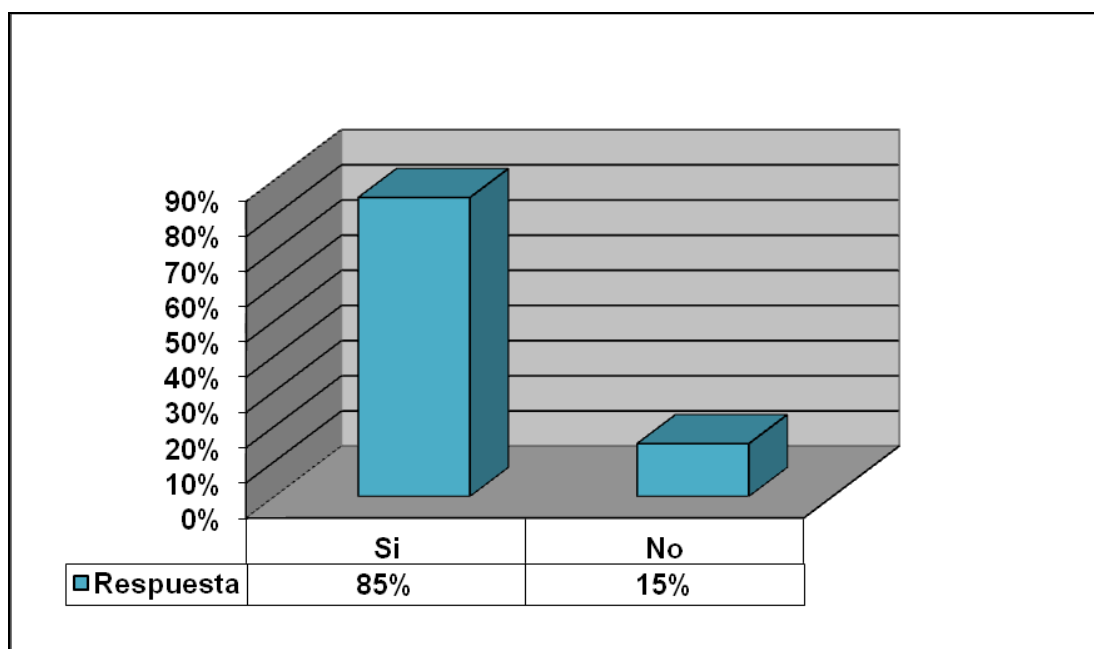
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este séptimo cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 85% conoce los beneficios de la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental, mientras que el 15% no los conoce.

GRÁFICO N° 7

**CONOCE ÚSTED CUÁLES SON LOS BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 8
**BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
DAÑO AMBIENTAL**

Beneficios	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Permitirá la adecuada valorización de los daños	16	42	14	72	43
Permitirá llenar los vacíos y lagunas normativas	12	33	12	57	34
Permitirá una adecuada carga de la prueba	10	20	10	40	23
Subtotal	38	95	36	169	100

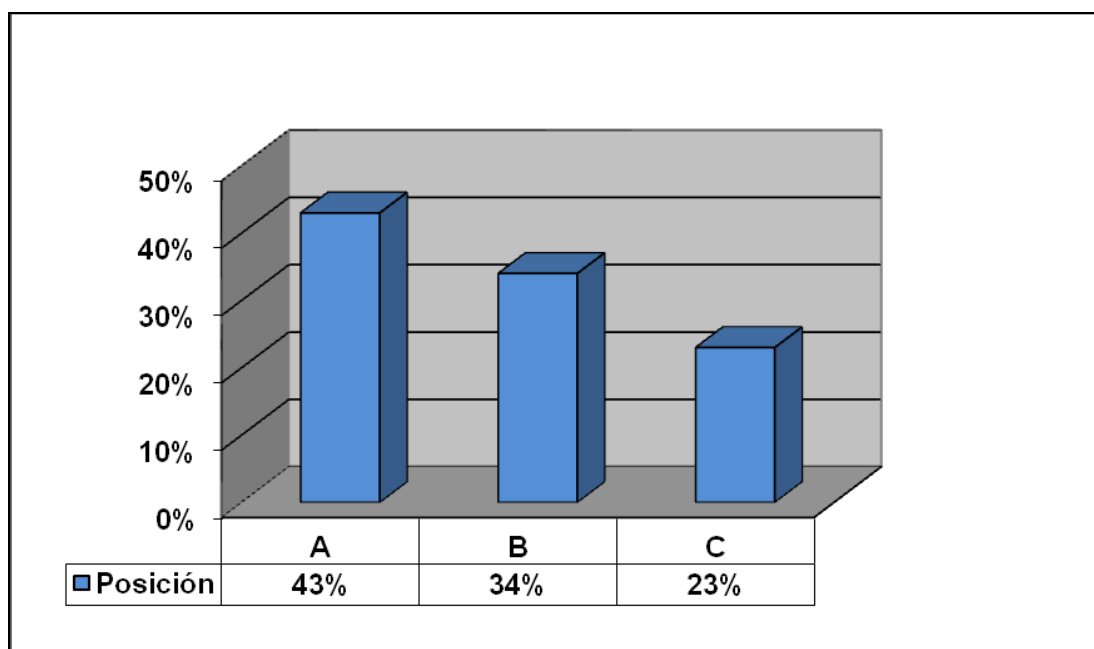
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este octavo cuadro tenemos que de las 169 encuestas de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre los beneficios de la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental; tenemos que el 43% opina que permitirá la adecuada valorización de los daños, el 34% porque permitirá llenar los vacíos y lagunas normativas y el 23% porque permitirá una adecuada carga de la prueba.

GRÁFICO N° 8

**BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
DAÑO AMBIENTAL**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: Permitirá la adecuada valorización de los daños

B: Permitirá llenar los vacíos y lagunas normativas

C: Permitirá una adecuada carga de la prueba

CUADRO N° 9
**CONSIDERA ÚSTED QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
PROTEGE EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	12	20	10	42	21
No	28	100	30	158	79
Subtotal	40	120	40	200	100

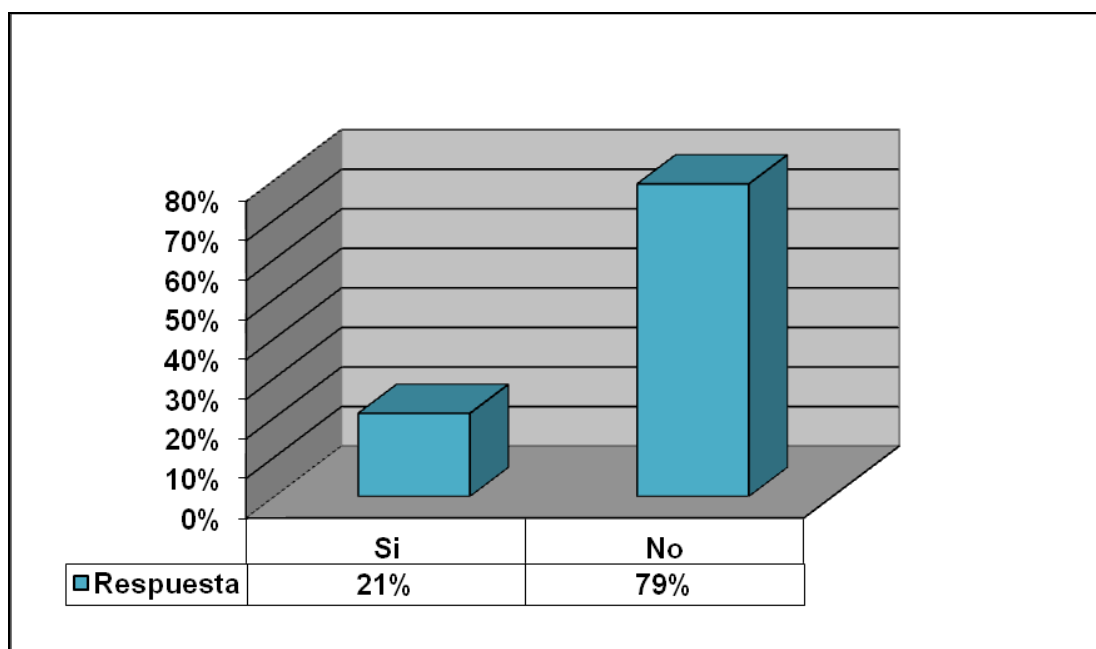
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este noveno cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 79% no considera que el ordenamiento jurídico peruano protege el derecho a un ambiente sano, mientras que el 21% no lo considera.

