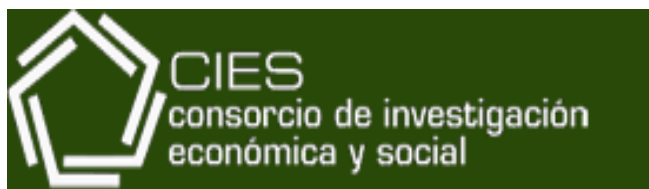


UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE TRUJILLO

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA
DEFORESTACIÓN COMO DAÑO AMBIENTAL
PURO EN EL PERÚ”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

AUTORES:

EDGAR NOLBERTO PEREZ MALCA
JOSUE NUÑEZ BARBOZA

TRUJILLO – PERÚ

2010

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10

TITULO I

PLAN DE INVESTIGACIÓN

1. Objetivos:	12
1.1. Generales	12
1.2. Específicos	12
2. Planteamiento del problema.-	12
2.1. Realidad problemática	12
2.2. Justificación del problema	18
2.3. Formulación del problema	18
3. Hipótesis:	19
4. Diseño de contrastación	19
4.1. Materiales de estudio	19
4.2. Métodos y Técnicas.....	20

TITULO II

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

MEDIO AMBIENTE

1. DEFINICIÓN	22
2. EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURIDICO	23
3. MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ ...	25
3.1. En La Constitución de 1993	25
3.2. Constitución Ecológica	25
3.3. El derecho a un medio ambiente sano equilibrado y adecuado como derecho constitucionalmente protegido	26
3.3.1. CONTENIDO	26

3.3.2. TITULARIDAD	27
--------------------------	----

CAPITULO II

LOS BOSQUES EN EL PERÚ Y LA DEFORESTACIÓN

1. CONCEPTO DE BOSQUES.....	30
2. DEFINICIÓN DE BOSQUES EN EL ACUERDO DE MARRAKESH ...	30
3. PROPUESTA DE FONAM PARA UNA DEFINICIÓN DE BOSQUES DE MECANISMO DE DESARROLLO LIMPIO- MDL.....	32
3.1. Cobertura de copa entre 10 y 30%	32
3.2. Altura promedio → entre 2 y 5 metros	32
3.3. Superficie mínima → entre 0.05 y 1 hectárea	32
4. FUNCION DE LOS BOSQUES.....	33
a) Funciones socioeconómicas	34
b) Funciones ambientales	34
5. CLASES DE BOSQUES	35
6. CARACTERISTICAS DE LOS BOSQUES.....	36
7. DEFORESTACIÓN.....	37
8. AGENTES DE LA DEFORESTACIÓN	39
9. CAUSAS	40
A. Económicas	41
B. Políticas.....	42
10. CONSECUENCIAS	43
11. SITUACIÓN ACTUAL DE LA DEFORESTACIÓN	43
11.1. EN EL MUNDO	43
11.2. EN EL PERU	46
12. LA DEFORESTACIÓN EN EL FUTURO	50

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CONCEPTO.....	53
2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD	53
A. LA IMPUTABILIDAD	53
B. LA ANTIJURICIDAD	53
C. LA CAUSALIDAD	54
1. TEORIAS	54

1.1. Teoría de la <i>conditio sine qua non</i>	54
1.2. Teoría de la causa preponderante	55
1.3. Teoría de la causa adecuada	55
1.4. Teoría de la causa próxima	56
D. EL DAÑO	56
1. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO	56
1.1. Daño patrimonial	57
1.1.1. Daño emergente	57
1.1.2. Lucro cesante	57
1.2. El daño extrapatrimonial.....	57
1.2.1. Daño Moral	58
1.2.2. Daño a la persona	58
1.3. Daños Especiales	58
1.3.1. Daño futuro	58
1.3.2. Daño punitivo	59
1.3.3. Daño colectivo.....	59
1.3.4. Daño ambiental	60
E. FACTORES DE ATRIBUCION.....	60
a) LA CULPA	60
b) EL DOLO	61
c) LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	62

CAPÍTULO IV

DAÑO AMBIENTAL PURO

I. EL DAÑO AMBIENTAL	63
II. CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL PURO	63
III. ELEMENTOS DEL DAÑO AMBIENTAL PURO.....	64
3.1. LA EXISTENCIA DE UN DAÑO	64
A. Su dimensión colectiva	64
B. Su carácter inmaterial, no patrimonial o moral	64
C. Su carácter perjudicial	66
D. Su gravedad.....	67
E. Su carácter irreparable	69
3.2. QUE AFECTE AL MEDIO AMBIENTE	71
A. Daño por contaminación.....	71
B. Daño a la diversidad biológica	73

3.3. SU CARÁCTER PURO	75
A. El criterio de la titularidad	75
B. Los llamados derechos comunes	77
C. El daño ecológico puro como daño público	79
D. La doctrina del “public trust”	82
E. La segmentación del medio ambiente.....	84
IV. EL DAÑO AMBIENTAL PURO COMO DAÑO INDEMNIZABLE...	85
4.1. DAÑOS PATRIMONIALES	85
A. Daño emergente	85
a) Coste de la reparación del Medio ambiente	86
b) Coste de evaluar el daño	89
c) Pérdida del uso del recurso natural	91
d) Coste de las medidas preventivas	92
i. La anticipación del daño ambiental puro	92
ii. Costes de salvamento	95
iii. Ámbito subjetivo de la prevención	96
B. Lucro Cesante	97
C. Daño patrimonial puro	98
4.2. DAÑO MORAL ECOLOGICO	99

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA DEFORESTACIÓN COMO DAÑO AMBIENTAL PURO

1. LA DEFORESTACIÓN COMO DAÑO AMBIENTAL PURO	103
2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA DEFORESTACION COMO DAÑO AMBIENTAL PURO	103
2.1. Desarrollo sostenible y responsabilidad intergeneracional	103
2.2. Derechos de la Naturaleza.....	106
2.3. Derecho a un medio ambiente saludable o adecuado	109
2.4. “Quien contamina paga”	111
2.5. Insuficiencia del Derecho Público	113
2.6. Análisis Económico	114
2.7. Principio de Precaución	115
3. TRATAMIENTO ESPECIAL DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE LA DEFORESTACION	117

A. SUJETO RESPONSABLE	118
B. REDEFINICIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO	118
C. ¿EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD?	120
D. EL PROBLEMA DEL NEXO CAUSAL Y LA INVERSIÓN	
DE LA CARGA DE LA PRUEBA	121
a) Causalidad estocástica	122
b) Responsabilidad por cuota de mercado	123
c) Responsabilidad por cuota de emisión.....	124
d) Inversión de la carga de la prueba	125
e) Presunción del nexo causal	127
E. DETERMINACIÓN DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN	130
4. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN LOS DAÑOS	
AMBIENTALES PUROS	135
4.1. La atribución de legitimidad al Ministerio Público	135
a) La averiguación civil.....	136
b) Acción Civil Pública	136
4.2. Las Acciones de Clase o <i>Class Actions</i>	137
4.3. La legitimización activa de las asociaciones- ONGs.....	139
4.4. Legitimidad de los particulares	140
4.5. Legitimidad de la Administración Pública.....	141
4.6. En el caso específico del <i>Ombudsman</i>	142
4.7. La legitimación en el Perú	143
5. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DAÑO AMBIENTAL PURO	144
5.1. Imprescriptibilidad de las acciones para prevenir	
y reparar el daño estrictamente ambiental	145
5.2. Prescripción del daño ambiental	149
6. LA VALORACION DEL DAÑO AMBIENTAL PURO.....	151
7. INDEMNIZACIÓN Y REPARACIÓN DE LA DEFORESTACIÓN	
COMO DAÑO AMBIENTAL PURO.....	160
7.1. Formas de reparación.....	160
A. <i>Reparación in natura</i>	160
B. <i>Reparación por compensación o indemnización pecuniaria.....</i>	162
C. <i>Compensación ecológica.....</i>	163
7.2. El destino de la indemnización	163
7.3. La reparación de la deforestación como daño ambiental puro	164

TITULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

I.	RESULTADOS DEL CAPITULO I	165
II.	RESULTADOS CAPÍTULO II	165
III.	RESULTADOS CAPITULO III	166
IV.	RESULTADOS CAPITULO IV	167
V.	RESULTADOS DEL CAPITULO V	169

TITULO IV

DISCUSION DE RESULTADOS

I.	DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO I	173
II.	DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO II.....	174
III.	DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO III	175
IV.	DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO IV	176
V.	DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO V.....	184

TITULO V

PROPUESTA LEGISLATIVA

211

TITULO VI

CONCLUSIONES

215

TITULO VII

RECOMENDACIONES

218

BIBLIOGRAFIA

219

ANEXOS

230

PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación titulado “La Responsabilidad Civil por la Deforestación como Daño Ambiental Puro en el Perú” fue emprendido dentro de un contexto preocupante para el derecho y la sociedad pues el daño ambiental puro, en el derecho nacional y en muchos ámbitos internacionales no tiene un tratamiento especial, sino que viene siendo solucionado inadecuadamente por la responsabilidad civil tradicional, institución que protege a la persona individualmente y no a los intereses difusos.

Al iniciar esta investigación pudimos conocer la problemática general del daño ambiental puro en sus múltiples manifestaciones, tal es así, que nos encontramos con muchos casos al nivel local como la desaparición de bosques de Napo- Virú, por la empresa Alpamayo, y al nivel nacional la destrucción de miles de hectáreas de bosques secos en el Santuario Histórico Bosques de Pómac en la provincia de Ferreñafe, este último judicializado. Estos casos, son específicos al tema, sin embargo, existen muchos casos de este tipo de daño que requieren de la intervención urgente del derecho.

La deforestación como daño ambiental puro, es analizada de acuerdo a los elementos de la responsabilidad civil clásica, a fin de adecuarlos a una responsabilidad especial acorde con los principios del derecho ambiental de “quien contamina paga”, de prevención, y precautorio. Además esta responsabilidad encuentra su fundamento en el derecho sostenible y de las generaciones futuras, en el derecho a un medio ambiente sano y saludable, análisis económico del derecho, la insuficiencia del derecho público.

La responsabilidad civil por daño ambiental puro materia de nuestra investigación es una institución jurídica que a lo largo del tiempo, se mostró inoperante frente a los daños ambientales puros, por cuanto no era posible solucionar con los presupuestos tradicionales cuando se trataba de la reparación de un daño ambiental dado su especial naturaleza, lo que motivo que al estudio de este tema a fin de crear un régimen especial de responsabilidad medioambiental en complemento y desarrollo del capítulo de responsabilidad de la Ley General del Ambiente 28611.

Finalmente, nuestra investigación pretende solucionar temas actuales en base a un estudio profundo de las instituciones, principios, teorías, del derecho a fin de contribuir con el desarrollo del derecho.

Los Autores

RESUMEN

La deforestación en el Perú ha alcanzado niveles alarmantes, causando pérdida de la biodiversidad y desequilibrando el ecosistema. Este daño es distinto a los demás, puesto que no perjudica a una persona individual, sino a una colectividad indeterminada, la doctrina le denomina “daño ecológico puro”. Diferentes ramas del derecho han tratado de resolver este problema sin éxito. No obstante, creemos encontrar la solución en un mecanismo especial, nos referimos a la responsabilidad civil-medioambiental.

Así lo que planteamos, es que quién deforeste responda civilmente, reparando *in natura* ó, a través de una indemnización, la que se invertirá en proyectos de reforestación y forestación, contribuyendo de esta manera a la conservación de nuestros bosques.

ABSTRACT

Deforestation in Peru has reached alarming levels, causing loss of biodiversity and unbalancing the ecosystem. This damage is unlike any other, because that does not harm an individual, but to an indeterminate collectivity, the doctrine called "pure ecological damage." Different branches of law have tried to solve this problem without success. However, we find the solution in a special mechanism; we refer to the civil-environmental responsibility.

So what we said is that deforested who respond civilly, or repaired in nature, through compensation, which will be invested in reforestation and afforestation projects, thus contributing to the conservation of our forests.

INTRODUCCION

El objeto del presente trabajo de investigación es determinar si cabe que alguien responda civilmente por la deforestación en el Perú, tomando ésta como un supuesto de daño ambiental puro. En ese sentido nos preguntamos si el daño por deforestación se encuadra dentro la responsabilidad clásica o tradicional. En el fondo se trata de saber si los conceptos y principios generales de la responsabilidad civil tienen una validez incondicional en el campo o el área medioambiental, respecto al daño ambiental puro, o bien si están sometidos a un tipo de variación o adecuación, que explique o traiga consigo alguna excepción o singularidad. Pues siempre, se presenta a la responsabilidad medio ambiental como gobernada por principios propios.

En ese sentido, nuestra tesis está estructurada en 7 Títulos denominados: I) Plan de investigación; II) Marco Teórico; III) Resultados de la Investigación; IV) Discusión de Resultados; V) Propuesta Legislativa; VI) Conclusiones; y, VII) Recomendaciones.

El Título I está constituido por el plan de investigación del presente trabajo, aquí describimos la realidad problemática de la deforestación en nuestro país, y la incapacidad del derecho público para solucionar los problemas ambientales en el Perú. Formulando nuestro problema y la hipótesis respectiva. Así como estableciendo los objetivos del presente trabajo.

El Título II, Marco Teórico, se encuentra dividido en 5 capítulos denominados: I) Medio Ambiente; II) Los Bosques en el Perú y la Deforestación; III) La Responsabilidad Civil; IV) Daño ambiental Puro; y, V) La Responsabilidad Civil por la deforestación como Daño ambiental puro.

En el Capítulo I definimos al medioambiente, presentando las nuevas tendencias, en cuanto a la protección del mismo. Tratando el medio ambiente considerado como bien jurídico. Y además analizando el Derecho fundamental a un medioambiente sano y adecuado.