GRÁFICO N° 9

**CONSIDERA ÚSTED QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
PROTEGE EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 10

**RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA O NO QUE EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO PROTEGE EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

Razones	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Porque si: Las nuevas normas sobre medio ambiente garantizan ello	8	10	6	24	12
Porque si: Los organismos gubernamentales son más eficaces	4	10	4	18	9
Porque no: La carencia de un adecuado sistema de responsabilidad	15	70	20	105	53
Porque no: Las políticas ambientales en el Perú son inadecuadas	13	30	10	53	26
Subtotal	40	120	40	200	100

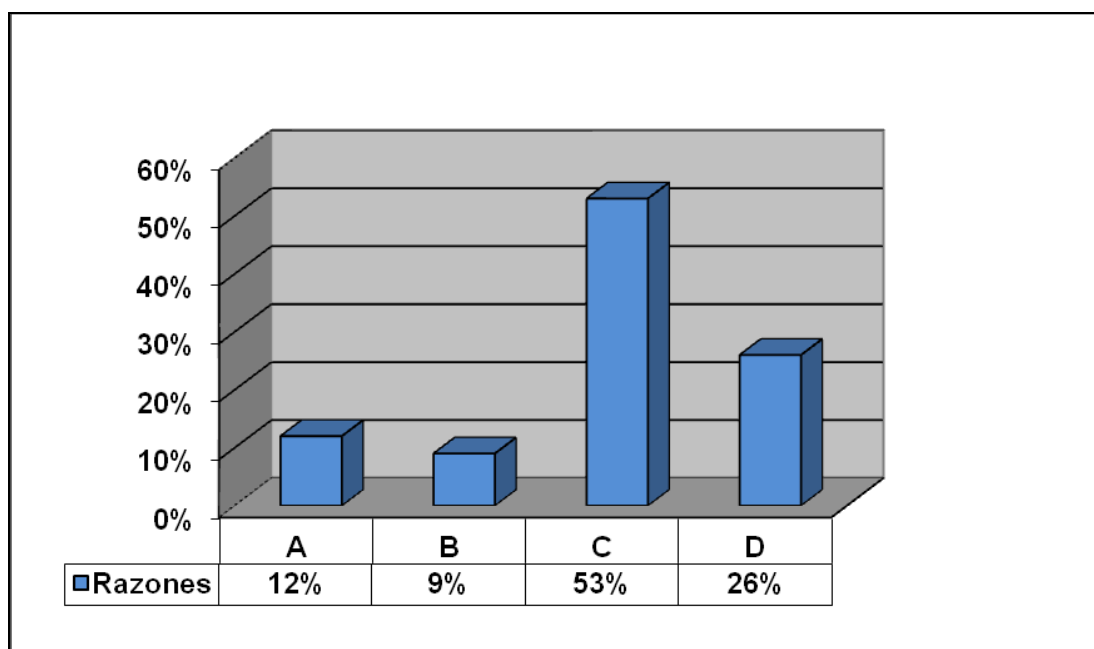
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este décimo cuadro tenemos que de las 200 encuestas de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre las razones por las que considera o no que el ordenamiento jurídico peruano protege el derecho a un ambiente sano; tenemos que el 53% de los encuestados no está de acuerdo, por la carencia de un adecuado sistema de responsabilidad, tampoco el 26% porque las políticas ambientales del Perú son inadecuadas; mientras el 12% si está de acuerdo porque las nuevas normas sobre el medio ambiente lo garantizan y el 9 % porque los organismos gubernamentales son más eficaces.

GRÁFICO N° 10

**RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA O NO QUE EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO PROTEGE EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: Las nuevas normas sobre medio ambiente garantizan ello
B: Los organismos gubernamentales son más eficaces
C: La carencia de un adecuado sistema de responsabilidad
D: Las políticas ambientales en el Perú son inadecuadas

CUADRO N° 11

**CONOCE ÚSTED CUALES SON LOS MEDIOS IDÓNEOS PARA GARANTIZAR
EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	34	108	32	174	87
No	6	12	8	26	13
Subtotal	40	120	40	200	100

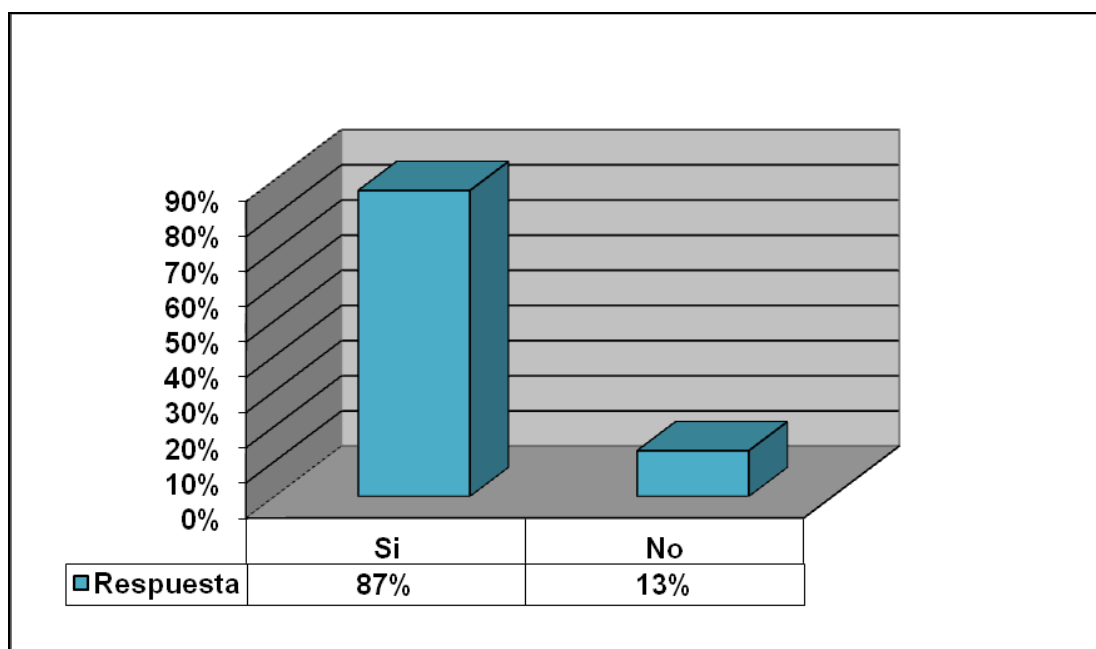
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este undécimo cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 87% conoce los medios idóneos para garantizar el derecho a un ambiente sano, mientras que el 13% no los conoce.

GRÁFICO N° 11

**CONOCE ÚSTED CUALES SON LOS MEDIOS IDÓNEOS PARA GARANTIZAR
EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 12

**LOS MEDIOS IDÓNEOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE
SANO**

Medios	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Crear un sistema de reparación de daños ambientales	20	68	16	104	60
Reestructurar las políticas medio ambientales planeadas por el Estado	4	12	6	22	13
Crear una adecuada valoración de los daños ambientales	10	28	10	48	27
Subtotal	34	108	32	174	100

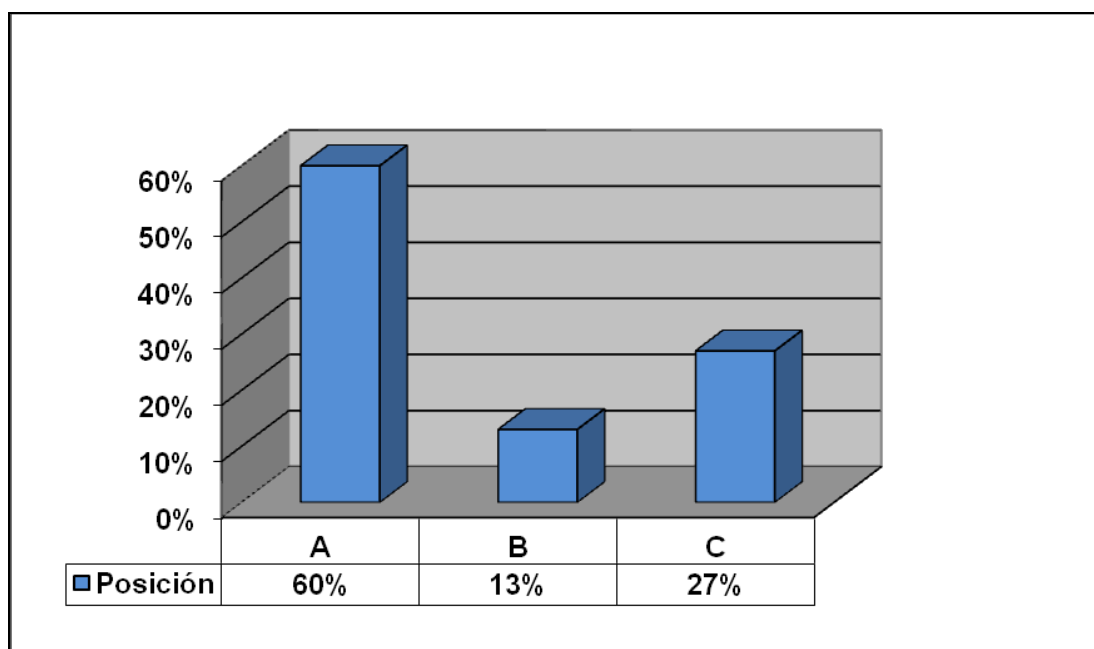
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este duodécimo cuadro tenemos que de las 174 encuestas de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre los medios idóneos para garantizar el derecho a un ambiente sano; tenemos que el 60% opina crear un sistema de reparación de danos ambientales; el 27%, crear una adecuada valoración de los danos ambientales y el 13% opina reestructurar las políticas medio ambientales planeadas por El Estado.

GRÁFICO N° 12

LOS MEDIOS IDÓNEOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE
SANO



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: Crear un sistema de reparación de daños ambientales

B. Reestructurar las políticas medio ambientales planeadas por el Estado

C: Crear una adecuada valoración de los daños ambientales

CUADRO N° 13

**CONSIDERA ÚSTED QUE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO
AMBIENTAL PROTEGERÍA EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	28	100	30	158	79
No	12	20	10	42	21
Subtotal	40	120	40	200	100

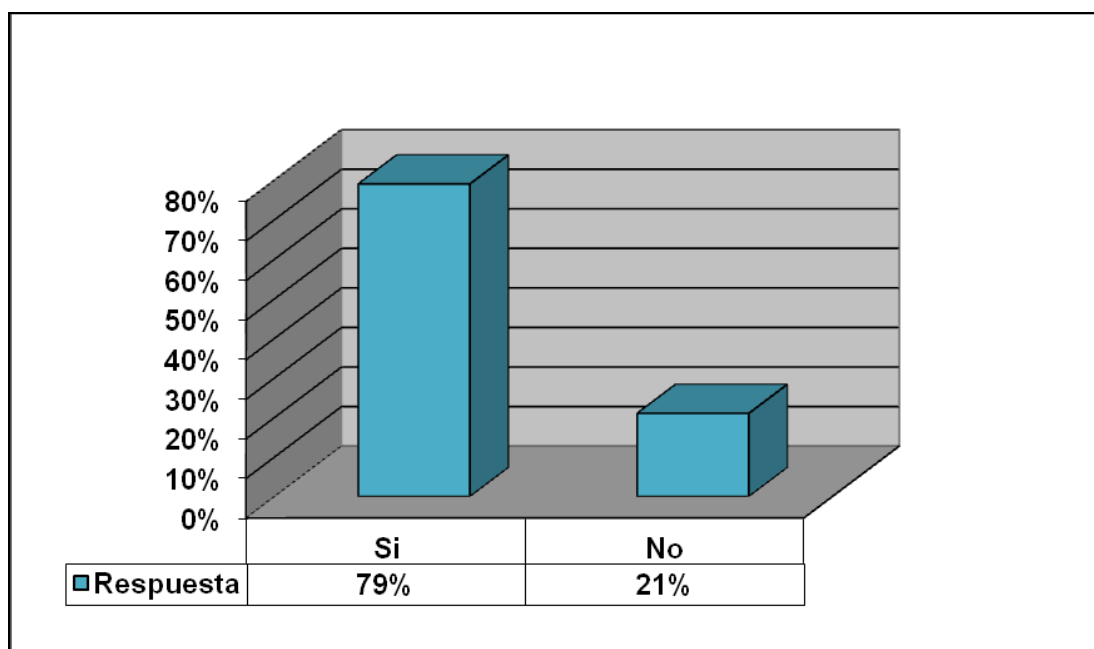
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este decimotercero cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 79% considera que la responsabilidad civil por daño ambiental protegería el derecho a un ambiente sano, mientras que el 21% no lo considera.

GRÁFICO N° 13

**CONSIDERA ÚSTED QUE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO
AMBIENTAL PROTEGERÍA EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 14

**RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA O NO QUE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL PROTEGERÍA EL DERECHO A UN AMBIENTE
SANO**

Razones	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Porque si: Dicho sistema de responsabilidad civil permitirá que no seguir afectando el ambiente	15	70	20	105	53
Porque si: Las políticas ambientales serán mejor encaminadas con dicha responsabilidad	13	30	10	53	26
Porque no: El sistema civil peruano no está preparado para dicho cambio	8	10	6	24	12
Porque no: Dicho sistema de responsabilidad no garantiza un ambiente idóneo	4	10	4	18	9
Subtotal	40	120	40	200	100

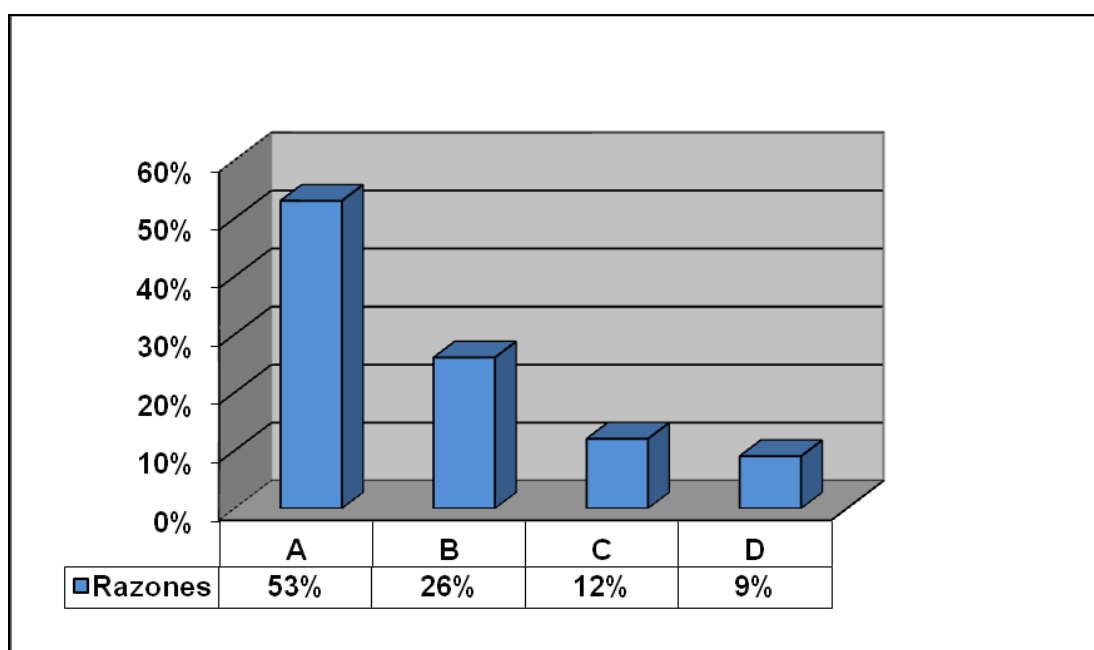
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este decimocuarto cuadro tenemos que de las 200 encuestas de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre las razones por las que considera o no que el ordenamiento jurídico peruano protege el derecho a un ambiente sano; tenemos que el 53% de los encuestados si está de acuerdo, porque dicho sistema de responsabilidad civil permitirá que no se siga afectando el ambiente, el 26% porque las políticas ambientales serán mejor encaminadas con dicha responsabilidad; mientras el 12% no está de acuerdo porque el sistema civil peruano no está preparado para dicho cambio y el 9 % porque dicho sistema de responsabilidad no garantiza un ambiente idóneo.

GRÁFICO N° 14

**RAZONES POR LAS QUE CONSIDERA O NO QUE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL PROTEGERÍA EL DERECHO A UN AMBIENTE
SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: Dicho sistema de responsabilidad civil permitirá que no seguir afectando el ambiente
B: Las políticas ambientales serán mejor encaminadas con dicha responsabilidad
C: El sistema civil peruano no está preparado para dicho cambio
D: Dicho sistema de responsabilidad no garantiza un ambiente idóneo

CUADRO N° 15

**CONOCE ÚSTED FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

Respuesta	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
Si	34	108	32	174	87
No	6	12	8	26	13
Subtotal	40	120	40	200	100

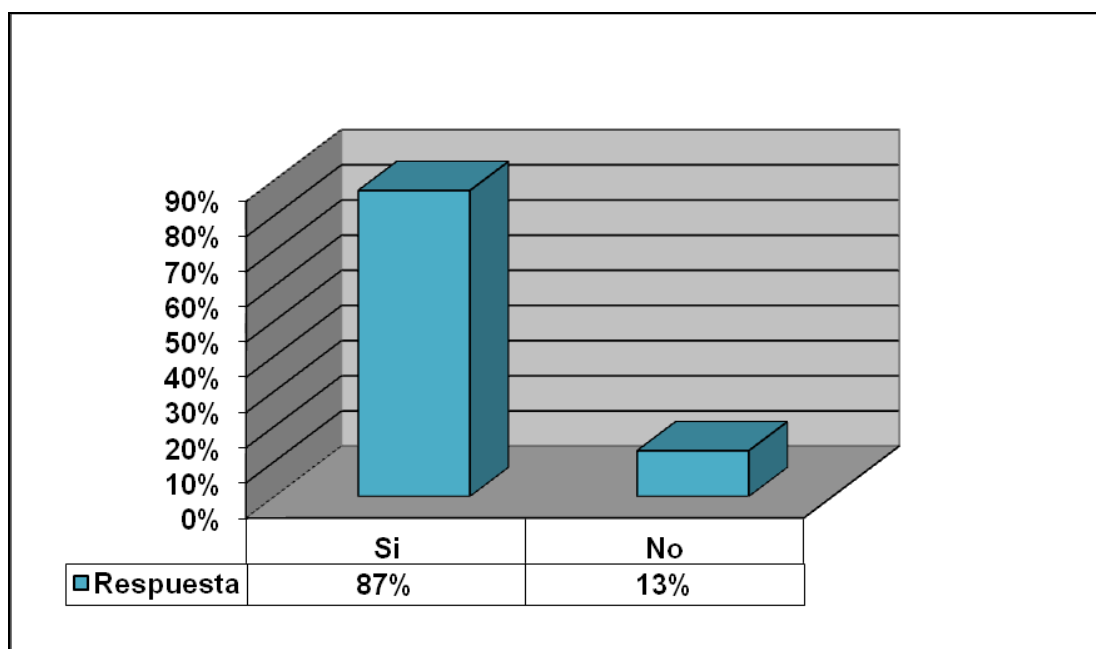
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este decimoquinto cuadro tenemos que de las 200 encuestas muestrales de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013; el 87% conoce las formas de protección de la responsabilidad civil para garantizar el derecho a un ambiente sano, mientras que el 13% no los conoce.