El tratamiento de los bosques y el problema de la deforestación son abordados en el Capítulo II. Aquí estudiamos la legislación de protección de flora y fauna nacional, definiendo a los bosques, clasificándolos, describiendo sus funciones y los servicios ambientales que brindan. Asimismo, analizamos las concesiones forestales y su viabilidad en nuestro país. Por último, definimos la deforestación, analizando las causas de la misma, sus consecuencias, las probables soluciones, y diagnosticamos la tasa actual de deforestación por hectáreas en nuestro país.

El Capítulo III contiene el estudio de la Responsabilidad Civil clásica o tradicional. Aquí analizamos sus presupuestos y las tendencias modernas sobre el particular.

La problemática del Daño Ambiental Puro la describimos en el Capítulo IV, donde definimos a este tipo de daño, estudiamos sus características y diagnosticamos los problemas que presenta para adecuarse como daño tradicional y ser resarcible civilmente. También a lo largo de este capítulo vamos presentando una serie de casos de este tipo de daño ecológico y su diverso tratamiento por la doctrina y legislación comparada. Asimismo, analizamos nuestra Ley General del Ambiente, para ver si contempla o no la reparación del daño ambiental puro.

Finalizamos el Marco Teórico con los Fundamentos de nuestra tesis en el Capítulo V, describiendo así los posibles cimientos de la reparación y/o resarcibilidad de los daños ambientales puros. También analizamos los presupuestos de la responsabilidad civil tradicional, modulándolos y/o adecuándolos para esta nueva clase de responsabilidad (civil-ambiental). Además tratamos los problemas procesales que presentaría este daño como: la legitimación activa, la prescripción, la valoración, y la reparación con su destino.

En el Título III encontramos los Resultados arrojados por la presente investigación. Donde describimos las posiciones a favor y en contra de nuestra tesis, encontrados en la doctrina nacional e internacional en materia ambiental, la jurisprudencia, el derecho nacional y la legislación comparada.

El Título IV alberga la Discusión de los Resultados. Aquí hacemos un análisis profundo de lo investigado, adoptando una posición clara y firme acerca de la problemática de los daños ambientales puros.

El Título V contiene nuestra propuesta legislativa, consistente en una Ley de Responsabilidad Medioambiental.

El Título VI aloja las conclusiones a las que hemos arribado en el transcurso de nuestra investigación.

El Título VII acoge a las recomendaciones para nuevas investigaciones en derecho ambiental.

Por último cabe decir que la elaboración del presente trabajo de investigación ha significado para nosotros un placentero esfuerzo por aportar al cambio del estado actual de las cosas en nuestro país. Esperamos, contribuir al diseño de una eficaz y efectiva protección de los bosques patrios y porque no, del medioambiente en general.

Los Autores

TITULO I

PLAN DE INVESTIGACIÓN

1. Objetivos:

1.1. Generales

- Analizar la legislación nacional en materia civil y ambiental para determinar la responsabilidad civil medioambiental por el daño ambiental puro.
- Demostrar la factibilidad de proteger el medio ambiente, específicamente a los bosques del Perú, mediante el instrumento de la responsabilidad civil medioambiental.

1.2. Específicos

- ✓ Diagnosticar la problemática de la deforestación en el Perú.
- ✓ Analizar la normativa de protección a la flora y fauna silvestre.
- ✓ Analizar los presupuestos de la responsabilidad civil tradicional.
- ✓ Identificar los problemas que presenta el daño ambiental puro para adecuarse como daño tradicional.
- ✓ Determinar los principios en que se funda la responsabilidad civil por la deforestación como daño ambiental puro.
- ✓ Contribuir a la construcción de nuevos mecanismos legales más eficaces de protección al medio ambiente.

2. Planteamiento del problema.-

2.1. Realidad problemática

Actualmente la destrucción del medio ambiente ha alcanzado niveles exorbitantes, que amenaza la existencia de la vida en el planeta Tierra, por ende, la existencia de la humanidad. Por lo que cabe preguntarse ¿Qué te hemos hecho Pachamama¹? Es nuestro propio sistema de vida altamente industrializada y globalizada que representa una amenaza creciente para el medio en que vivimos. Prueba de ello, es que las noticias de destrucción y contaminación medioambiental son el pan de cada día en los medios de comunicación en general (local, nacional e internacional).

¹ **Pachamama:** o más usualmente **pacha** (del aymara y quechua *pacha*: tierra y, por extensión bastante moderna "mundo", "cosmos"^[1] mama: madre -es decir "Madre Tierra"). Lira, Jorge A., 1944, **Diccionario Kkechuwa - Español**. Tucumán, Argentina, Vol.II: 719.

Estos daños al medio ambiente afectan a personas determinadas y/o a una colectividad indeterminada. En el primero de los casos, como consecuencia del deterioro al ambiente se afecta la salud y calidad de vida de una persona individualizada, así como también se le causa daños en su patrimonio, *verbi gratia*, la intoxicación generada a los moradores de Choropampa² producida por el derrame de mercurio propiedad de la minera Yanacocha. En este suceso de contaminación se puede individualizar a cada una de las víctimas. Sin embargo, esto no siempre sucede así, pues hay supuestos de deterioro al medio ambiente en los que resulta imposible individualizar a cada uno de los afectados, por ser el deterioro de carácter difuso o, porque afecta a recursos que no pertenecen a nadie o, porque no pueden pertenecer a una persona, aunque así se deseara. A estos hechos la doctrina de Derecho Ambiental ha venido a denominar “daño ecológico puro” o “daño ambiental puro”; como ejemplos podemos encontrar la contaminación del mar, contaminación del aire, deforestación, destrucción de fauna y flora, etc.

En el presente trabajo de investigación nos vamos a centralizar en el problema de la deforestación en el Perú como uno de los más relevantes casos de daño ambiental puro.

En ese sentido la deforestación es desmontar total o parcialmente las formaciones arbóreas para dedicar el espacio resultante a fines agrícolas, ganadero o de otro tipo³. También se define como la reducción progresiva de las masas forestales por causa de la tala indiscriminada que es uno de los pasos previos a la desertización (proceso que convierte las tierras fértiles en desiertos por la erosión del suelo)⁴.

Se encuentran diversas causas a este problema: *La causa política*, que es la aplicación defectuosa y abandono de la política forestal, corrupción de funcionarios, aunado a la incapacidad del aparato estatal para integrar y ayudar a las zonas más deprimidas de la selva peruana. Como *causas económicas* tenemos el cambio del uso del agua para actividades ganaderas y agrícolas o la tala incontrolada de árboles⁵.

Así dentro de nuestra realidad peruana encontramos que en noventa minutos, lo que dura un partido de fútbol se deforesta en el Perú lo equivalente a 43 campos donde se practica el mismo deporte, pero quizá la metáfora no resulta dramática, hablemos entonces de porcentajes: El Banco

² <http://www.tierralimpia.net/choropampa.htm>

³ http://www.predes.org.pe/ayudatematica_pdf/deforestacion_reforestacion.pdf

⁴ <http://blog.pucp.edu.pe/item/5464>

⁵ <http://www.portalplanetasedna.com.ar/deforestacion.htm>

Mundial estima que el costo anual por degradación ambiental del país equivale al 4% del PBI, aproximadamente S/. 8.200 millones. De este porcentaje el 0,5% le corresponde a la deforestación, equivalente a S/. 1.025 millones⁶.

En Tumbes hay unas 1.800 hectáreas de bosques menos, como era de suponer el Perú también ha sufrido una reducción considerable en sus únicos manglares. Sólo entre 1982 y 1992 en el departamento de Tumbes se perdieron un total de 1.791 hectáreas de manglares, esto por causa de actividades langostineras, así como el avance de terrenos de cultivo⁷.

Pero quizá la cifra más alarmante es la que proporciona el Fondo Mundial para la naturaleza, luego de analizar las consecuencias del cambio climático y la deforestación concluyó que más de la mitad de la selva amazónica podría desaparecer en el 2030⁸.

Con un estimado de 68.7 millones de hectáreas de bosques naturales cubriendo aproximadamente 35.5 % de su territorio, la cobertura forestal del Perú es la octava más grande del mundo y la segunda en América Latina superada sólo por Brasil. El 99.4% de los bosques están localizados en la parte oriental del país. En la región costera, casi se ha agotado la cobertura forestal de manglares y de bosques secos y sub húmedos⁹.

En las sierras andinas alrededor de 300 mil hectáreas de bosques naturales aún permanecen. Estimaciones recientes sugieren que la tasa de deforestación entre 1990 y 2000 fue aproximadamente de 150 mil hectáreas por año representando un costo anual de casi S/. 440 millones¹⁰.

Todo esto trae como consecuencia: pérdida de la biodiversidad¹¹ afectando al ecosistema, repercusión en el cambio climático contribuyendo al calentamiento global¹², erosión¹³ de los suelos volviéndolos estériles e inútiles para la agricultura.

⁶ Diario "El Comercio" del 01/10/2007

⁷ Diario "El Comercio" del 15/02/2008 por Carlos Necochea Flores: "...Se han perdido 3.6 millones de has. de manglares en el mundo desde 1980..."

⁸ Diario "El Comercio" del 06/12/2007.

⁹ Análisis ambiental del Perú: Retos para un desarrollo sostenible. Banco Mundial-Perú. Unidad de Desarrollo Sostenible Región de América Latina y el Caribe. Mayo 2007, pág. 26. www.bancomundial.org.pe

¹⁰ Ídem.

¹¹ La mayoría de las especies del mundo animal viven en los bosques tropicales, así como una inmensa variedad de plantas. La biodiversidad de las selvas suele compararse a una biblioteca natural en la que la mayoría de los "libros" aún están para abrirse: Revista ¡Despertad! 22/06/2003 Pág. 3

¹² Es el fenómeno observado en las medidas de la temperatura que muestra en promedio un aumento en la temperatura de la atmósfera terrestre y de los océanos en las últimas décadas: http://es.wikipedia.org/wiki/Calentamiento_global

Deforestando se olvida que los bosques son los pulmones de la Tierra, que limpian y purifican el aire que respiramos, además de contribuir a reducir el calentamiento global. Así estudios realizados por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Universidad de Sevilla-España, arrojan como resultados que un árbol absorbe los gases tóxicos de 100 vehículos, un auto emite en promedio 180 gramos de CO₂ por kilómetro recorrido¹⁴.

Según un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS), una hectárea de árboles puede absorber más de 25 toneladas de dióxido de carbono (CO₂). Es decir, que si cada habitante usa 10 metros de área verde y siembra un árbol, obtendría la quinta parte del oxígeno que necesita para vivir¹⁵. Considerando que el Perú posee 68.7 millones de hectáreas de bosques, tendríamos un consumo de 1717.5 millones de toneladas de CO₂ por año. Este consumo de carbono podría ser aprovechado económicamente por los peruanos, a través de la venta de bonos de carbono que se valorizan actualmente en 6 dólares por tonelada de carbono. Como referencia del potencial económico de los bosques un estudio realizado por Fernando León, director de evaluación, valoración y financiamiento del patrimonio natural del ministerio del ambiente ha concluido que las ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS, aporta potencialmente en lo que se refiere a venta de carbono almacenado un total de 127,4 millones de dólares anuales, en efecto multiplicador de turismo en nuevas áreas naturales protegidas 75.2 millones de dólares anuales, aprovechamiento de recursos forestales no maderables 6.5 millones de dólares, en bioprospección 2 millones anuales, en turismo den áreas naturales protegidas con potencial turístico 0.8 millones de dólares¹⁶.

Como se puede ver conservar los bosques es de vital importancia para nuestra propia subsistencia, ya que purifica el aire, nos protege del impacto de las lluvias, sirve como termorregulador, mantiene fuentes de agua, conserva el hábitat natural, y permite el sostenimiento de la biodiversidad¹⁷, etc., de allí la impostergable necesidad de conservar los bosques del Perú.

¹³ Llamamos "erosión" a una serie de procesos naturales de naturaleza física y química que desgastan y destruyen los suelos y rocas de la corteza de un planeta, en este caso, de la Tierra: <http://www.astromia.com/tierraluna/erosion.htm>.

¹⁴ Diario El Comercio 25/02/2009

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Suplemento Semanal de Economía y Negocios N° 272 Año 5: día_1. El comercio 31 de agosto del 2009.

¹⁷ GALARZA CONTRERAS, Elsa. "La economía de los recursos naturales", Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima, 2004, pág. 222.

Sin embargo, las instituciones del Estado encargadas de proteger los bosques son ineficientes, dentro de ellos el Instituto Nacional de Recursos Naturales (actualmente Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre-DGFFS), porque no realizan programas de reforestación, permiten la tala indiscriminada y no educan a los agricultores¹⁸.

Frente a esta problemática el Derecho es el llamado a brindar soluciones concretas, creando normas, mecanismos, instrumentos legales para proteger el medio ambiente. Si bien han ayudado a solucionar en parte el problema ambiental, resulta aún escasa e ineficiente.

El Derecho Constitucional a través del proceso constitucional de amparo ordena el cese a las actividades contaminantes y de deterioro del medio ambiente; no obstante, le es imposible retrotraer las cosas al estado anterior y repararlas.

El Derecho Administrativo protege los recursos naturales y sanciona las infracciones ambientales; pero, deviene en ineficiente por la escasez de recursos económicos y de infraestructura de la Administración Pública encargada. A esto se suma la corrupción de funcionarios anteriormente descrita.

El Derecho Penal tipifica las actividades contaminantes y de deterioro del medio ambiente; sin embargo, en el Perú nadie va a prisión por dañar el ambiente, porque las penas son demasiadas benignas además de que los sectores administrativos encargados de dar su dictamen para la procedibilidad de la acción penal no cuentan con la infraestructura suficiente para investigar las actividades dañosas.