GRÁFICO N° 15

**CONOCE ÚSTED FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

CUADRO N° 16

**LAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA
GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**

Formas	Ministerio Público	Abogados	Poder Judicial	Total	%
El daño emergente, el lucro cesante, el daño moral	20	68	16	104	60
El riesgo creado, riesgo provecho y las cosas actividades peligrosas	4	12	6	22	13
Los daños comprendidos, actuales y futuros; previsibles e imprevisibles	10	28	10	48	27
Subtotal	34	108	32	174	100

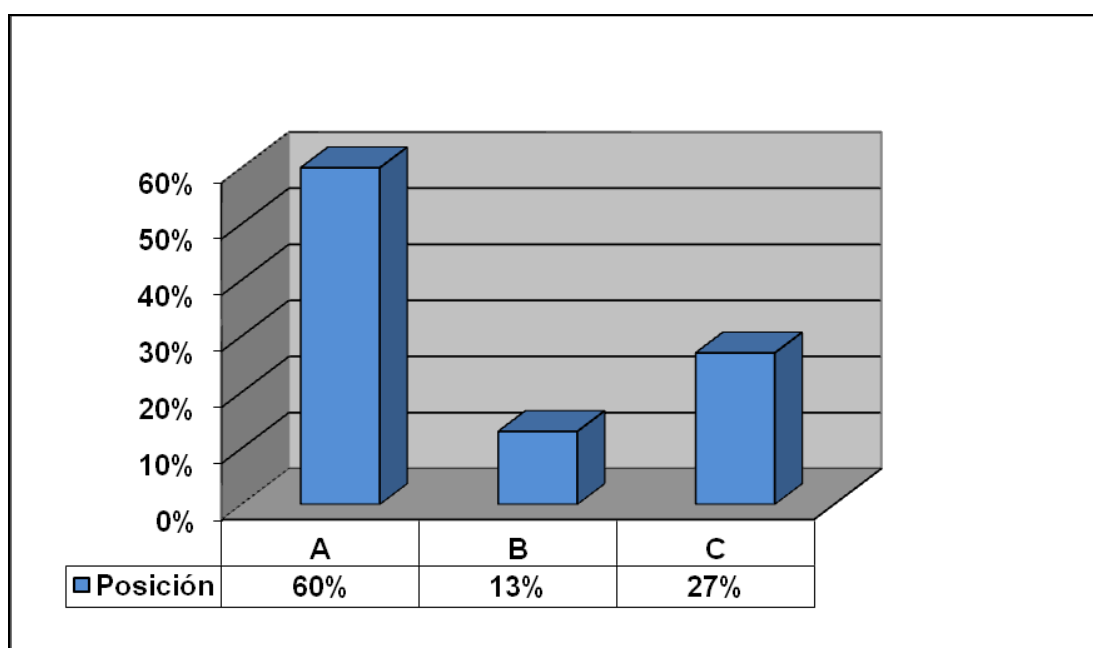
Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

INTERPRETACION.-

En este decimosexto cuadro tenemos que de las 174 encuestas de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013, sobre el conocimiento de las formas de protección de la responsabilidad para garantizar el derecho a un ambiente sano; tenemos que el 60% conoce el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral; el 27%, conoce los danos comprendidos, actuales y futuros; previsibles e imprevisibles y el 13% conoce el riesgo creado, riesgo provecho y las cosas o actividades peligrosas.

GRÁFICO N° 16

**LAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA
GARANTIZAR EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO**



Fuente: Información obtenida por el investigador de los Magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa en el año 2013

A: El daño emergente, el lucro cesante, el daño moral

B: El riesgo creado, riesgo provecho y las cosas actividades peligrosas

C: Los daños comprendidos, actuales y futuros; previsibles e imprevisibles

3. INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS

El medio ambiente es todo lo que la naturaleza ha producido y produce, con concurrencia o no, de la acción del ser humano. De tal forma, cualquier acción o participación del hombre se traduciría en acciones o participaciones «naturales» porque se incluyen en el camino ya trazado por un ambiente encontrado y no alterado; pero continuamente enriquecido por valores históricos y culturales, en el cual el hombre («centro» del sistema ecológico, pero a la vez destinatario de las respuestas de un hábitat así requerido) aseguraría su supervivencia y desarrollo de su propia persona. Alpa Guido citado por Espinoza Espinoza, sostiene que el ambiente es un valor en conjunto, tiene una base material, pero, es en sí mismo un valor.

La acción de responsabilidad civil extracontractual sobre daño ambiental se halla determinada en la Constitución Política del Perú en su artículo 123 señala que “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”. Proporcionar un derecho significa proporcionar una acción: un derecho sin acción para protegerse sería llanamente una declaración poética. Por ende, si la Constitución ha usado el vocablo derecho y la ha relacionado a todos (quiere decir, a cada uno de los ciudadanos), hay que pensar que cualquier persona afectada puede responder contra quienes alteren su derecho, sean particulares o el propio estado.

Así también, en el art. I del T.P. de la Ley General del Ambiente, indica que “Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la

diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.

En seguida, el art. IV Título Preliminar de la Ley General del Ambiente (LGA) establece que: “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”.

Espinoza Espinoza, sostiene que el derecho a un ambiente sano es un interés difuso, toda vez que constituye un derecho que perteneciendo aún al individuo y pudiendo relevar en vía autónoma, se pone una dimensión supraindividual, que no contradice su naturaleza privada, esto quiere decir que pertenece a “todos en general y a nadie en particular” y como consecuencia de tal derecho lo hace más digno de protección.

La legitimidad para obrar respecto al daño ambiental, está establecido en el Código Procesal Civil en su artículo 82° con una ampliación, y no con un aspecto excluyente, en el artículo 143° de la Ley General del Ambiente, donde se estima que “cualquier persona natural o jurídica está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente ley.”, dándole legitimidad a las personas naturales para interponer una acción y no solamente al Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas y/o Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental.

Álvarez Perdigón en su artículo “La Responsabilidad Civil Ambiental como Método de Conservación y Protección del Medio Ambiente” ,señala que la responsabilidad ambiental como rama del Derecho, manifiesta una estrecha

y clara relación con otras materias jurídicas, por ende esta puede ser atendida de tres formas, ya sea por la responsabilidad Administrativa, Penal y Civil.

- La Responsabilidad Administrativa: La podemos entender como aquella acción u omisión infractora, de la cual nace una obligación de reparar el daño ambiental causado, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes. La cual se activa siempre que se violen las disposiciones de las normas administrativas en las que se impone a los administrados la realización o abstención de determinados actos. Este tipo de responsabilidad a diferencia de la responsabilidad civil ambiental, no depende de la existencia del daño, esto en base al Principio Precautorio. Andía Chávez, sostiene que la administración de justicia ambiental se efectúa e aplicación del principio precautorio, para prevenir y evitar daño ambientales, por eso es preventiva y protectora del ambiente en la que debe prevenir el régimen de autorización y control de licencias de funcionamiento de ciertas actividades que prevén los efectos ambientales de las actividades económicas para reducir o eliminar el impacto negativo en el medio ambiente que perjudican la salud de la comunidad.
- La Responsabilidad Penal Ambiental: Andía Chávez sostiene que la justicia penal ha establecido señalando una gama de posibilidades para el infractor de leyes ambientales y la aplicación de penas de acuerdo a la gravedad del hecho delictuoso cometido. En la concepción del nuevo derecho penal del ambiente, se ha encontrado reconocimiento, por primera vez, como bienes jurídicos supranacionales autónomos, el espacio biológico vital del ser humano. El Código Penal Peruano tipifica estos ilícitos como delitos contra la ecología, señalando las correspondientes sanciones en el artículo 304 (Contaminación Ambiental) y el artículo 305 (Formas Agravadas).

- Responsabilidad Civil Ambiental: Álvarez Perdigón, sostiene que esta responsabilidad, se concretiza en el daño ambiental sufrido por una persona determinada, en su propia persona como consecuencia de la contaminación de un elemento ambiental (Intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminada por una industria) o cuando se producen daños a sus bienes (muerte de caballería por contaminación de plomo en aguas; muerte de peces, por contaminación de residuos de un río). Por su parte dicha responsabilidad presenta una naturaleza esencialmente resarcitoria, lo que permite que los efectos causados por el daño ambiental sean compensados. Con el objetivo de que el bien afectado sea resarcido a su titular en el estado que se encontraba antes de efectuarse el daño causado. Por otro lado, Andía Chávez señala que la Ley N°28611 dispone en su artículo 147° que 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.

Es decir las ya mencionadas vertientes están encaminadas a la protección del medio ambiente, se merece especial atención a la responsabilidad civil ambiental porque es ella la que tutela la acción del resarcir, enmendar el daño ocasionado, ayudar en la conservación de aquel que sufrió el daño. No así el caso de la responsabilidad Administrativa que presenta un papel preventivo y no responde a la ejecución de un daño y la responsabilidad Penal por su parte actúa sancionando al comisor del daño.

El daño ambiental, presente una serie de dificultades con respecto a su probanza y a su cuantificación. Espinoza Espinoza, señala que un sector de la doctrina italiana afirma que “en materia ambiental una prueba completa y minuciosa del daño es objetivamente imposible”. Primero, porque algunos efectos perjudiciales, aunque constituyan un daño cierto, se ponen en evidencia con el transcurso del tiempo; en segundo lugar, porque algunos son de difícilísima probanza. Puesto que el principio acogido es aquel que quien contamina no puede obtener ventaja de las dificultades de la cuantificación del daño ambiental, se genera la consecuencia que eventuales incertidumbres probatorias pueden ser consideradas por el juez con su prudente apreciación.

Se observa que estos criterios obedecen tanto a la finalidad reparadora como a la sancionadora del daño. Por otro lado, se afirma que la evaluación equitativa deberá tener en cuenta los parámetros expresamente indicados en la ley, pero deberá además hacer referencia a la entidad -aunque no sea exactamente determinable en su monto preciso del daño producido y deberá, en fin, tener presentes los fines que la ley se propone y en particular la función asignada al resarcimiento del daño.

Espinoza Espinoza sostiene “La naturaleza de esta responsabilidad es, evidentemente, objetiva. En efecto, «el contaminador va a sobrellevar el beneficio y los costos de la contaminación, y tiene los incentivos adecuados para maximizar los beneficios netos del uso del terreno». Así lo delimita el art. 144 de la L.G.A, “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”.

Trazegnies Granda concuerda con Espinoza, sostiene en lo que se refiere a los daños por contaminación, no cabe duda de que algunos de ellos son resultado de la infracción de reglamentos de seguridad (hacer caso omiso de la prohibición de arrojar los relaves en los ríos, no colocar los dispositivos anticontaminantes obligatorios en las chimeneas de la planta, no facilitar máscaras y otros equipos de seguridad a su personal, etc.). En todos estos casos de daños intolerables, se aplican las mismas consideraciones: la responsabilidad es objetiva (artículo 1970). Pero hemos visto que existe también la posibilidad de daños por contaminación aun cuando no se haya infringido reglamento alguno: a pesar de adoptar las precauciones establecidas por el reglamento respectivo, los efluvios de una fábrica de productos químicos contamina el río y producen la destrucción de las cosechas de los agricultores vecinos.

Si esta situación está regida por el artículo 1969, la empresa propietaria de la fábrica podría demostrar que adoptó todas las precauciones razonables y que, por tanto, no teniendo culpa, no tiene responsabilidad. Sin embargo, pensamos que esa fábrica debe ser tenida como responsable objetivamente aun cuando no haya sido negligente porque, en muchos casos, los daños por contaminación son socialmente intolerables por se debido a la gravedad y a la amplitud del riesgo que crean; de tal manera, estos daños deben ser también incluidos en el campo de aplicación del artículo 1970.

La Ley General del Ambiente deja la posibilidad de establecer responsabilidad subjetiva respecto del daño ambiental regulado en el art. 145 de la LGA, cuando se regula que: “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”.

Aunque se establezca (al igual que el modelo diseñado en el art. 1969 C.C.) un supuesto de presunción de responsabilidad subjetiva, en verdad, cuesta imaginar un caso en el que realizando una actividad en la cual se dañe al ambiente, no se incurra al mismo tiempo en una actividad riesgosa o peligrosa.

Espinoza Espinoza, en lo que a nexo causal se refiere, sabemos que el análisis causal es dual, vale decir, se debe indagar sobre quién es el responsable (causalidad de hecho) y hasta dónde se es responsable (causalidad jurídica). En doctrina se sostiene que la investigación relativa a los perfiles causalísticos se concentraría en la causalidad de hecho: es decir en el nexo entre la conducta contaminante y el evento que constituiría la saturación. Creo que en este tipo de casos es perfectamente aplicable la denominada carga dinámica de la prueba o, como se prefiere hablar en responsabilidad civil, la teoría de la causalidad probabilística. Es evidente que la carga probatoria debe recaer en quien está en mejor posición para asumirla.

El Derecho ambiental tiene hoy en día soluciones incluso singulares en materia de relación de causalidad. Por ejemplo, los casos por daño ambiental son los llamados casos arduos, ríspidos, difíciles o complejos desde el punto de vista procesal. Dada esta situación, se han generado una serie de teorías en materia de relación de causalidad que tratan de aligerar la carga de la prueba, de suavizar la exigencia de prueba con respecto a la relación de causalidad, porque se sabe que puede fracasar todo el sistema de responsabilidad si no se prueba el nexo de causalidad entre la actividad presuntamente o potencialmente dañina y el daño. El art. 146 establece que no existirá responsabilidad en los siguientes supuestos:

- Cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley.
- Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible.
- 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.

En materia de reparación del daño el artículo 147 norma que: “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”.

Con razón, en doctrina se afirma que “otra cuestión es que el mismo hecho, que causa la degradación ambiental, pueda dar lugar contextualmente a daños injustos a los miembros de la colectividad individualmente considerados, incidiendo en los bienes propios de estos (como la salud, la propiedad, otros derechos de goce).

Nuestra legislación no ha incorporado la voz de los daños punitivos en nuestro sistema. Si bien es importante que se cree la voz del “daño punitivo” en nuestro sistema (a propósito del daño ambiental), creo que se debe tener en cuenta que el monto no debe ir exclusivamente a la víctima individualmente considerada (salvo un porcentaje, para incentivar el ejercicio de estas acciones), ya que se crearía una distorsión. Sería aconsejable que

la mayor parte del monto vaya a un fondo compensatorio para otras víctimas o para realizar acciones preventivas o de monitoreo. Máxime cuando el artículo 148 establece 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 indemnizaciones que pudieran derivar por daños ambientales.

Convenzo plenamente con quien sostiene que “la denominación daño punitivo empleada por la ley, aunque pretende ser una traducción literal de la expresión punitive damages, es equívoca desde el punto de vista conceptual, por lo que nos parece más apropiado designar a la figura jurídica como multa civil por actos desaprensivos”.¹⁰⁷ Asimismo, se entiende que los presupuestos para que se configure esta sanción civil pecuniaria “son dos: uno objetivo, la existencia de un daño grave, o de trascendencia social, o de repercusión institucional; y, b) otro subjetivo, una conducta dolosamente desaprensiva o antisocial en el sujeto dañador”.¹⁰⁸

Otros temas que han sido omitidos son los relativos a la probanza del nexo causal, del daño ambiental y su cuantificación. Adicionalmente, en lo que a nexo causal se refiere, sabemos que el análisis causal es dual, vale decir, se debe indagar sobre quién es el responsable (causalidad de hecho) y hasta dónde se es responsable (causalidad jurídica). En doctrina se sostiene que “la investigación relativa a los perfiles causalísticos se concentraría en la causalidad de hecho: es decir en el nexo entre la conducta contaminante y el evento que constituiría la saturación”. Creo que en este tipo de casos es perfectamente aplicable la denominada carga dinámica de la prueba¹⁰⁹ o, como se prefiere hablar en responsabilidad civil, la teoría de la causalidad

¹⁰⁷ MOISÁ, Benjamín. “Los llamados daños punitivos en la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina”. En: Revista Jurídica del Perú, N° 93, Normas Legales, Lima, noviembre 2008, p. 444.

¹⁰⁸ Ibídem. p. 445.

¹⁰⁹ PEYRANO, Jorge. “Carga de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos: el de la imposición procesal y el de sujeción procesal”. En: Advocatus, quinta entrega, Año III, Lima, 1993, p. 29).

probabilística.¹¹⁰ Es evidente que la carga probatoria debe recaer en quien está en mejor posición para asumirla.

Un sector de la doctrina italiana afirma que “en materia ambiental una prueba completa y minuciosa del daño es objetivamente imposible. Primero, porque algunos efectos perjudiciales, aunque constituyan un daño cierto, se ponen en evidencia con el transcurso del tiempo; en segundo lugar, porque algunos son de difícilísima probanza. Puesto que el principio acogido es aquel que quien contamina no puede obtener ventaja de las dificultades de la cuantificación del daño ambiental, se genera la consecuencia que eventuales incertidumbres probatorias pueden ser consideradas por el juez con su prudente apreciación”.

Por otro lado, se afirma que “la evaluación equitativa deberá tener en cuenta los parámetros expresamente indicados en la ley, pero deberá además hacer referencia a la entidad—aunque no sea exactamente determinable en su monto preciso – del daño producido y deberá, en fin, tener presentes los fines que la ley se propone y en particular la función asignada al resarcimiento del daño”.