El Derecho Civil resarce y/o repara el daño ambiental siempre y cuando estén vinculados con el derecho a la salud y a una calidad de vida adecuada ó, cuando se afecta el patrimonio de una persona individualizada. Esto es importante porque se retrotrae de ser posible las cosas a su estado anterior o se indemniza el daño provocado.

Dentro de las ramas del derecho anteriormente descritas consideramos que el Derecho Civil mediante la responsabilidad civil extracontractual¹⁹, resulta

¹⁸ Diario El Comercio 07/08/2008

¹⁹ La responsabilidad extracontractual se basa esencialmente en la verificación de un daño producido en un contacto social, es decir, sin que exista una relación previa entre el causante del daño y la víctima-SCOGNAMIGLIO, Renato. "responsabilidad contractual y extracontractual". Traducción de Leysser León. En: *Ius Et Veritas*. Revista editada por los estudiantes de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XI- N° 22. Lima, 2001. Pág. 54. PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil . Tomo II-Vol. III. Primera edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona, 1983. Pág. 77. En nuestro derecho está regulado por el Art. 1969 Código Civil: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...";Art. 1970 CC.: "Aquel que mediante un bien riesgoso o

más eficaz, para la protección del medio ambiente ya que establece que quién causa un daño debe repararlo, restableciendo el equilibrio que había sido roto por el autor del daño y las víctimas en forma colectiva.

Sin embargo, el Derecho Civil Peruano no ha considerado el supuesto de resarcir a víctimas indeterminadas o de derechos difusos. El legislador del Código Civil de 1984 nunca se ha planteado en estos términos la cuestión que aquí se analiza. Es evidente que la preocupación sobre la escasez de los recursos naturales y el progresivo deterioro de medio ambiente, tal como hoy se conocen, fueron ajenos al legislador del Código Civil.

La Ley 28611 de trece de octubre de 2005 denominada “Ley General del Ambiente” (LGA) en su artículo 142.2 parece definir a los daños ambientales puros; sin embargo, en su artículo 146 inciso c) al regular el consentimiento de la víctima como causa de justificación, confunde este tipo de daño con el civil tradicional.

El derecho comparado trata esta problemática de diversas formas, en la mayoría de las leyes ambientales de América Latina no se hace tal diferenciación, lo que ha llevado a confundir el tratamiento jurídico de las acciones por daños al ambiente con las acciones derivadas de las afectaciones a los derechos individuales de las personas.

En Europa con la dación de la Directiva 35/2004/CE²⁰, se establece un régimen exclusivamente administrativo para solucionar los daños ecológicos puros.

Considerando lo anterior el objeto de la presente tesis es determinar si cabe que alguien responda civilmente por la deforestación en el Perú, tomando ésta como un supuesto de daño ambiental puro²¹. En ese sentido nos preguntamos si el daño por deforestación se encuadra dentro la responsabilidad clásica o tradicional. En el fondo se trata de saber si los conceptos y principios generales de la responsabilidad civil tienen una validez incondicional en el campo o el área medioambiental, respecto al daño ambiental puro, o bien si están sometidos a un tipo de variación o adecuación, que explique o traiga consigo alguna excepción o singularidad.

peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”

²⁰ La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de Abril de 2004, sobre Responsabilidad Medioambiental en Relación con la Prevención y Reparación de Daños Medioambientales

²¹ DAÑO AMBIENTAL PURO: *Ambiental*, porque el daño o perjuicio tiene que ver con la relación entre los organismos y el medio ambiente; *puro*, porque falta una víctima individual en el sentido tradicional de la dogmática del derecho de la responsabilidad civil atribuye al término “víctima”. RUDA GONZÁLES, Albert. Tesis Doctoral: EL DAÑO ECOLÓGICO PURO. La Responsabilidad Civil Por El Deterioro Del Medio Ambiente. Facultat de Dret. Universitat de Girona. Girona – España 2005.

Pues siempre, se presenta a la responsabilidad medio ambiental como gobernada por principios propios. Conviene examinar, por ello, si la responsabilidad civil es realmente un Campo de Agramante²² donde todo vale o bien las reglas generales conservan su validez en este otro terreno por escondidas que puedan parecer.

Por lo tanto, creemos que la responsabilidad civil por daño ambiental puro debería tener un tratamiento especial, puesto que hay particularidades como: acreditar el daño, su magnitud, los autores, el nexo causal, la legitimidad para accionar, formas y destino de la reparación y el cómputo del plazo de la prescripción.

2.2. Justificación del problema

Dada la gravedad del deterioro medioambiental en el mundo y su consecuencia más significativa, el cambio climático global. Se hace necesario proteger los bosques, pues son determinantes para la vida en nuestro planeta; sin embargo, están siendo arrasados, desaparecen como producto de la tala indiscriminada de árboles.

La importancia de la presente tesis radica en que propone una alternativa de solución al problema de la deforestación en el Perú, a través de la modulación de la responsabilidad civil extracontractual al daño ambiental puro, logrando de esta manera reparar el daño a los bosques ó cobrar la indemnización correspondiente por su depredación, la que será invertida o destinada a programas de reforestación del área dañada.

Nuestra investigación se justifica, puesto que, lo que se propone es implementar mecanismos legales efectivos, dirigidos a proteger los bosques, previniendo y reparando los daños causados por la deforestación. Ya que en nuestra legislación vigente no existe un tratamiento especial del tema y los instrumentos legales que existen no son eficientes.

2.3. Formulación del problema

¿Cómo se adecuarían los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual para solucionar el problema de la deforestación como daño ambiental puro en el Perú?

²² CAMPO DE AGRAMANTE: el diccionario real academia de la lengua española lo define como Lugar donde hay mucha confusión y en el que nadie se entiende. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura

2.4. Variables:

2.4.1. Variable independiente:

El problema de la deforestación como daño ambiental puro en el Perú.

2.4.2. Variable dependiente:

Adecuación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

3. Hipótesis:

En base a los principios del derecho ambiental de “quien contamina paga”, de prevención y precautorio los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual se adecuarían de la siguiente manera: redefiniendo el concepto jurídico de “daño”; excluyendo la antijuricidad; el factor de atribución sería objetivo; y, el problema del nexo causal se soluciona con la inversión de la carga de la prueba; creando así, una responsabilidad civil-medioambiental.

4. Diseño de contrastación

4.1. Materiales de estudio

- a. Ley General del Ambiente N° 28611, promulgada el 13 de octubre de 2005.
- b. Decreto Legislativo N° 1090 Decreto Legislativo que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.
- c. Código Civil de 1984.
- d. Código Procesal Civil.
- e. Doctrina Nacional y extranjera en materia de responsabilidad civil por daño ambiental.
- f. Legislación comparada referente al tema de responsabilidad civil por daño ambiental.
- g. Jurisprudencia nacional y extranjera en materia de responsabilidad civil por daño ambiental.
- h. Reportes periodísticos de diversos diarios del país.
- i. Revistas ecológicas y ambientalistas.

4.2. Métodos y Técnicas:

4.2.1. Métodos:

- a. **Método Analítico:** Este método nos permite estudiar por separado cada uno de los elementos de la responsabilidad civil por daño ambiental puro, analizando toda la doctrina, legislación nacional y extranjera obtenida sobre el particular, para de esta manera determinar la factibilidad de su aplicación en nuestro país como mecanismo de solución del problema de la deforestación. Asimismo, construir nuestro marco teórico.
- b. **Método Comparativo:** Nos permite hacer una comparación entre las diversas legislaciones existentes en el mundo, sobre el tema en particular, para de esta manera enriquecer nuestro derecho interno, específicamente el derecho ambiental.
- c. **Método Deductivo:** Mediante este método estableceremos ciertas conclusiones partiendo del análisis del marco teórico general de la Responsabilidad Civil, para luego ir a lo específico, la problemática de la responsabilidad civil por la deforestación como daño ambiental puro.
- d. **Método Hermenéutico:** Para nuestra problemática este método ha sido utilizado para interpretar las normas y principios, buscando su verdadero sentido a fin de ser utilizados de manera coherente y sistemática. Por lo cual estudiaremos las normas del Derecho Civil, específicamente de la responsabilidad civil extracontractual, las normas de la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611), y la legislación extranjera.
- e. **Método Inductivo:** Este método lo hemos utilizado al analizar, en forma individual, diversos casos de deforestación en las regiones del Perú, llegando a la conclusión general de que representa un grave problema para el Perú entero y que existe la necesidad imperiosa de establecer un sistema de responsabilidad medioambiental para darle solución.
- f. **Método Sintético:** Una vez analizados los elementos del objeto de estudio, se procede a formular las conclusiones y sugerir recomendaciones con respecto a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual a los daños al ambiente, propiamente a la deforestación.

4.2.2. Técnicas:

- a. **Observación:** Esta técnica nos permitirá tener acceso directo sobre los hechos que suceden en la realidad, en lo referente a nuestro tema de estudio.
- b. **Acopio Documental:** Lo utilizaremos para seleccionar todos los documentos que sean necesarios en nuestro trabajo de investigación.
- c. **Fichaje:** Se realizará una recopilación de la bibliografía existente sobre el tema tratado, empleando fichas bibliográficas de resumen.

TITULO II MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I MEDIO AMBIENTE

1. DEFINICIÓN

El ambiente se entiende como un sistema; es decir como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales- vivientes o inanimados- sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos. Así, el ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivos y que permiten de una manera directa o indirecta su sana existencia y coexistencia²³.

El medio ambiente llamado también biósfera donde se desenvuelve la vida en el planeta Tierra es un sistema que engloba a todos los organismos vivos, así como el aire, el agua y los suelos²⁴.

En tal sentido, se llama Medio Ambiente al conjunto de valores naturales, sociales y culturales existentes en un lugar y en un momento determinado, que influyen en la vida del hombre y en las generaciones futuras. Es decir, el concepto de Medio Ambiente engloba no sólo el medio físico (suelo, agua, atmósfera), y los seres vivos que habitan en él, sino también las interrelaciones entre ambos que se producen a través de la cultura, la sociología y la economía.

El ambiente es el conjunto de elementos sociales, económicos, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos²⁵.

²³ STC: EXP. N° 0018-2001-AI/TC

²⁴ CAILLAUX Jorge. "El medio ambiente y su protección jurídica en el Perú. Un primer análisis" PUCP, Lima 1978, págs. 62y 63

²⁵ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. "Manual de Derecho Ambiental". Editorial Pro-Terra, Lima-Perú, 2006. Pág. 50.

Para la Ley N° 28611- Ley General del Ambiente, en su artículo 2.3, el ambiente comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociados a ellos.

2. EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURIDICO

Es hasta muy recientemente que la doctrina comienza a plantear la consideración del ambiente como un bien jurídico susceptible de tutela legal por sí mismo y por tanto el reconocimiento del derecho ambiental como una disciplina jurídica autónoma.

Empero, la consideración del ambiente como bien jurídico implica, por una parte, su definición desde el punto de vista de la ciencia jurídica, y por otra, reconocer que este concepto encierra en sí mismo una dualidad en la que se puede distinguir entre el ambiente propiamente tal y los elementos que lo integran.

En efecto, desde la óptica científica el ambiente ha sido definido como el conjunto de elementos naturales, es decir, aire, agua, suelo, flora y fauna que se encuentran en interacción; pero en el ámbito de la ciencia jurídica esos elementos ameritan un tratamiento al menos desde tres perspectivas²⁶:

- a. Como bienes en sí mismos,
- b. Como bienes que desempeñan una función ambiental respecto de los otros con lo que interactúan, y
- c. Como ambiente propiamente tal.

A los primeros podemos denominarlos elementos de base del ambiente, mientras que a los segundos elementos o bienes función²⁷. Sobre estos elementos se superpone un bien jurídico de mayor envergadura que está formado por las interacciones que se presentan entre los mencionados bienes función y que permiten mantener un equilibrio ecológico al interior de los ecosistemas y entre ellos.

²⁶ Como dice Loperena: "En definitiva, los bienes de repercusión ambiental teóricamente han de considerarse compuestos de dos partes: la ordinaria, susceptible del derecho de propiedad y de uso y disfrute inherente a él y sus derivados; y la ambiental, excluida del tráfico jurídico". Loperena Rota, Demetrio. **El derecho al medio ambiente adecuado**. Madrid, Civitas-IVAP. 1996. p. 70

²⁷ En el sistema jurídico mexicano, como en muchos otros, la tutela de esas funciones se manifiesta a través de la imposición de modalidades a la propiedad privada que con base en el párrafo tercero de la Constitución Política establecen las diferentes leyes sobre recursos naturales, vgr., las leyes, forestal, de vida silvestre o de pesca.

Por ello, la doctrina más avanzada, la jurisprudencia e incluso la legislación en algunos países se orientan ya a distinguir entre los elementos de base que integran al ambiente (aire, agua, suelo, flora y fauna) y el ambiente propiamente tal, entendido éste como un bien jurídico inmaterial de titularidad colectiva²⁸.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia Italiana que en su sentencia 210/87 afirmó:

"El ambiente en sentido jurídico aunque constituye un amasijo que, puede comprender varios bienes o valores –como la flora, la fauna, el suelo, el agua, etc.– se distingue ontológicamente de estos y se identifica en una realidad privada de consistencia material, pero expresiva de un valor autónomo colectivo constituyente, como tal, específico objeto de tutela de parte del ordenamiento, con la ley del 8 de julio de 1986 n. 349, respecto a ilegalidad, cuya idoneidad lesiva se evalúa específicamente respecto a tal valor e independientemente de la particular incidencia verificada sobre uno o varios de esos componentes singulares, según un concepto de perjuicio que, si bien reconducible a aquél del daño patrimonial, se caracteriza, todavía por una acepción más amplia, debiéndose poner atención, para su identificación, no tanto en la mera diferencia entre el saldo activo del perjudicado antes y después del evento lesivo, en cuanto a su idoneidad, con del mismo modo de una valoración social típica, al determinarse en concreto una disminución del valor y de la utilidad económica de la cual el perjudicado pudo disponer desvinculada de una concepción aritmético contable".²⁹

La consideración del ambiente como bien jurídico propiamente tal, que constituye el primer requisito para la construcción de un sistema de responsabilidad ambiental, es todavía una tarea pendiente en la legislación latinoamericana comparada. En el contexto latinoamericano, si bien desde antes de la celebración de la Cumbre de Estocolmo en 1972 se percibe la tendencia al reconocimiento del derecho a un medio ambiente adecuado y la mayoría de las legislaciones sobre el particular incluyen la definición de un concepto de ambiente); que por regla general, no significa el pleno

²⁸ Véase: Rodríguez Ramos, Luis. "Delitos contra el ambiente", en **Comentarios a la legislación penal** dirigidos por Cobo y coordinados por Bajo. **La reforma del Código Penal de 1983**. Tomo V, vol 2º, Madrid, 1985. pp. 829-830.

²⁹ GONZALEZ MARQUEZ, José Juan, "La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina", PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Diciembre, 2003, pág. 15

reconocimiento del ambiente como específico objeto de tutela por el ordenamiento jurídico.

3. MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

3.1. CONSTITUCION DE 1993

La Constitución Política de 1993 (artículo 2º, inciso 22) reputa como fundamental el derecho de la persona « (...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida». El constituyente, al incluir dicho derecho en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, ha tenido como propósito catalogar el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano, como un derecho de la persona. El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido (...)³⁰.

3.2. LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra “*Constitución Ecológica*”, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental³¹.

Tal como en su momento fue desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana³², en criterio que es compartido por este Tribunal, la Constitución Ecológica tiene una triple dimensión:

- Como ***principio*** que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación.
- Como ***derecho*** de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.
- Como ***conjunto de obligaciones*** impuestas a las autoridades y a los particulares, “*en su calidad de contribuyentes sociales*”³³

³⁰STC.EXP.Nº 048-2004-AI/TC, fundamento 17

³¹ STC. EXP. Nº 03610-2008-PA/TC. fundamentos 33,34.

³² Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia

³³ STC. EXP. Nº 03610-2008-PA/TC. fundamentos 33,34

3.3. EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO EQUILIBRADO Y ADECUADO COMO DERECHO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.

El derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de una persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado debe asegurar a los individuos a fin de permitir su desarrollo, el Estado no sólo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sino adicionalmente, a respetarlas a asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el Estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos y, como resulta evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros³⁴.

3.3.1. CONTENIDO

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la 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 en 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 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. 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

³⁴ STC. Exp. Nº 03448-2005-PA/TC.

a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente³⁵.

La jurisprudencia ha contribuido a la efectividad del derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Por ejemplo, tenemos la famosa sentencia en el Caso de Tala de Árboles del Campo de Marte expedida por el juez Vladimir Paz de la Barra en 1988, en que se ordenó la suspensión de la tala de árboles y se paralicen las obras civiles. En aquella oportunidad se dijo “(...) el sometimiento de la naturaleza al servicio del hombre , no constituye un proceso que se levanta sobre la base de la destrucción de la naturaleza; por cuanto así como no puede existir sociedad sin personas, de la misma forma tampoco podrá existir sociedad sin naturaleza; toda vez que constituyen un solo todo, es decir: el medio humano. Que en tal sentido, estando a que la vida de los hombres se encuentra íntimamente ligada a la naturaleza, por consiguiente, los derechos humanos, no solamente se refieren al desenvolvimiento del hombre dentro de la vida social, sino también a la coexistencia e interrelación de este con la naturaleza; en última instancia, el derecho del ser humano a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (...)”³⁶.

3.3.2. TITULARIDAD

El inciso 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo” de la vida de la persona. Se trata, en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimiento, de un derecho subjetivo de carácter constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, de ciudadanía. Sin embargo, no sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas. En cuanto al interés difuso, cualquier persona natural está autorizada para iniciar las acciones judiciales que se hayan previsto en el ordenamiento con el objeto de dispensarle tutela, por

³⁵STC.Exp. N° 0048-2004-PI/TC.

³⁶CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente*. Jurista Editores, Lima,2004,p.470.

lo que, para tales casos, no se requiere que exista una afectación directa al individuo que promueve la acción judicial. Además, también se ha previsto que gozan de legitimidad procesal para su defensa las personas jurídicas que tienen como objeto social la preservación del medio ambiente³⁷.

Los derechos al medio ambiente sano deben ser tratados desde ambos enfoques, porque el derecho humano al ambiente tiene ínsito un deber correlativo, que saca al hombre del papel meramente pasivo de ser protegido. En esta lógica, la legislación peruana establece que ese derecho lleva implícito el deber de todo ciudadano de velar por la protección del ambiente.

La visión antropocéntrica del Derecho Ambiental ha sido destacada por varios autores cuando afirman: “El concepto de ambiente apto para el desarrollo humano está vinculado a una versión finalista del ambiente: El derecho al ambiente es un derecho y es un derecho medio, orientado a un fin: el desarrollo humano; necesitamos el ambiente no simplemente para respirar y vivir, sino para crecer, progresar, para desarrollarnos”.

El derecho al ambiente no es un derecho solitario. Existe una inmediatez entre el ambiente y el hombre: el hombre con su circunstancia. El hombre y sus relaciones con la naturaleza, la producción y las generaciones venideras³⁸.

Basándonos en lo expuesto cabría afirmar que el medio ambiente es objeto de tutela del Derecho en la medida que sea necesario para el desarrollo de la vida de hombre; es decir, que sería un bien jurídico tutelado no en razón de sí mismo, sino sólo en función de su adecuabilidad al desarrollo de las personas.

Esta visión restringida ha sido recogida por las constituciones de varios países, una de ellas es la nuestra, que en su artículo 2º inciso 22) establece que: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. Cuyo texto nos podría inducir a determinar que la protección del medio ambiente tiene un carácter estrictamente individual, y que ante cualquier alteración de éste último que no lo pueda afectar

³⁷ STC. EXP. N.º 0964-2002-AA/TC, fundamento 8

³⁸ DROMI, Roberto. Citado por MARTIN LOPEZ, Hernán; “Reparación Ambiental”. Buenos Aires-Argentina. Editorial ciudad. 2002.p.43.

directamente el normal desarrollo de la vida del individuo, a éste le correspondería un interés colectivo, pues el disfrute del mismo es esencialmente colectivo, por cuanto dependemos de él.

La nueva Ley General del Ambiente en el artículo I del Título Preliminar establece con acierto que “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de su 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”.

Reconociendo además en su artículo IV 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...Se puede interponer acciones legales aún en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”.

No cabe duda pues que el medio ambiente es un bien jurídico tutelado no sólo de carácter individual sino también de carácter colectivo e interés difuso; por lo que la aparente limitación introducida por la norma constitucional acerca de la adecuabilidad del ambiente al desarrollo de la vida de la persona en cuestión, tendría que interpretarse en sentido lato, vale decir que cualquier afectación indeseable del medio ambiente lesionaría el derecho de cualquier persona a la adecuabilidad del mismo para su desarrollo, aunque no lo perjudique directamente, pues le estaría restando la posibilidad de desarrollarse plenamente, o de conservar opciones de desarrollo futuro, que podrían disminuir o desaparecer a causa del daño ambiental. Siendo éste el punto de vista que prevalece en los tratados y declaraciones sobre el Medio Ambiente suscritos por el Perú.

CAPITULO II

LOS BOSQUES EN EL PERÚ Y LA DEFORESTACIÓN

1. CONCEPTO DE BOSQUES

Por bosques se entiende a las tierras que se extienden por más de 0,5 hectáreas dotadas de árboles de una altura superior a 5 m y una cubierta de dosel superior al 10 por ciento, o de árboles capaces de alcanzar esta altura in situ. No incluye la tierra sometida a un uso predominantemente agrícola o urbano³⁹.

Los bosques son formaciones forestales densas, donde los árboles de diversas alturas y el sotobosque cubren una proporción considerable del terreno, o bien en una masa boscosa clara.

2. DEFINICIÓN DE BOSQUES EN EL ACUERDO DE MARRAKESH

En el acuerdo de Marrakesh⁴⁰ que aprueba preliminarmente los principios, definiciones, modalidades y procedimientos para las distintas actividades en relación a este tema.

En este documento se establecen las definiciones de bosques, forestación y reforestación, respecto a la definición de bosques tenemos la siguiente:

Bosque: superficie mínima de tierras de entre 0,05 y 1,0 hectáreas (ha) con una cubierta de copas (o una densidad de población equivalente) que excede del 10 al 30% y con árboles que pueden alcanzar una altura mínima de entre 2 y 5 metros (m) a su madurez in situ.

³⁹ Informe principal 163 FAO 2010. http://foris.fao.org/static/data/fra2010/FRA2010_Report_S.pdf

⁴⁰ Durante la Séptima Conferencia de las Partes – COP 7 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático que se celebró en Marrakesh- Marruecos- África, en el 2001 se aprobó la decisión 11/CP7 “Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura” (LULUCF por sus siglas en inglés)

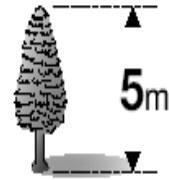


Definiciones de Bosque de Marrakesh

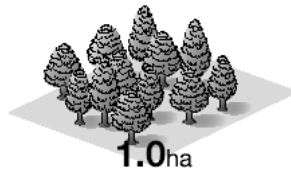
**Durante la COP 7 (Marrakesh 2001) se adoptó la decisión 11/CP.7:
Reglas para la inclusión de actividades LULUCF**

Bosque: superficie mínima de tierras de entre 0,05 y 1,0 hectáreas (ha) con una cubierta de copas (o una densidad de población equivalente) que excede del 10 al 30% y con árboles que pueden alcanzar una altura mínima de entre 2 y 5 metros (m) a su madurez in situ.

Altura mínima



Área mínima



Cobertura de Copa Mínima

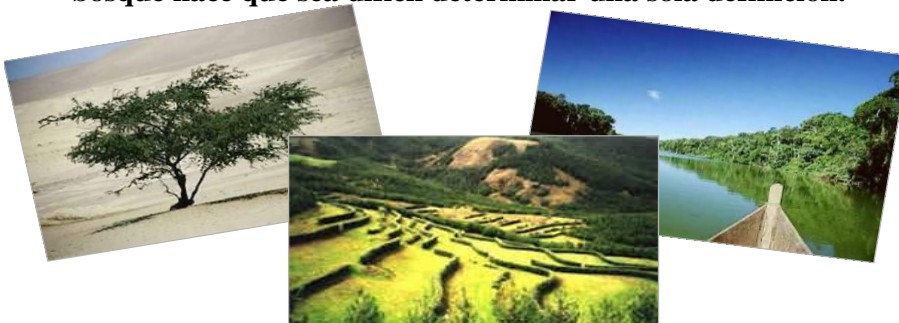


En el Perú se consideran bosques a las masas forestales naturales y las plantaciones jóvenes que aún no han alcanzado una densidad de copas de entre el 10 y el 30% o una altura de los árboles de entre 2 y 5 m, así como las superficies que normalmente forman parte de la zona boscosa pero carecen temporalmente de población forestal a consecuencia de la intervención humana (por ejemplo, zonas de aprovechamiento), o de causas naturales, pero que se espera vuelvan a convertirse en bosque⁴¹.



Definición de Bosques MDL

En el caso del Perú, la diversidad de los distintos tipos de bosque hace que sea difícil determinar una sola definición.



“Tierras con una cubierta de copa de más del 30 por ciento del área y una superficie superior a 0.5 hectárea (ha). Los árboles deberían poder alcanzar una altura mínima de 5 metros (m) a su madurez in situ.”

⁴¹ www.fonamperu.org/general/bosques/d-mdl-lulucf.pps

3. PROPUESTA DE FONAM PARA UNA DEFINICIÓN DE BOSQUES DE MECANISMO DE DESARROLLO LIMPIO- MDL

3.1. Cobertura de copa entre 10 y 30%

Este parámetro se define por la proyección ortogonal de las copas de los árboles sobre la superficie, es decir, hace referencia a la superficie del suelo que es cubierta por individuos de porte arbóreo de una o todas las especies, representado en porcentaje.

Un valor cercano al 30% aumentará la cantidad de tierras que serán consideradas como “no bosque”, incluyendo casi la totalidad de los bosques secos de la costa, los bosques andinos fragmentados y posiblemente algunos suelos deforestados invadidos por pastos en la selva. La desventaja de asumir un valor alto es que no podrían incluirse proyectos con plantaciones de baja densidad que no alcancen cobertura de copa de por lo menos 30% en su estado adulto.

3.2. Altura promedio → entre 2 y 5 metros

Este parámetro se define como la altura promedio en el estado adulto de los individuos que conforman el estrato arbóreo del bosque, expresada en metros.

Para el caso del Perú, los ecosistemas limitantes son los bosques secos y los bosques de montaña. Siendo el de mayor potencial para acceder al MDL el bosque seco, deberíamos tomar un valor tal que no se corra el riesgo de que formaciones arbustivas que alcancen los 2 metros puedan ser consideradas bajo la definición de bosques, como es el caso de los overales, lo que reduciría la oferta de tierras para el MDL en esta zona.

Por otro lado la elección de un valor cercano a 5 metros eliminaría la posibilidad de utilizar especies de porte bajo.