Nuestra legislación aun contiene vacíos sobre el nexo causal y la probanza del daño, es también necesario, a nuestro criterio, regular no solamente la responsabilidad de quien o quienes ocasionaron el daño sino de aquellos que teniendo conocimiento de este no lo denuncien o informen a las autoridades competentes, puesto que el ambiente es un derecho amplio y frágil y de relevante importancia toda vez que somos los seres humanos quienes dependemos de este.

¹¹⁰ Sobre el particular, permítaseme remitir a mi Derecho de la Responsabilidad Civil, quinta edición corregida, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 176 y 189-193.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se ha llegado a establecer que no existe un verdadero sistema de responsabilidad por daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano, ni bases jurídicas que permitan garantizar el derecho a un ambiente sano, puesto que las disposiciones contenidas en nuestro código civil que rigen esta materia especial, resulta ser un cuerpo normativo muy genérico de posibilidades imperfectas que puedan brindar una adecuada garantía del derecho a un ambiente sano, ya que se necesita una regulación especial.

SEGUNDA.- Los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental en el Código Civil, se caracterizan por la imposibilidad de reparar en especie el medio ambiente, necesitándose para ello una legislación complementaria especial a la materia objeto de la presente investigación, ya que los daños en el medio ambiente son mayormente graves o irreparables; NO encontrándose en la ciencia jurídica los fundamentos para su adecuada justipreciación.

TERCERA.- Las circunstancias que afectan el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano se caracteriza por existir lagunas normativas, lo que determina que los daños al medio ambiente no siempre son reparados y sus autores sancionados civilmente, no existiendo en ese sentido una adecuada respuesta a la cuestión de la reparación integral de los daños ambientales, lo que verdaderamente afecta al derecho a un ambiente sano.

CUARTA.- Los aspectos procesales en el sistema de responsabilidad por daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano no regulan la responsabilidad civil en materia ambiental, lo que lógicamente favorece a los grandes victimarios del medio ambiente. Los demandantes que buscan la solución de un conflicto de interés intersubjetivo en material ambiental no siempre cuentan con las suficientes pruebas para promover una incoar una

acción de manera favorable, lo que significa un beneficio a la posición de defensa de los contaminadores, sobre la base del sistema jurídico civil imperante en la actualidad.



SUGERENCIAS

PRIMERA.- El sistema jurídico peruano en materia de responsabilidad por daño ambiental debe ser revisado en profundidad, teniendo en cuenta los numerosos vacíos existentes, así como los problemas que presenta su aplicación, esa revisión es indispensable si se desea dar eficacia a la legislación ambiental en su conjunto.

SEGUNDA.- Se debe corporizar iniciativas legales que le den a la responsabilidad por daño ambiental el estatuto especial que requiere, quizás en una legislación única sobre la responsabilidad por el daño ambiental, así como en programas que garanticen una aplicación apropiada del régimen que se establezca para ese efecto.

TERCERA.- El contenido de la acción así como el de la sentencia debe ser principalmente la reparación de los daños en especie, es decir, la reposición del medio ambiente al estado que tenía antes de ocurrido el evento dañoso, siendo la indemnización en dinero sólo una solución subsidiaria que se ordenaría cuando aquella reparación en especie no es posible.

CUARTA.- Se debe tener en cuenta que el daño debe ser integralmente reparado, resarcando tanto los daños previsibles cuanto los imprevisibles, así como los daños presentes y futuros, igualmente el daño emergente y el lucro cesante, así como el daño moral.

QUINTO.- En cuanto a la responsabilidad civil por daño ambiental, bajo el sistema de la imputación objetiva, debe implementarse la contratación de

SEGUROS DE COBERTURA POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES, ante la utilización de un bien riesgoso o la realización de actividades riesgosas o peligrosas, con riesgo de consecuencias negativas al medio ambiente.

SEXTO.- En cuanto a la responsabilidad civil por daño ambiental, bajo el sistema de imputación subjetiva, como no se proporciona protección al derecho de reparación del daño ambiental, debe establecerse una legislación especial por las características peculiares del medio ambiente, en cuanto respecta a la trabas legales que significan demostrar la existencia del nexo causal y la antijuridicidad, ya que debe ser responsable el que genera un daño socialmente admitido y no admitido.



BIBLIOGRAFÍA

1. ANDALUZ, Carlos y VALDEZ, Walter. 1999. Código del Medio Ambiente y Los Recursos Naturales. Tercera Edición. Proterra. Lima - Perú.
2. BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMÉRICAS. (1998) Recursos naturales. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos.
3. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. 1996. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Segunda Edición. ICS Editores. Lima - Perú.
4. BOLAÑOS LLANOS, Elar. "Responsabilidad Extracontractual por Daño Ambiental y Otras Consideraciones". Lima: INAPMAS, 1998
5. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. 1996. Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa. Segunda Edición. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina.
6. CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. 1994. Legislación Ambiental. En: Primer Seminario Regional de Derecho Ambiental. Arequipa y Piura. SPDA, UNSA, y Universidad de Piura.
7. CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. 1994. Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental. En: Primer Seminario Regional de Derecho Ambiental. Arequipa y Piura. SPDA, UNSA Y Universidad de Piura.
8. CHARPENTIER, Silvia; HIDALGO, Jessica; FISCHE, Federico (1997) "Comercio exterior y política ambiental", CONFIEP - Proyecto PAPI, USAID, Lima
9. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental". En: "Derecho Civil Patrimonial" por: Bullard Gonzáles, Alfredo y Fernández Cruz, Gastón. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

- 10.FIELD, Barry C. 1997. Economía Ambiental. Una Introducción. Primera Edición. McGraw – Hill Interamericana S.A.
- 11.FOY VALENCIA, Pier. 1997. Derecho y Ambiente. Aproximaciones y Estimativas. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú.
- 12.FOY VALENCIA, Pier. 2001. Derecho y Ambiente. Nuevas Aproximaciones y Estimativas. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú.
- 13.FUNDACION AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES. 1994. El Medio Ambiente y los Procesos de Reforma Constitucional. Estudio Analítico. FARN. Buenos Aires - Argentina.
- 14.GOMEZ URQUIZO, Jesús Felipe. 2001. Legislación Ambiental Comparada. Separatas del curso: Diplomado en Educación y Gestión Ambiental. Instituto de Gestión Ambiental (IDEGA – UNSA). Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa - Perú.
- 15.HENRY, J. Glynn Y Otros. 2000. Ingeniería Ambiental. Segunda Edición. Prentice Hall Hispanoamerica S.A. Mexico.
- 16.HIDALGO, Jessica; SOLANO, Pedro; Pulgar-Vidal, Manuel, “Diagnóstico de la Situación de la Gestión y la Legislación Ambiental en el Perú”, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - Consejo Nacional del Ambiente, Lima, Noviembre de 1996.
- 17.LEGUIA LEGUIA, Guiliana. 1994. Consideraciones sobre la existencia del Derecho Ambiental como disciplina jurídica. Seminario Regional de Derecho Ambiental. s. e. Piura.
- 18.MADDALENA, Paolo. 1992. Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental. Aspectos Generales. Ediciones De Palma. Revista de Derecho Industrial. Buenos Aires - Argentina.
- 19.MESELDZIC DE PEREYRA, Zivana. 1977. CONTAMINACIÓN AMBIENTAL. En que vivimos en America Latina. Segunda Edición. Editora Lima S.A. Lima - Perú.
- 20.MINISTERIO DE JUSTICIA. 2002. Constitución Política del Perú y Tratados sobre Derechos Humanos. Cuarta Edición Oficial. Ministerio

- de Justicia. Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos. Editora Perú.
Lima – Perú.
21. PEREZ, LUÑO, Antonio: Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitucional, Sexta Edición Editorial Tecnos S.A. 1999.
 22. PULGAR-VIDAL, Manuel (1995) “ Institucionalidad ambiental en el Perú”, en Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, “Materiales de Enseñanza Segundo Seminario Regional de Derecho Ambiental. Programa de Capacitación en Política y Legislación Ambiental”, Mayo 1995.
 23. RAMOS NUÑEZ, Carlos. 2000. Como Hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima - Perú.
 24. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL (1996) Diagnóstico de la situación de la gestión y la legislación ambiental del Perú.
 25. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL con la asistencia de la Oficina de Asesoría y Consultoría Ambiental. “Perfil Ambiental del Perú”, Overseas Economic Cooperation Fund Japan, Lima, 1997.
 26. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL, (1998) “Legislación sobre Ambiente y Recursos Naturales”, Proyecto E-Line Perú, Lima.
 27. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL, (1990) “Análisis Histórico de la Política Legislativa Peruana en Selva”, Lima.
 28. TORRES BARDALES, C. 1998. Orientaciones Básicas de Metodología de la Investigación Científica. Sexta Edición. Editorial San Marcos. Lima - Perú.
 29. TORRES DE LEON, Vasco. 1994 Consideraciones sobre la Tutela jurídica del ambiente. En: Universidad de Panamá. IDEN. Aspectos técnicos y legales de la contaminación ambiental Universidad de Panamá.
 30. VALDEZ MUÑOZ, Walter. 1998. Informe Anual 1997 – 1998. APRODEH Y CEDAL.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MEDIO AMBIENTAL



**ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
POR DAÑO AMBIENTAL Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A UN
AMBIENTE SANO, AREQUIPA 2015**

Proyecto de Tesis

Presentado por el bachiller:

EDWIN ROAN ZUÑIGA MACHADO

Para optar el grado académico de:

MAESTRO EN DERECHO MEDIO AMBIENTAL

AREQUIPA - PERÚ

2016

PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

ANALISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO, AREQUIPA 2015

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 ÁREA DE CONOCIMIENTO, CAMPO Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- ◆ ÁREA : Derecho Ambiental
- ◆ CAMPO: Ciencias jurídicas
- ◆ LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: La responsabilidad civil y el medio ambiente.