3.3. Superficie mínima → entre 0.05 y 1 hectárea

Este parámetro define el área mínima sobre la cual se evaluarán los flujos de carbono y la acción de los dos parámetros anteriores.

La extensión mínima tendrá influencia en la posibilidad de incluir unidades de terrenos separadas geográficamente como partes de un solo proyecto. La decisión sobre este parámetro tendrá influencia directa sobre los costos de monitoreo del proyecto, teniendo en cuenta que una mayor dispersión del área significa una mayor variabilidad y un mayor número de muestra.

Por otro lado, el uso de sistemas de información geográfica sobre proyectos forestales requerirá de mayores inversiones mientras más pequeñas sean las áreas a interpretar, siendo inclusive 1 hectárea un parámetro bajo para la comodidad en el muestreo y el uso de sensores remotos.

El FONAM, propone que el Perú adopte la siguiente definición de bosques para su utilización en proyectos de uso de la tierra, cambio de uso y forestería que apliquen al MDL del Protocolo de Kyoto durante el primer periodo de compromiso:

“Tierras con una cubierta de copa de más del 30 (25) por ciento del área y una superficie superior a 1 hectárea (ha). Los árboles deberían poder alcanzar una altura mínima de 4 (3) metros (m) a su madurez in situ.”

Esta definición de bosques deberá ser de aplicación exclusiva dentro del MDL, y no deberá ser tomada en cuenta en otros marcos, por ejemplo, en la discusión sobre deforestación evitada.

Como podemos ver se han dado varios esbozos del concepto bosque que no desarrollan todo el significado de bosques, sobre su funcionalidad con el cambio climático, y los servicios ambientales que brindan.

4. FUNCION DE LOS BOSQUES

Los bosques permiten el aprovechamiento de productos maderables y no maderables. Los productos forestales maderables son diversos: 1) madera en rollo (rolliza) o en forma de astilla, 2) productos primarios procesados (madera aserrada, paneles de madera, pulpa y papel) y 3) productos procesados con mayor valor agregado (madera para carpintería, muebles de madera, papel reciclado y productos de cartón, etc.). De otro lado, el comercio de productos no maderables cubre una amplia gama de artículos; desde plantas medicinales y aromáticas, hasta nueces, frutas, resinas, taninas, ceras y productos artesanales⁴².

A esto hay que sumar una amplia gama de bienes y servicios ambientales, tales como la belleza paisajista, los servicios turísticos y eco turísticos, la diversidad genética que albergan los bosques, los servicios de absorción de carbono de la atmósfera (sumideros de carbono), entre otros⁴³.

⁴² Simula, Markku (2001), *comercio y medio ambiente en la producción forestal*. Washington D.C. BID. citado por Elsa Galarza y karlos La Serna. En *¿son sostenibles las concesiones forestales?*, artículo publicado en la revista *economía y sociedad*. Vol.56. Editado por el CIES, junio 2005.

⁴³ Elsa Galarza y karlos La Serna. En *¿son sostenibles las concesiones forestales?*, artículo publicado en la revista *economía y sociedad*. Vol.56. Editado por el CIES, junio 2005.p. 34.

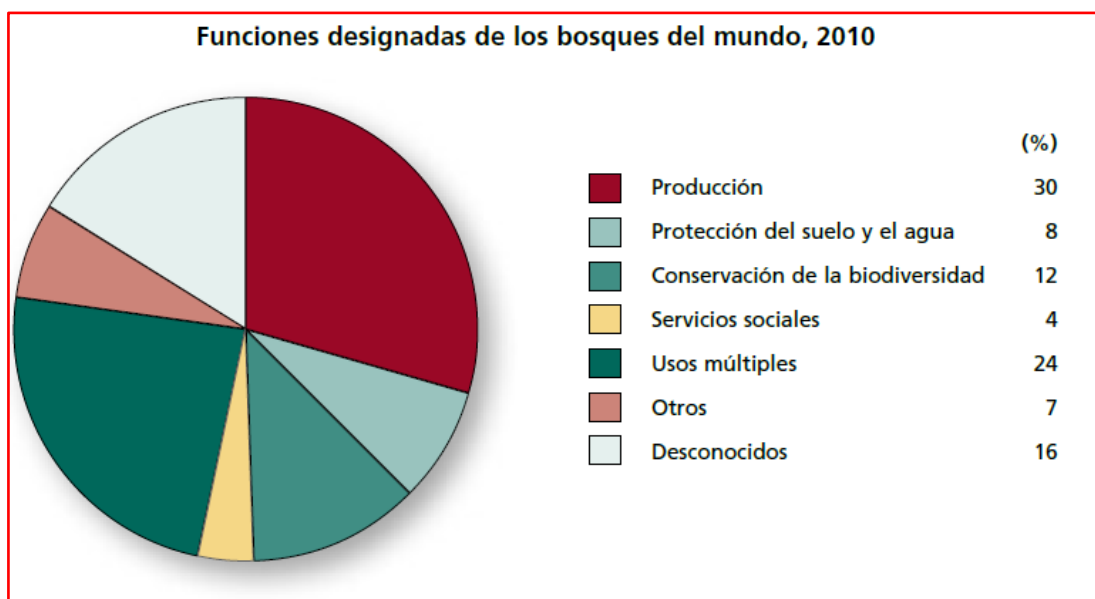
El libro verde sobre Protección de los Bosques e Información Forestal en la Unión Europea: Preparación de los Bosques al Cambio Climático⁴⁴, señala que los bosques cumplen las siguientes funciones:

a) Funciones socioeconómicas

Los bosques proporcionan empleo, ingreso y materias primas para la industria y para la producción de energía renovable. Los bosques al proporcionar madera aserrada, tableros de madera, pasta para papel, leña, virutas de madera, y cortezas para bioenergía, lo que representa miles de puestos de trabajo en el país.

b) Funciones ambientales

Los bosques protegen el suelo de la erosión y la desertificación, contribuyen a la fertilidad y productividad del mismo, regulan los suministros de agua, protegen la biodiversidad, son sumideros y fuentes de carbono, regulan las condiciones meteorológicas a nivel local y regional.



Fuente: FAO FRA 2010⁴⁵

Estas funciones de los bosques se traducen en servicios ambientales que recién con el Proyecto de Ley 4141-2009-EP⁴⁶, se intentaría regularlos, así en su artículo 8 señala lo siguiente:

Artículo 8°.-Servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y de la fauna silvestre

⁴⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0066:FIN:ES:PDF>.

⁴⁵ Evaluación de los Recursos Forestales Mundiales 2010, informe principal 163, FAO-FRA 2010 (por sus siglas en inglés), pág. 26: disponible en: http://foris.fao.org/static/data/fra2010/FRA2010_Report_S.pdf.

⁴⁶ Este proyecto señala cuales son los servicios ambientales forestales, sin embargo, el tema necesita de un desarrollo legislativo amplio para su protección y aprovechamiento.

8.1 Los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y de la fauna silvestre son los beneficios producidos por los flujos de materia, energía de información provenientes del patrimonio forestal y de fauna silvestre, los cuales, combinados con capital social y financiero, incrementan el bienestar para las personas y la sociedad en su conjunto.

8.2 Son servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, entre otros.

a) La protección del suelo incluyendo las riberas de los cauces y fuentes de agua;

b) La captación de agua y la regulación de los flujos hídricos;

c) El mantenimiento de la diversidad biológica; paisajes, incluyendo la belleza escénica y los valores estéticos y culturales y recreativos asociados;

d) Los procesos ecológicos tales como la captura, el almacenamiento y retención de carbono y otros gases de efecto invernadero, así como otros ciclos biogeoquímicos; y,

e) La atenuación de los efectos drásticos del clima.

8.3 Son servicios de fauna silvestre, entre otros:

a) La polinización

b) La dispersión de semillas

c) La fertilización de los suelos; y,

d) El control biológico;

e) Mantenimiento de las cadenas tróficas en los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.

5. CLASES DE BOSQUES

La ley 27308⁴⁷, Ley Forestal y de Fauna Silvestre en concordancia con el Decreto Supremo 014-2001-AG Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre define en su artículo 3°, a tres tipos de bosques⁴⁸:

- **Bosque natural.**- Ecosistema nativo, con predominancia arbórea o arbustiva, intervenido o no, capaz de regenerarse por sucesión natural. Puede ser manejado bajo técnicas y prácticas silviculturales aplicadas para estimular la regeneración natural o para realizar repoblamiento con las especies deseadas.
- **Bosque primario.**- Ecosistema boscoso con vegetación original, caracterizado por la abundancia de árboles maduros de especies del dosel superior o dominante, que ha evolucionado de manera natural y que ha sido poco perturbado por actividades humanas o causas naturales. Bosque

⁴⁷ Ley vigente, hasta que se dé una nueva ley producto del Proyecto de Ley 4141-2009-EP.

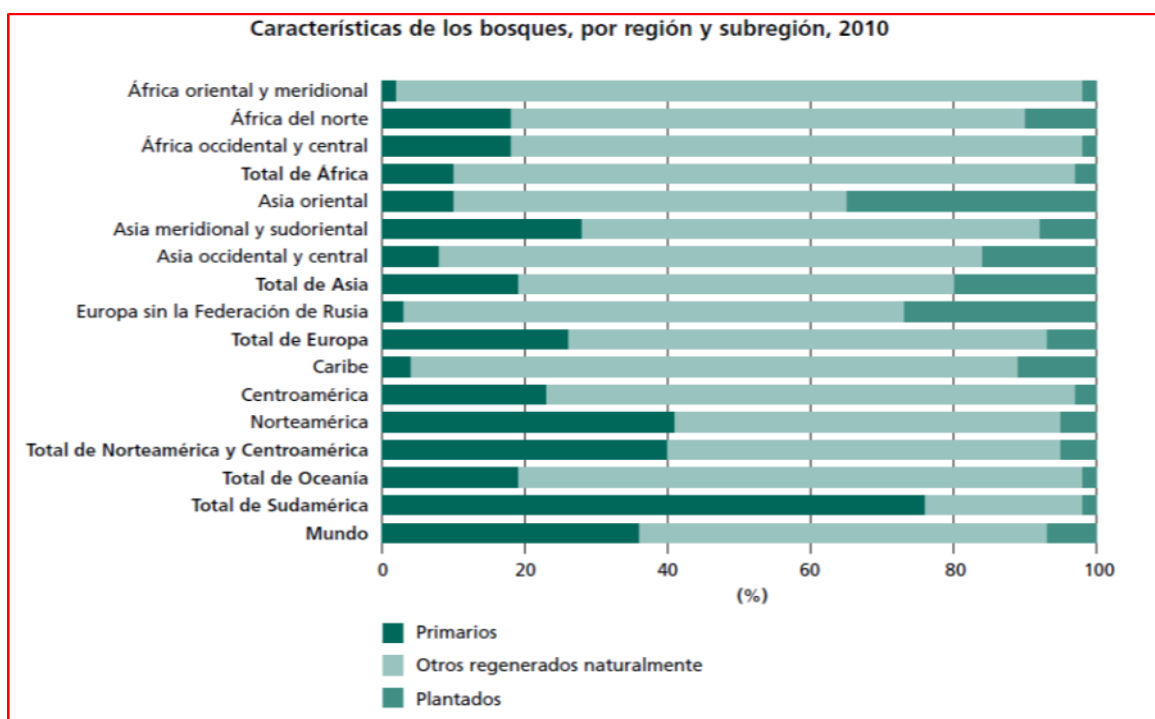
⁴⁸ EL Proyecto de Ley 4141-2009-EP, actualmente en debate en el Congreso de la República, no contempla una definición de bosques, esperamos que en el documento final se incluya una definición.

predominantemente compuesto de árboles establecidos mediante regeneración natural.

- **Bosque secundario.-** Vegetación leñosa de carácter sucesional que se desarrolla sobre tierras cuya vegetación original fue destruida por actividades humanas.

6. CARACTERÍSTICAS DE LOS BOSQUES.

En el FRA 2010⁴⁹, se caracteriza los bosques en tres categorías diferenciadas: bosques primarios, otros bosques regenerados naturalmente, y bosques plantados. En base a ello, se construyó el siguiente cuadro que refleja la situación actual de los bosques en el mundo.



Fuente: FAO, FRA 2010

Se concluye que a nivel mundial Más de un tercio (el 36 por ciento) del área total de bosque está clasificado como bosque primario, es decir, bosque integrado por especies nativas en el que no hay muestras claramente visibles de actividad humana y los procesos ecológicos no se ven apreciablemente alterados. Más de la mitad de todos los bosques (el 57 por ciento) se regenera de manera natural y muestra señales visibles de actividad humana. El siete por ciento de los bosques se clasifica como bosques establecidos por plantación o siembra.

⁴⁹ FRA 2010, Op, Cit, pág., 28

Si bien el 36 por ciento de los bosques están clasificados como primarios, esta área disminuye a un ritmo de unos cuatro millones de hectáreas anuales. Sin embargo, algunos países están protegiendo parte de sus bosques naturales frente a cualquier tipo de intervención.

7. DEFORESTACIÓN

La deforestación es la pérdida de bosques o masa forestal, causada por la actividad humana, principalmente por la industria maderera y de transformación, la tala indiscriminada para ganar tierras en la agricultura, uso de leña, construcción de carreteras, incendios, etc. generando desequilibrio ecológico, pérdida de la biodiversidad e incremento en el calentamiento del planeta⁵⁰

La deforestación es el proceso de pérdida de los bosques o masas forestales, fundamentalmente causada por la actividad humana, tala o quema de árboles accidental o provocada. Está directamente causada por la acción del hombre sobre la naturaleza, principalmente debido a las talas realizadas por la industria maderera, así como para la obtención de suelo para la agricultura⁵¹.