1.2.2 ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE: Problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental

INDICADORES

- Situación de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú
- Finalidad de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú
- Elementos de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú
- Descripción de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú
- Marco legal de La responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú
- Problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú

VARIABLE DEPENDIENTE: La afectación del derecho a un ambiente sano

- Situación actual del derecho a un ambiente sano en el Perú
- Finalidad del derecho a un ambiente sano en el Perú
- Control del derecho a un ambiente sano en el Perú
- Deterioro del derecho a un ambiente sano en el Perú
- Tratamiento legal del derecho a un ambiente sano en el Perú
- Circunstancias que afectan el derecho al ambiente sano en Perú

1.2.3 INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cuáles son las bases jurídicas de la responsabilidad civil por daño ambiental que garantizan el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuáles son los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuáles son las circunstancias que afectan el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2.4 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

◆ **TIPO:**

- Por el objetivo: Aplicada
- Por el enfoque: Especializada
- Por la perspectiva temporal: Coyuntural
- Por las fuentes de información: Documental y de campo

◆ **NIVEL DE INVESTIGACIÓN:**

- Descriptiva - Explicativa

1.3 JUSTIFICACIÓN

La presente investigación reviste vital importancia, porque se hace necesario determinar cuáles son los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental y que afectan el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano, precisando de esta forma que el daño ambiental constituye un nuevo supuesto de responsabilidad civil ambiental en el sistema peruano y que partiendo de esta premisa, se debe empezar a darle la importancia de amparar este supuesto tanto en el ámbito académico como judicial.

Asimismo la investigación resulta útil, porque en el ámbito de la imputación de la responsabilidad, las características del daño ambiental exigen un desarrollo legislativo en varios sentidos, primero en cuanto a resolver los problemas que derivan del carácter incierto e impersonal del daño ambiental, tales como el vínculo de causalidad, la carga de la prueba, la prescripción de la acción, etc., segundo en cuanto a la aplicación del derecho civil a la reparación de daños por influjo ambiental y tercero en cuanto a la forma que deba asumir la reparación del daño.

Finalmente la investigación posee relevancia jurídica, porque la responsabilidad civil por daño ambiental como supuesto nuevo de responsabilidad civil, tiene muchas razones para que nuestro ordenamiento jurídico, los magistrados y abogados puedan comprender lo especial de esta institución y su regulación, considerando que el daño ambiental puede ser individual y colectivo, a la vez un daño patrimonial como un daño no patrimonial, pero el rol fundamental del sistema de responsabilidad civil peruano será el de tutelar mediante la responsabilidad preventiva, puesto que el daño ambiental constituye un supuesto de responsabilidad civil preventiva en el sistema peruano.

2.- MARCO TEORICO

a. Concepto de medio ambiente.

El ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema. Esto implica, por otra parte, que el

ambiente debe ser considerado como un todo, o como también suele decirse “holísticamente” (del griego holos, todo), pero teniendo claro que ese “todo” no es “el resto del Universo”, pues algo formará parte del ambiente sólo en la medida en que pertenezca al sistema Ambiental de que se trate.

Como suele decirse, el concepto de medio ambiente es impreciso e indeterminado. El medio ambiente, con su abundancia insondable de interacciones mutuas, es algo indefinido, un rompecabezas complejo y dinámico, un perpetuum mobile integrado de muchísimos factores que se influyen reciprocamente y constituyen un sistema con un cierto grado de equilibrio y homeostasis, término empleado en ecología para aludir a la capacidad de los ecosistemas para resistirse al cambio.¹¹¹

b. Concepto de Daño Ambiental.

En general se considera que daño al medio ambiente pudiera ser: La pérdida, menoscabo o modificación de las condiciones químicas, físicas o biológicas de la flora y fauna silvestres, del paisaje, suelo, subsuelo, agua, aire o de la estructura y funcionamiento de los ecosistemas y la afectación a la integridad de la persona es la introducción no consentida en el organismo humano de uno o más contaminantes, la combinación o derivación de ellos que resulte directa o indirectamente de la exposición a materiales o residuos y de la liberación, descarga, desecho, infiltración o incorporación ilícita de dichos materiales o residuos en la atmósfera, en el agua, en el suelo, en el subsuelo y en los mantos fríasicos o en cualquier medio o elemento natural.

c. Definición de Derecho Ambiental.

El investigador Raúl Brañes, define al Derecho Ambiental, “como un conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos vivos.

¹¹¹ César J. LORENTE AZNAR, Empresa, Derecho y medio ambiente, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p. 18.

d. Definición de responsabilidad.

La palabra responsabilidad contempla un abanico amplio de definiciones. De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (RAE), hace referencia al compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita. Otra definición posible mencionada por la RAE señala que la responsabilidad es la habilidad del ser humano para medir y reconocer las consecuencias de un episodio que se llevó a cabo con plena conciencia y libertad.

Por lo tanto, una persona responsable es aquella que desarrolla una acción en forma consciente y que puede ser imputada por las derivaciones que dicho comportamiento posea. De este modo, la responsabilidad es una virtud presente en todo hombre que goce de su libertad

En el ámbito del Derecho, en cambio, se habla de responsabilidad jurídica para describir la violación de un deber de conducta que ha sido respaldado con anticipación desde una norma jurídica. A diferencia de una norma moral, la ley surge de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva. Una persona que es juzgada de acuerdo a las leyes y que es considerada como responsable de la violación de una norma jurídica será objeto entonces de una sanción, que puede incluir hasta la pérdida de su libertad (el encarcelamiento).

Por último, podemos referirnos al principio de responsabilidad que ha diseñado el filósofo alemán Hans Jonas (1903-1993) en base a los criterios del imperativo categórico kantiano. Para Jonas, el principio de responsabilidad es un imperativo de derecho ambiental, que establece que las personas deben obrar de modo tal que las consecuencias de sus comportamientos no atenten contra la permanencia del hombre en nuestro planeta.

e. Responsabilidad ambiental.

Según la Ley General del Ambiente, se ha normado las obligaciones y consiguientes responsabilidades en el titular de las operaciones, siendo

concordante con el Principio IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

f. Impacto ambiental.

Se configura cuando una actividad o acción origina o produce una alteración, modificación o cambio en el ambiente en algunos de los componentes del sistema ambiental, de cierta magnitud o complejidad.

g. Evaluación del impacto ambiental.

Es un proceso de análisis sistemático reproducible e interdisciplinario de los impactos potenciales, tanto de una acción propuesta como de sus alternativas en los atributos físicos, biológicos culturales y socioeconómicos de un área geográfica en particular. La LGA, establece que los Estudios de Impacto Ambiental EIA, son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad.

h. Derecho al medio ambiente.

Que se reconozca o no un derecho al medio ambiente adecuado depende en buena medida de una decisión de política jurídica, pero su efectividad, sobre todo, de la protección que el legislador le conceda. El simple reconocimiento formal, como sucede en nuestra Constitución, queda vacío de contenido si no se acompaña de una previsión clara, a lo que aquí interesa, sobre si una lesión de dicho derecho puede fundamentar una pretensión de daños.¹¹²

¹¹² Luis JIMENA QUESADA / Beatriz TOMÁS MALLÉN, «El derecho al medio ambiente en el marco del

Convenio Europeo de Derechos Humanos», RGD 1996, núm. 618, 2135-2160, p. 2159

i. Concepto de daño.

El daño comprende además de la lesión del bien protegido, las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien protegido. De una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

“El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que por lo general hace estallar la situación en diferentes fragmentos económicamente dañinos: aquel que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios , requiere pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costos a rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc. “

j. Daño emergente.

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, conocido también como la disminución de la esfera patrimonial del dañado. Dicho en otras palabras, la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida.

Tenemos como ejemplo. En un accidente de tránsito, los gastos de la reparación del vehículo, gastos médicos, (operación, medicina); en cuanto a los daños futuros, se refiere a la secuela que puede causar el accidente en la salud de una persona y que no necesariamente surgen en el momento de la contingencia sino en forma posterior. Como se ha visto, una manera de resarcir el daño ecológico puro consiste en individualizarlo mediante diversos conceptos o categorías de daño, entendido como las consecuencias dañosas de un determinado suceso, incidente o evento dañoso.

No se trata propiamente de entender que el daño ecológico puro afecte a un interés colectivo, sino de centrarse en el hecho de que produce a algún sujeto una consecuencia dañosa a título individual. Para ello se atribuye al afectado una pretensión para que reclame el coste que el daño ecológico puro le haya supuesto.¹¹³

k. Lucro cesante.