La deforestación es una de las modalidades más drásticas de las alteraciones de la cobertura de la tierra que se producen por acción humana. La tala continua ha reducido la superficie cubierta por los bosques a una cantidad estimada a 40 millones de km² de los cuales 12 millones son bosques abiertos. La lectura de imágenes satelitales permite actualmente una evaluación directa y más precisa del proceso de deforestación y su expansión durante los últimos 25 años⁵².

Para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) la deforestación es desmontar total o parcialmente las formaciones arbóreas para dedicar el espacio resultante a fines agrícolas, ganadero o de otro tipo. Esta concepción no tiene en cuenta ni la pérdida de superficie arbolada por desmonte parcial, ni el entresacado selectivo de maderas, ni cualquier otra forma de degradación⁵³.

La deforestación, entendida como la pérdida de la cobertura forestal, y la degradación de los bosques, es decir la pérdida en la calidad del bosque, están vinculados a conflictos en torno al acceso y uso de los recursos naturales de los bosques, pobreza y abandono, expansión agrícola no planificada, extracción ilegal de los recursos forestales, disminución de las posibilidades de adaptación y

⁵⁰ Perú: Anuario de Estadísticas Ambientales, 2009. Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales LIMA - PERÚ Mayo, 2009, Centro de Edición del INEI. <http://www1.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0800/Libro.pdf>

⁵¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Deforestaci%C3%B3n>

⁵² Para más información véase, <http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/Deforest.htm>

⁵³ Consúltese: http://www.predes.org.pe/ayudatematica_pdf/deforestacion_reforestacion.pdf

mitigación frente al cambio climático y reducción de la posibilidad de acceder a mercados internacionales para la comercialización de productos forestales maderables.

La deforestación es la reducción progresiva de las masas forestales por causa de la tala indiscriminada, que es uno de los pasos previos a la desertización (proceso que convierte las tierras fértiles en desiertos por la erosión del suelo). Todo esto perjudica al medio ambiente⁵⁴.

La deforestación, con mucho el proceso más importante, implica la tala del bosque por la acción humana para su conversión a otros usos, como la agricultura o las infraestructuras. Los desastres naturales también pueden destruir los bosques; cuando la zona no puede regenerarse de forma natural y no se hacen esfuerzos para replantarla, esos bosques pasan también a la categoría de otras tierras⁵⁵.

En un reciente estudio, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación- FAO, explica que en la dinámica de los cambios forestales. Se distinguen tan solo dos clases: bosques y todas las demás tierras. Una reducción del área de bosque puede darse por dos procesos distintos: la deforestación y los desastres naturales⁵⁶.

La deforestación, con mucho el proceso más importante, implica la tala del bosque por la acción humana para su conversión a otros usos, como la agricultura o las infraestructuras.

Los desastres naturales también pueden destruir los bosques; cuando la zona no puede regenerarse de forma natural y no se hacen esfuerzos para replantarla, esos bosques pasan también a la categoría de otras tierras.

El aumento del área de bosque puede también darse de dos maneras: por forestación (es decir, la plantación o siembra de árboles en tierras que antes no tenían cubierta forestal) o por expansión natural del bosque (por ejemplo, en terrenos agrícolas abandonados, lo que es un proceso muy frecuente en algunos países europeos).

Cuando se tala una parte del bosque para volver a plantar árboles (reforestación), o cuando el bosque se repone por sí solo en un plazo relativamente corto (regeneración natural), no hay cambios en el área de bosque.

⁵⁴ Disponible en: <http://www.sanagustin.edu.pe/revista/3-4/concepto.html>

⁵⁵ Evaluación de los Recursos Forestales Mundiales 2010, informe principal 163, FAO, disponible en http://foris.fao.org/static/data/fra2010/FRA2010_Report_S.pdf

⁵⁶ FRA 2010. OpCit, pág, XV



Fuente: FRA 2010⁵⁷

8. AGENTES DE LA DEFORESTACIÓN

Entenderemos por agentes de deforestación a las personas, corporaciones, organismos gubernamentales o proyectos de desarrollo que talan los bosques.

AGENTE	VÍNCULO CON LA DEFORESTACIÓN
Agricultores de roza y quema	<i>Descombran el bosque para sembrar cultivos de subsistencia y otros cultivos para la venta.</i>
Agricultores comerciales	<i>Talan los bosques para plantar cultivos comerciales, a veces desplazan a los agricultores de roza y quema, que se trasladan a su vez a los bosques.</i>
Ganaderos	<i>Talan los bosques para sembrar pastos, a veces desplazan a los agricultores de roza y quema, que se trasladan a su vez a los bosques.</i>
Pastores de ganado menor y mayor	<i>La intensificación de las actividades de pastoreo de ganado menor y mayor puede conducir a la deforestación.</i>
Madereros	<i>Cortan árboles maderables comerciales; los caminos que abren los madereros permiten el acceso a otros usuarios de la tierra.</i>
Dueños de Plantaciones Forestales	<i>Aclaran barbechos boscosos y bosques previamente talados para establecer plantaciones para proveer fibra a la industria de pulpa y papel.</i>
Recolectores de leña	<i>La intensificación en la recolección de leña puede conducir a la deforestación.</i>
Industriales mineros y Petroleros	<i>Los caminos y las líneas sísmicas proporcionan acceso al bosque a otros usuarios de la tierra; sus operaciones incluyen la deforestación localizada.</i>
Planificadores de programas de colonización rural	<i>Planifican la relocalización de habitantes a áreas forestales, lo mismo que proyectos de asentamiento que desplazan a los pobladores locales, los que a su vez se trasladan a los bosques.</i>
Planificadores de	<i>Los caminos y carreteras construidos a través de</i>

⁵⁷Ibidem.

infraestructuras	<i>áreas forestales dan acceso a otros usuarios de la tierra; las represas hidroeléctricas ocasionan inundaciones.</i>
------------------	--

Fuente: Cuadro elaborado por Guadalupe de Muñoz⁵⁸

9. CAUSAS

Varias pueden ser las causas de la destrucción de bosques primarios. Entre ellas se encuentran la explotación forestal industrial, la minería, la transformación de los bosques en terrenos agrícolas, los incendios, las inundaciones, la urbanización y la construcción de infraestructuras.

La explotación forestal industrial con fines comerciales representa, con mucho, el mayor peligro para las fronteras forestales. Gran parte de los bosques que quedan se encuentran amenazados. La explotación forestal industrial representa por sí sola la mayor amenaza para los bosques primarios que quedan en el mundo.

En las regiones templadas la agricultura se ha basado en la eliminación de los bosques aprovechando la fertilidad de sus suelos. Pero los procesos de deforestación son, por lo general, más destructivos en los trópicos. La mayor parte de los suelos forestales tropicales son mucho menos fértiles que los de las regiones templadas y resultan fácilmente erosionables al proceso de lixiviación, causado por la elevada pluviosidad que impide la acumulación de nutrientes en el suelo. No obstante, las políticas coloniales se basaban en el supuesto, equivocado, de que un bosque exuberante significaba suelos fértiles. Con ellas se pretende conquistar los bosques, sobre todo para destinarlos a los cultivos comerciales y a la agricultura, y se deja un legado de suelos exhaustos⁵⁹.

La Convención sobre la Diversidad Biológica reporta que la conversión de bosques a tierras agrícolas y pastos, el excesivo pastoreo, la rotación de cultivos sin descanso, el manejo no sostenible de los bosques, las especies invasoras, el desarrollo de infraestructura, la minería y la producción de hidrocarburos, los incendios y la contaminación son las causas principales de la reducción de los bosques (SCBD, 2001). En la región, la ganadería y la expansión agrícola son, y han sido históricamente, las principales amenazas a los bosques en los países tropicales continentales, mientras que la expansión de la infraestructura para la urbanización y el turismo son las mayores causas de deforestación en las regiones insulares.

Así, las causas las podemos clasificar de la siguiente manera:

⁵⁸ Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos14/deforestacion/deforestacion.shtml>

⁵⁹ <http://www.proyectopv.org/1-verdad/deforestacion.htm>.

A. ECONÓMICAS

La causa económica se origina, por un lado, como consecuencia de las políticas, a veces contradictorias, que fuerzan a colonos y nativos a crear una agricultura de subsistencia y, por otro lado, el abandono en cuanto a una política social por parte del Estado.

La agricultura de tumba y quema implica el corte y el incendio de un área de bosque para la siembra de cultivos. Después de uno a dos años la parcela está abandonada y otra área del bosque está limpiada. La finalidad principal de la tumba y quema del bosque es quitar la vegetación para sembrar cultivos. La mayoría de los nutrientes está contenida en la biomasa vegetativa y no en el suelo. Esta forma es accesible, sin embargo, poco duradera⁶⁰

La expansión agrícola para cultivos de arroz, soya, maíz, palma aceitera y otros cultivos más son realizados por grandes empresas, agricultores, y poblaciones que están basados en una economía subsistencia.

La economía de subsistencia de muchas poblaciones que se encuentran dentro del bosque facilita la deforestación, es por ello, que hablamos de la relación pobreza – deforestación.

La pobreza como causa de la deforestación.

La pobreza como causa de la deforestación, especialmente en comunidades rurales los pobladores son de bajos recursos económicos tienen muy pocas opciones, escasas son las posibilidades de empleo no agrícola. El analfabetismo limita aún más las opciones de muchos que carecen de la educación básica necesaria para llevar a cabo otras alternativas económicas a la agricultura de subsistencia. En algunos casos, la gente emigra de las regiones excesivamente pobladas y en depresión económica a la frontera forestal, en busca de una vida más prospera y segura.

La inseguridad alimentaria y la malnutrición crónica vienen mano a mano con la pobreza. Con pocas alternativas disponibles, los pobres de las zonas rurales consideran a los bosques como la solución a corto plazo de sus problemas económicos.

Los agricultores que practican la roza y quema se cuentan entre los más pobres y los menos privilegiados del mundo. Viven en las áreas más lejanas del país áreas que reciben escasa o ninguna atención por parte de los que toman las decisiones políticas y económicas. No tienen acceso a la tecnología

⁶⁰YANGGEN, David. "Deforestación en la selva Peruana". Disponible en:<http://blog.pucp.edu/category/1119/blogid/411>.

más moderna, que podría aumentar su productividad y su seguridad económica⁶¹.

Elsa Galarza⁶², señala que en el Perú la causa principal de la deforestación es la agricultura migratoria responsable de un 81 %, esta causa está directamente relacionada con la pobreza. Sin embargo hay que considerar que el Banco Mundial concluye que no solo los pobres deforestan, pues también lo hacen los ricos. El aumento de los ingresos no necesariamente disuade a los pobres de deforestar. La gente pobre necesita leña, y un mundo más rico requiere más madera y pulpa, demandas que son satisfechas sólo en parte por las plantaciones. La tala disminuye y degrada los bosques y ayuda a financiar y proporcionar acceso para los agricultores y empresarios, quienes queman árboles sin valor comercial para establecer explotaciones agrícolas⁶³.

B. POLÍTICAS

La causa política es la aplicación defectuosa y abandono de las mismas, aunado a la incapacidad del aparato estatal para integrar y ayudar a las zonas más deprimidas de la selva peruana. El Estado se ha olvidado de controlar, de forma efectiva, la tala indiscriminada de árboles de forma ilegal, lo cual contribuye a su depredación. Cabe resaltar que esta tiene fines de lucro, ya que esta actividad es producida por la comercialización y exportación de madera⁶⁴.

Dentro las causas políticas tenemos por ejemplo que el Ministerio de Agricultura no elabora ni aprueba la Política Nacional Forestal, falta de implementación del Plan Nacional Anticorrupción del Sector Forestal en el marco de una plataforma como la Comisión Nacional de Lucha contra la Tala Ilegal o similar.

Asimismo, dentro la causa política tenemos la corrupción de los funcionarios de las entidades forestales, la falta asignación de presupuesto por parte del gobierno central a las entidades regionales y locales forestales para mayor contratación de personal y materiales.

⁶¹ DIAZ VARGAS, Hugo. "La deforestación", Trabajo monográfico para optar el título de ingeniero forestal, Universidad nacional de Cajamarca-Sede Jaén, 2004, p.24 y 25.

⁶² GALARZA, Elsa. Y otro. "*La Política Forestal en la Amazonia Andina, estudio de casos: Bolivia, Ecuador y Perú*". Consorcio de Investigación Económica y Social, Lima- Perú 2005.

⁶³ CHOMITZ, Kenneth M. Informe del Banco Mundial Sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo. ¿Realidades antagónicas?, Expansión agrícola, reducción de la pobreza y medio ambiente en los bosques tropicales.2010. pág.3

⁶⁴ <http://blog.pucp.edu.pe/index.php?blogid=411>

En este orden de ideas, la principal expresión de corrupción es la coima o soborno a los agentes de regulación y control. Los procesos vulnerables a la corrupción son:

1. En la verificación de la producción en el área anual autorizada, debido a que ex INRENA, ahora Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre (DGFFS), no tiene capacidad operativa en el campo, lo que permite que los concesionarios amparen madera ilegal proveniente de otras áreas.
2. Insuficiente control de volúmenes autorizados, entre otros, de caoba, lo que propicia el tráfico ilegal de las guías de transporte.
3. En el tráfico ilegal de la caoba, porque se permite el transporte de productos transformados con equipos o maquinarias no autorizadas legalmente⁶⁵.

Se concluye, que la falta de atención al sector forestal por parte del gobierno hace que aumente los índices de deforestación.