Consiste en el no incremento del patrimonio del dañado, también se dice que es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado, en consecuencia será aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino o aquello que hubiera podido ganar y no lo hizo por causa peldaño. Entonces mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que se enriquezca legítimamente.

“Esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es el de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño.”

La regla de reparación integral del daño obliga a reparar no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, esto es, la ganancia dejada de obtener. Como es sabido, los requisitos para ello son estrictos en nuestro Derecho, que propiamente carece de una regulación general de los mismos. Así, se entiende que debe distinguirse el daño simplemente hipotético o quimérico del razonable («sueños de fortuna»), de modo que ha de existir una cierta probabilidad objetiva de realizar la ganancia y sólo resulta indemnizable aquel lucro que se habría obtenido según el curso normal de los acontecimientos.¹¹⁴

¹¹³ Antonio MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Los delitos relativos a la protección del medio ambiente, Madrid, Colex, 1998, p. 148

¹¹⁴ Luis Díez-PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial II, 5ª, Madrid, Civitas, 1996, p. 687;

I. Daño patrimonial puro.

Suele hablarse de daños patrimoniales puros para hacer referencia a aquel supuesto en que el daño repercute sobre el patrimonio de una persona, sin que afecte directamente ni a su persona ni a sus bienes. Aquí, el daño no tiene carácter tangible, sino que afecta en abstracto al patrimonio de la víctima. El supuesto es capital para el objeto de este estudio, ya que los daños patrimoniales puros pueden derivar de daños a la propiedad de una tercera persona, pero también de los causados a los recursos naturales que no pertenecen a nadie.¹¹⁵

m. El daño moral derivado del deterioro del medio ambiente.

Como es sabido, el principal problema que plantean es que en muchas ocasiones resulta difícil deslindar las simples molestias o incomodidades de poca entidad, que no dan lugar a compensación, de los auténticos daños morales que realmente se producen por el deterioro del medio ambiente.¹¹⁶

n. Daño extrapatrimonial.

Dentro de la sistemática actual del Código Civil Peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral, expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos.

o. Daño moral y Daño a la persona.

Este tipo de daño se denomina también “daño no patrimonial”, “daño extrapatrimonial”, “daño extraeconómico”, “daño biológico”, “daño a la integridad psicosomática”, “daño a la vida de relación”, entre otros. El daño moral, es el daño

¹¹⁵ Lucía GOMIS CATALÁ, Responsabilidad por daño al medio ambiente, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 85;

¹¹⁶ Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «La protección civil del medio ambiente», AC 2000, 17-34, p. 21.

no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. También se entiende daño moral como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento. Si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto a su contenido no patrimonial, ambos difieren pues la relación entre el primero y el segundo es de género a especie.

El daño a la persona por su parte, se le conoce también como daño subjetivo, esto es el daño ocasionado al sujeto de derecho, el cual incluye un sinnúmero de situaciones que pueden presentarse. El daño a la persona se presenta como una sub especie del daño moral y fue introducido como una novedad en el Código Civil de 1984, promovida por el doctor Carlos Fernández Sessarego. “Según este jurista, la distinción clásica entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial admitiría una subdivisión: el daño extrapatrimonial y estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona. Este último sería “el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial “. En cambio, el daño moral habría quedado reducido al “dolor de afección, pena sufrimiento”.

3.- ANALISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Después de haber realizado una investigación en la biblioteca de la Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín y Universidad Alas Peruanas, no se encontró ninguna tesis de esta naturaleza. Únicamente se han realizado charlas, seminarios, pero estas de manera muy genérica, no habiéndose dado ninguna disertación sobre el tema investigado.

En cuanto a libros después de haber revisado el catálogo de libros de la Biblioteca Nacional, tal búsqueda se ha realizado en la página web de tal institución (www.bnp.gob.pe/portallbp), por la que se tiene que no existen libros referentes al tema de investigación. También se realizó la búsqueda en el catálogo de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores, (www.anr.edu.pe.catalogodetesis) no se ha encontrado ningún trabajo similar al propuesto.

4.- OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar cuáles son las bases jurídicas de la responsabilidad civil por daño ambiental que garantizan el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano.

4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar cuáles son los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental en el ordenamiento jurídico peruano.
- Explicar cuáles son las circunstancias que afectan el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano.

5.- HIPOTESIS

DADO QUE: El derecho a un ambiente sano, supone el disfrute de un entorno adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. Por ende está ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, dado que por su intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas.

POR LO QUE

ES PROBABLE: Que los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental vengán afectando el derecho a un ambiente sano en el ordenamiento jurídico peruano, todo lo cual se deba a la inexistencia de medios normativos adecuados que fundamenten la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú.

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.-

Tanto para ambas variables; se recogerá los datos pertinentes de opinión de magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa, por lo cual se empleará las siguientes técnicas e instrumentos:

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE INDEPENDIENTE	Problemática de la responsabilidad por daño ambiental	• Situación de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú • Finalidad de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú • Elementos de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú • Descripción de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú • Marco legal de responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú • Problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Perú	- Observación directa - Revisión de contenido - Análisis de contenido - Encuesta - Síntesis de datos - Análisis de datos	- Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas - Matriz de registro - Tablas estadísticas

VARIABLE DEPENDIENTE	La afectación del derecho a un ambiente sano	• Situación actual del derecho a un ambiente sano en el Perú • Finalidad del derecho a un ambiente sano en el Perú • Control del derecho a un ambiente sano en el Perú • Deterioro del derecho a un ambiente sano en el Perú • Tratamiento legal del derecho a un ambiente sano en el Perú • Circunstancias que afectan el derecho al ambiente sano en el Perú	- Observación directa - Revisión de contenido - Análisis de contenido - Encuesta - Síntesis de datos - Análisis de datos	- Ficha bibliográfica - Ficha documental - Libreta de apuntes - Cédula de preguntas - Matriz de registro - Tablas estadísticas
-------------------------	--	---	---	---

2.- PROTOTIPO DE INSTRUMENTOS

a. FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

CODIGO:

b. FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACIÓN:

c. ENCUESTA

Responda a las siguientes preguntas en forma breve:

1.- ¿Está usted de acuerdo con la aplicación de la responsabilidad civil por daño ambiental?

Si ()

No ()

¿Porqué? _____

2.- ¿Conoce usted cuales son los problemas que presenta la responsabilidad civil por daño ambiental?

Si ()

No ()

¿Cuáles? _____

3.- ¿Está usted de acuerdo con la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental?

Si ()

No ()

¿Porqué? _____

4.- ¿Conoce usted cuales son los beneficios de la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental?

Si ()

No ()

¿Cuáles? _____

5.- ¿Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano protege el derecho a un ambiente sano?

Si ()

No ()

¿Porqué? _____

6.- ¿Conoce usted cuales son los medios idóneos para garantizar el derecho a un ambiente sano?

Si ()

No ()

¿Cuáles?_____

7.- ¿Considera usted que la responsabilidad civil por daño ambiental protegería el derecho a un ambiente sano?

Si ()

No ()

¿Porqué?_____

8.- ¿Conoce usted formas de protección de la responsabilidad civil para garantizar el derecho a un ambiente sano?

Si ()

No ()

¿Cuáles?_____

3.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.-

3.1.- UBICACIÓN ESPACIAL.-

Los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa, que opinaran sobre la problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2.- UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca desde el mes de enero a diciembre del año 2013.

4.- UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA.-

En cuanto a la técnica de observación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia constitucional y

civil que contemplan la responsabilidad civil por daño ambiental y el derecho a un ambiente sano como son la Constitución Política del Perú, el Código Civil, el Código Procesal Civil, la ley general del medio ambiente y doctrina en general.

En cuanto a la investigación de campo, consideramos como unidades de estudio los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa que opinaran sobre la problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, durante los meses de enero a diciembre del año 2013, que suman un total de 200 personas (número estimado) y en vista que el universo no es muy numeroso, se tomará todo el universo considerado en su conjunto, los cuales se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

UNIDADES DE ESTUDIO	MUESTREO
Magistrados del Ministerio Público	40
Magistrados del Poder Judicial	40
Abogados litigantes	120
TOTAL	200

Se ha determinado un número de 200 personas que serán seleccionadas de la siguiente manera:

- Entre las edades de 25 a 50 años
- Del sexo masculino y femenino indistintamente
- Con trabajo eventual o permanente
- En ejercicio de la profesión
- Con conocimiento acerca del tema

5.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.-

- La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho, en cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad

Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía INTERNET.

- La información de campo de los magistrados y abogados de la ciudad de Arequipa que opinaran sobre la problemática de la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y como instrumento de campo la encuesta realizada a las personas donde se consignarán los datos.
- Se realizará por el propio investigador, la búsqueda de bibliografía pertinente en las bibliotecas especializadas de la ciudad antes indicada, a efecto de conseguir la información teórica que serán consignadas en fichas bibliográficas y documentales.
- Se recogerán a razón de un colaborador y bajo la dirección del investigador, los datos necesarios, que serán consignados en la encuesta como instrumento de campo, para posteriormente trasladar los datos a la matriz del registro correspondiente.
- Se revisará por parte del investigador, las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y la encuesta elaboradas en la recolección de la información.