10. CONSECUENCIAS

Las consecuencias de la deforestación entre otras son:

- Erosión del suelo y desestabilización de las capas freáticas, lo que a su vez provoca las inundaciones o sequías.
- Alteraciones climáticas.
- Reducción de la biodiversidad, de las diferentes especies de plantas y animales.
- Calentamiento global de la tierra: porque al estar deforestados los bosques, no pueden eliminar el exceso de
- Emisiones de gas del efecto invernadero.
- Destrucción de hábitats de numerosos animales.

11. SITUACIÓN ACTUAL DE LA DEFORESTACIÓN

11.1. EN EL MUNDO

La deforestación en el mundo, fundamentalmente la conversión de bosques tropicales en tierras agrícolas, ha disminuido en los últimos diez años, pero continúa a un ritmo alarmante en muchos países.

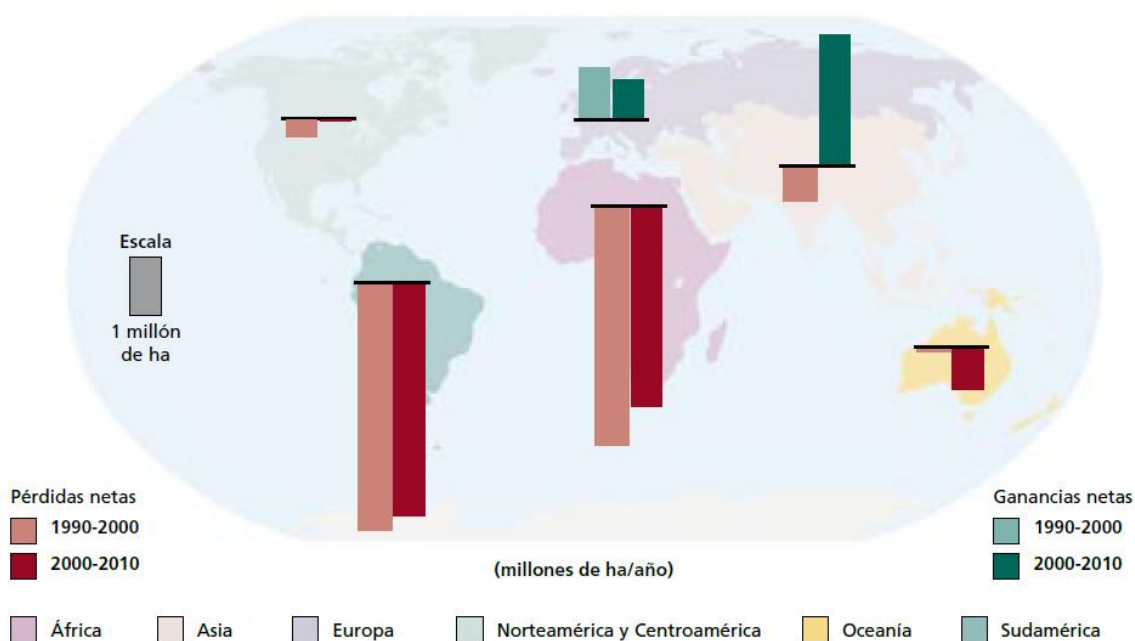
Al nivel regional, Sudamérica experimentó las mayores pérdidas netas de bosque entre 2000 y 2010 (unos 4.0 millones de hectáreas anuales), seguida por África (3.4 millones anuales). Oceanía también comunicó una

⁶⁵TELLO FERNANDEZ, Hernán, y OTROS, "Sistemas de Incentivos para el Manejo de bosques en Loreto", Informe Final, Iquitos, Agosto, 2004, estudio realizado en convenio entre IIAP y CIES, pág.105.

pérdida neta de bosques (alrededor de 700.000 hectáreas anuales en el periodo 2000-2010), principalmente por las enormes pérdidas de bosques en Australia, donde las graves sequías e incendios forestales exacerbaron la pérdida de bosques desde el año 2000. El área de bosque en Norteamérica y Centroamérica ha permanecido casi igual en 2010 a la estimada en el 2000. El área de bosque en Europa sigue aumentando, si bien a un ritmo más lento (700.000 hectáreas anuales) que en la década de 1990 (900 000 hectáreas anuales). Asia, que tenía una pérdida neta de bosque de unas 600 000 hectáreas anuales en la década de 1990, comunicó una ganancia neta de bosques de más de 2.2 millones de hectáreas anuales entre 2000 y 2010, debido principalmente a la forestación a gran escala notificada por China y a pesar de las altas tasas de pérdida neta de bosques en varios países de Asia meridional y sudoriental⁶⁶.

En América Latina, los densos bosques tropicales frecuentemente son talados para crear pasturas con valores de apenas unos cientos de dólares por hectárea, mientras que se liberan 500 toneladas de CO2 por hectárea. Esto implica, a nivel social, un costo de disminución del CO2 de menos de US\$1 por tonelada⁶⁷.

Cambio anual en el área de bosque, por región, 1990-2010

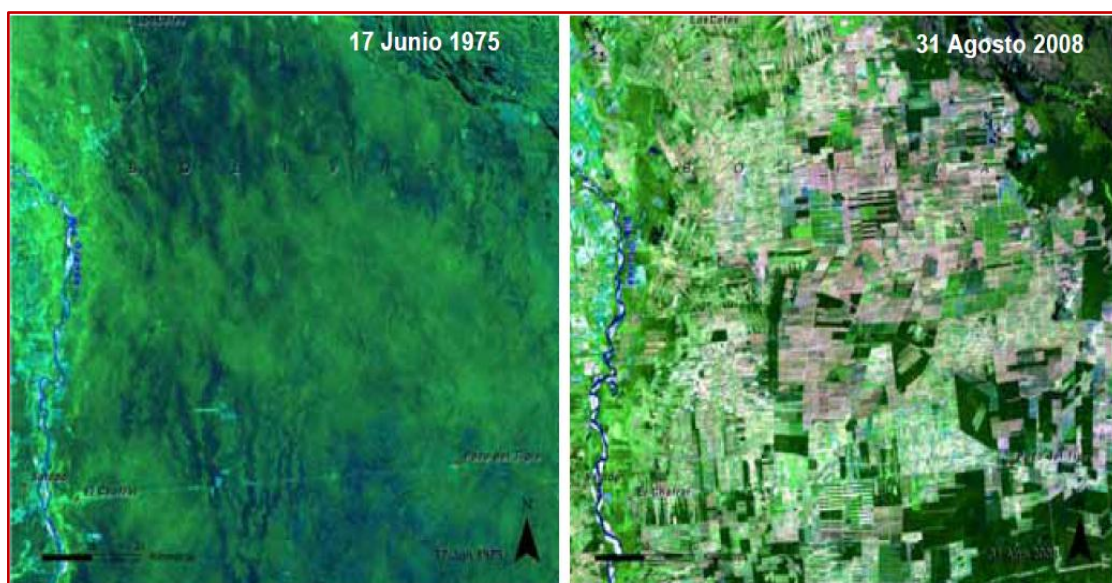


⁶⁶Evaluación de los Recursos Forestales Mundiales 2010, informe principal 163, FAO, pág. xvi y xvii. Disponible en: http://foris.fao.org/static/data/fra2010/FRA2010_Report_S.pdf

⁶⁷DOUROJEANNI Marc, y otros, "Amazonía Peruana en 2021", estudio realizado con el apoyo de Pro Naturaleza, DAR, SPDA e ICAA, 2010.pag. 114.

⁶⁸ Ídem.

microclimas, las plagas y los vehículos de la polinización. Estos daños ambientales pueden afectar a la gente incluso de zonas distantes⁶⁹.



Fuente: GEO ALC 3 2010⁷⁰.

Las estimaciones realizadas para FRA 2010⁷¹ apuntan a que los bosques del mundo almacenan 289 gigatoneladas de carbono solo en su biomasa. Si bien la ordenación sostenible, la plantación y la rehabilitación de los bosques pueden permitir conservar o aumentar las existencias de carbono forestales, la deforestación, la degradación y la escasa ordenación forestal las reducen. En todo el mundo, las existencias de carbono en la biomasa forestal se redujeron en una cantidad estimada de 0,5 gigatoneladas de carbono por año durante el período 2005-2010, principalmente debido a una reducción en el área mundial de bosque.

Los bosques naturales cubren más de la mitad del territorio del Perú. En este rubro somos el noveno país en el mundo y el segundo en América

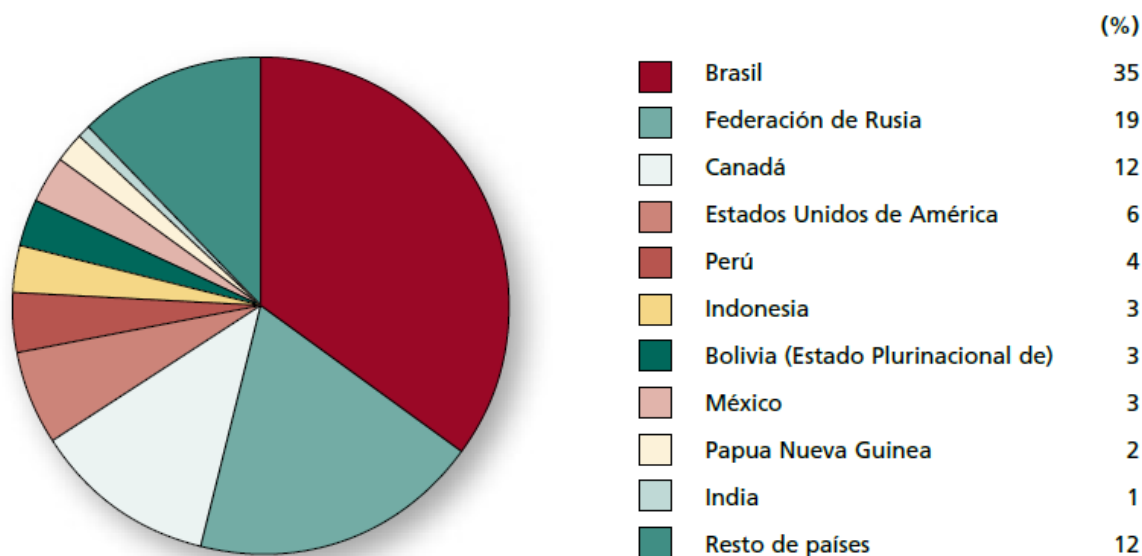
⁶⁹. CHOMITZ. Kenneth M. Informe del Banco Mundial Sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo. ¿Realidades antagónicas?, Expansión agrícola, reducción de la pobreza y medio ambiente en los bosques tropicales. 2007.

⁷⁰ Cambios en el uso del suelo: deforestación en Santa Cruz, Bolivia: El departamento de Santa Cruz de la Sierra, en Bolivia, pertenece a la cuenca amazónica y posee gran parte de los bosques bolivianos de baja altitud. La transformación de los bosques de esta región inició hace unos 45 años y hasta los años 80, la pequeña agricultura, la silvicultura no sustentable y la ganadería eran las principales actividades generadoras de la deforestación. En Bolivia el cultivo de soja se ha desarrollado casi exclusivamente en este departamento y, después de 1984, se convirtió en el principal factor de deforestación cuyo valor anual ha pasado de 34.000 ha en el período de 1985-1990 a más de 200.000 ha en el período de 1993-2000. La imagen del satélite Landsat de 1975, muestra el departamento de Santa Cruz como un área de bosque continuo, comparado con la imagen del 2008, donde el bosque ha sido remplazado por un mosaico de las parcelas agrícolas. Fuente: PNUMA (2010) Atlas de Nuestro Cambiante Ambiente: América Latina y el Caribe. PNUMA, Perspectivas del Medio Ambiente: América Latina y el Caribe GEO ALC 3, PAG. 77

⁷¹FRA 2010. Op. Cit. pág. xvii.

Latina. El 91% de las 68 millones de hectáreas que poseemos se encuentra en la Amazonía. Por ello puedo decir, sin equivocarme, que somos un país de bosques y amazónico.⁷²

Los diez países con mayor área de bosques primarios, 2010



FUENTE: FRA 2010

11.2. EN EL PERÚ:

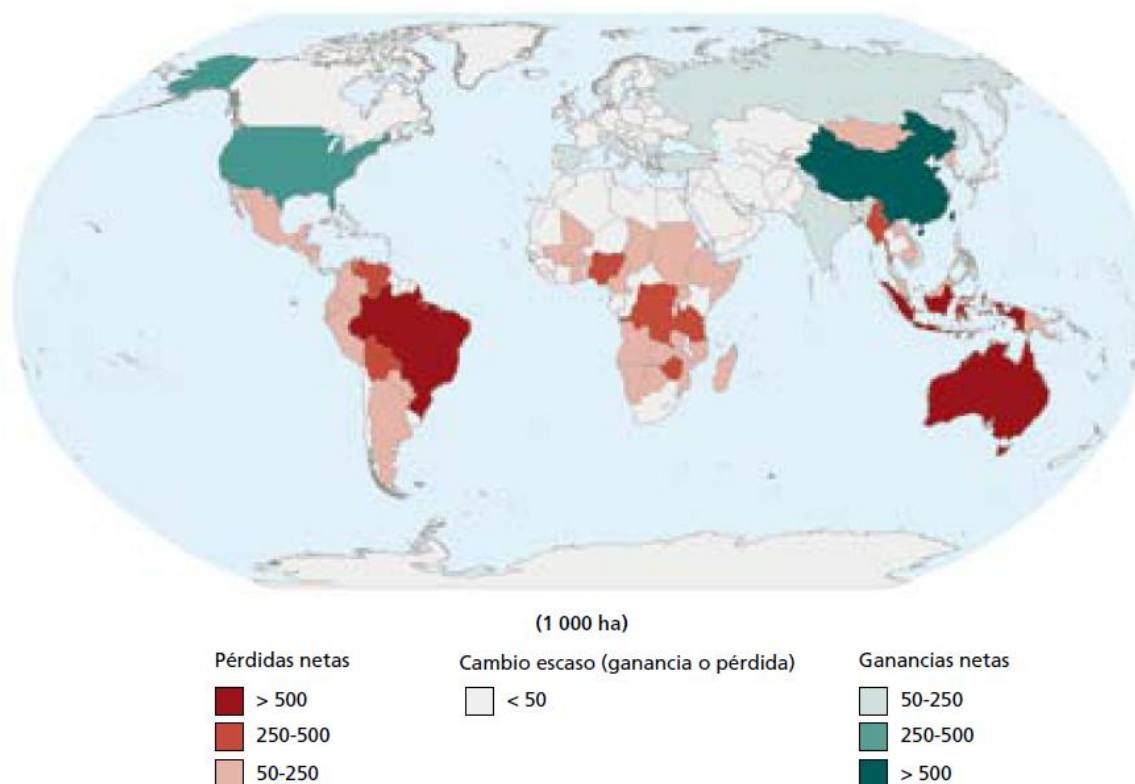
Los bosques en el Perú están en grave riesgo de desaparecer. Cada año se pierden aproximadamente 150.000 hectáreas de bosques, el equivalente a diez veces la superficie de toda la Provincia Constitucional del Callao. Esto se explica por la presión de la agricultura migratoria, el desarrollo desordenado aplicado sobre el territorio y las actividades ilegales. Además, esta situación puede vulnerar, por diversas razones, los derechos fundamentales de los peruanos⁷³.

Así la FAO en su Informe FRA 2010 nos ubica entre el grupo de países que anualmente pierden entre 50 a 250 mil hectáreas.

⁷²Los diez países con zonas más extensas de bosques primarios suman el 88 por ciento del área total de tales bosques en el mundo. Sin embargo, falta información sobre algunos de los países tropicales más grandes, que podrían encontrarse en la lista de esos diez primeros. Los bosques primarios representan por lo menos el 50 por ciento del área total de bosque en 19 países, y siete países han clasificado más del 75 por ciento de sus bosques como primarios. (FRA 2010 óp. cit. Pág. 57)

⁷³"La Política Forestal y la Amazonía Peruana", Informe Defensorial N° 151, de la Defensoría del Pueblo Julio 2010, pág. 9.

Cambio anual en el área de bosque, por país, 2005-2010



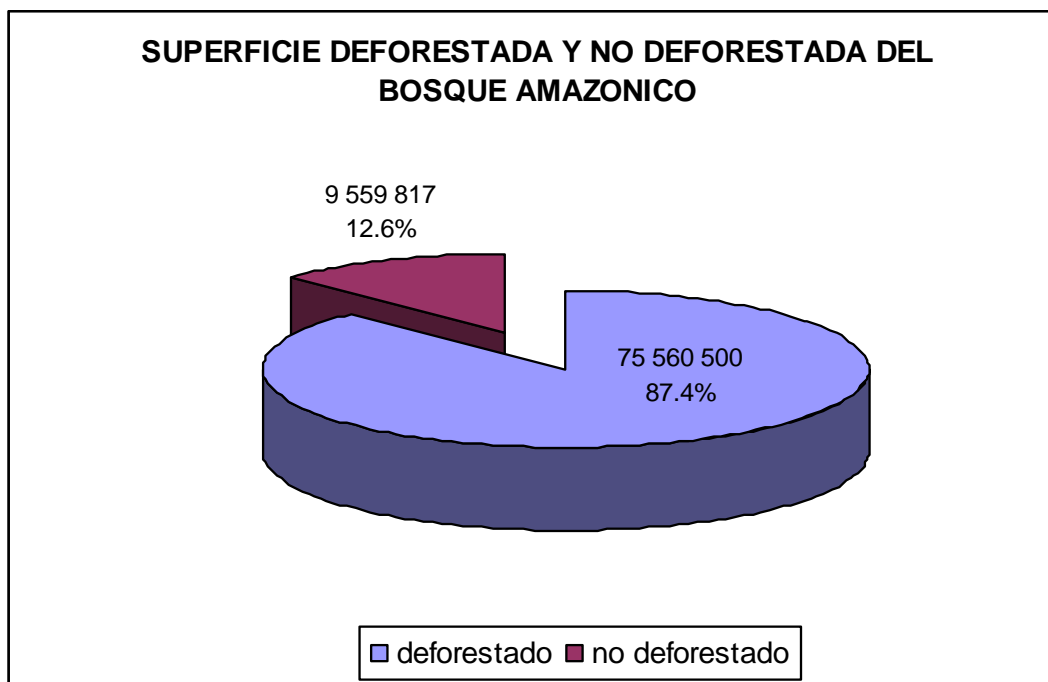
FUENTE: FRA 2010⁷⁴

Dentro de nuestra realidad peruana encontramos que en noventa minutos, lo que dura un partido de fútbol se deforesta en el Perú lo equivalente a 43 campos donde se práctica el mismo deporte, pero quizá la metáfora no resulta dramática, hablemos entonces de cifras económicas: El Banco Mundial estima que el costo anual por degradación ambiental del país equivale al 4% del PBI, aproximadamente S/. 8.200 millones. De este porcentaje, 0.5% le corresponde a la deforestación, equivalente a S/. 1.025 millones⁷⁵.

Indicadores de Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA) señalan que en el bosque amazónico, la superficie deforestada corresponde al 87.4 % y la no deforestada al 12.6 % de un total de 85'120.317 de bosque amazónico, tal como aparece en el siguiente cuadro:

⁷⁴ FRA 2010. Óp. Cit. Pág. Xvii.

⁷⁵ Diario "El Comercio" del 01/10/2007



FUENTE: SINIA⁷⁶

En las sierras andinas alrededor de 300 mil hectáreas de bosques naturales aún permanecen. Estimaciones sugieren que la tasa de deforestación entre 1990 y 2000 fue aproximadamente de 150 mil hectáreas por año representando un costo anual de casi S/. 440 millones⁷⁷. Así también en recientes indicadores ambientales publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), señala que para el 2005 la deforestación alcanzó los 7'172.554 de hectáreas, siendo los departamentos de San Martín y Amazonas los más afectados tal como aparece en el cuadro siguiente:

⁷⁶ Sistema Nacional de Información Ambiental. Disponible en: <http://sinia.minam.gob.pe/index.php?idEstadistica=84>

⁷⁷Diario "El Comercio" del 01/10/2007

SUPERFICIE DEFORESTADA, SEGÚN DEPARTAMENTO, 1985, 1995 Y 2005

(Hectáreas)

Departamento	1985 a/	1995 b/	2005 c/
Total	5 642 447	6 948 237	7 172 554
Amazonas	1 293 686	1 482 746	1 001 467
Ayacucho	72 675	73 895	135 366
Cajamarca	462 318	462 318	520 030
Cusco	273 676	371 771	537 601
Huancavelica	-	-	51 987
Huánuco	482 161	562 336	600 620
Junín	538 446	660 711	734 273
La Libertad	20 800	20 800	7 231
Loreto	765 739	1 039 299	945 591
Madre de Dios	45 501	80 876	203 879
Pasco	144 770	204 455	302 008
Piura	8 400	8 400	31 735
Puno	54 764	59 579	146 033
San Martín	1 063 603	1 351 208	1 327 669
Ucayali ⁷⁸	415 908	569 843	627 064

Fuente: Ministerio de Agricultura (MINAG) - Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA).⁷⁹

Nota: Las variaciones de superficie encontradas en los departamentos de Amazonas, Huancavelica, La Libertad, Loreto y San Martín, se deben principalmente a que en 1995 se utilizó imágenes LANDSAT-MSS a escala 1/1 000 000 e imágenes SLAR a escala 1:125 000. La superficie de los bosques reportados para los años 1995 y 2000 no son estrictamente comparables, debido a que se ha utilizado diferentes técnicas de medición. a) Compendio Estadístico de la Actividad Forestal y de Fauna 1980 - 1996, INRENA. b/ Mapa Forestal 1995-Guía explicativa/ Información generada por INRENA-CONAM (PROCLIM) en el año 2000 y publicada en el 2005. Imágenes utilizadas LANDSAT-ETM, escala de trabajo 1:100 000. Fuente: Ministerio de Agricultura (MINAG) - Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA).

La mayor parte de la explotación maderera es ilegal, tanto dentro de las concesiones forestales porque en ellas el manejo es deficiente, como fuera de ellas, en las llamadas concesiones de reforestación que, en la Amazonía, son una excusa para extracción de madera y en las que no se planta nada. Otra parte de la extracción se hace a partir del desbosque con fines agropecuarios y en tierras indígenas, especialmente comunidades nativas, en las que tampoco se aplica un manejo forestal sostenible, y hasta en áreas protegidas descuidadas por el Estado. Los diversos permisos de extracción y hasta las concesiones de manejo forestal muchas veces son apenas un instrumento para legalizar (“blanquear”) madera extraída ilegalmente.

⁷⁸ Respecto los estadísticas de deforestación en esta región en el año 2009 se tomo conocimiento que la deforestación creció alarmantemente por la presencia de la minería informal, que llevo a que el Ministerio del ambiente lo asume dentro su gestión.

⁷⁹ SINIA. Disponible en: <http://sinia.minam.gob.pe/index.php?idEstadistica=213>

La reforestación, si es hecha a partir de tierras ya deforestadas, puede ser una actividad social, económica y ambientalmente positiva. Pero, si para implantarla se eliminan bosques naturales, su beneficio ambiental es nulo y el social pasa a ser muy discutible. Los planes de reforestación pública y privada en condiciones amazónicas son muy modestos y, aunque deseable para rehabilitar tierras degradadas, es poco probable que reciban un impulso significativo en la próxima década⁸⁰.

12. LA DEFORESTACIÓN EN EL FUTURO

Se sabe que en el Perú como en otros países amazónicos más del 90% de la explotación forestal es ilegal o se hace sin manejo. En el escenario pesimista, se estimó que el área concesionada aumentaría hasta 14 millones de ha. Se ha usado el valor menor para el escenario optimista y el mayor para el pesimista, pero, en verdad, pudo usarse otros. Además, la explotación forestal “vuelve a pasar” por los mismos lugares cuando nuevas especies, inicialmente despreciadas, entran en el mercado⁸¹.

Perspectivas de deforestación y degradación de bosques acumulada a 2041 en millones de hectáreas (mm ha)			
Causales principales de deforestación y/o degradación		Escenario optimista	Escenario pesimista
Deforestación	Actual (en 2009)	8.0	8.0
Áreas con impacto por deforestación (30% o más)	Carreteras: agricultura, pecuaria y áreas ya intervenidas y/o abandonadas.	17.1	25.1
	Otras carreteras no previstas hasta la fecha*	1.5	3.0
	Otros: minería, hidroeléctricas, expansión urbana, hidrocarburos.	1.0	3.0
Degradación de bosques	Explotación maderera en concesiones forestales y de reforestación y comunidades nativas.	10.0	**14.0
	Explotación maderera fuera de concesiones	***6.0	****17.2
Total		43.6	70.3

⁸⁰ DOUROJEANNI Marc, y otros, “Amazonía Peruana en 2021”, estudio realizado con el apoyo de ProNaturaleza, DAR, SPDA e ICAA, 2010. Pág. 108.

⁸¹ DOUROJEANNI Marc, y otros, “Amazonía Peruana en 2021”. *Opc. cit, pag. 109.*

Notas: * Estimando que de 2010 a 2041 se construya 1,000 km a más de carreteras nuevas no previstas actualmente (1,000 km x 15 km y hasta 30 km de influencia) en ese lapso. ** Considerando que se otorguen 2.7 mm ha adicionales en forma de contratos forestales. *** Considerando que 60% de la explotación maderera será fuera de lugares autorizados (concesiones, comunidades) **** Considerando que 123% de la explotación maderera será fuera de lugares autorizados.

El cuadro revela que la deforestación y el área impactada por ésta, así como la degradación forestal abarcaría 43.6 mm ha (56% de la Selva) en el escenario más favorable y tanto como 70.3 mm ha (91% de la Selva) en el peor caso. Todo eso puede parecer mucho pero estos resultados, aunque admitidamente gruesos y discutibles, coinciden con los obtenidos en los trabajos similares mencionados. De esta forma, en el mejor de los casos quedarían 33.9 millones ha. de la selva libres de intervenciones severas, incluyendo en esa cifra las Áreas Naturales Protegidas (ANP) y las reservas territoriales indígenas. En el caso pesimista apenas quedarían sin disturbio 7.2 millones ha, que es mucho menos que el área actualmente protegida en la selva. Es inclusive menos que el área de los parques nacionales. Lo preocupante es que las evidencias apuntan más al escenario pesimista que al optimista⁸².

En ese contexto, **limitar o eliminar la deforestación, reforestar o restaurar ecosistemas y, en especial, mantener las áreas naturales protegidas y los territorios indígenas** se torna no solamente deseable sino esencial para garantizarla calidad de la vida humana.

Mientras tanto, algunos observadores piensan que abordar el cambio del clima requiere unos pagos de alrededor de US\$. 3 por tonelada de CO₂ evitado –y los miembros de la Unión Europea (EU) están pagando actualmente hasta US\$. 20 por una tonelada (aunque este precio es inestable). En otras palabras, los deforestadores están destruyendo un bien que retiene carbono que teóricamente vale entre US\$. 1.500 y US\$. 10.000 para crear una pastura cuyo valor es de US\$. 200 a US\$. 500 (por hectárea)⁸³.

La creación de un sistema de incentivos financieros, financiado por los países industrializados, para que los países en vía de desarrollo reduzcan sus emisiones de CO₂ provocadas por la deforestación. Esto puede ser incorporado, por ejemplo, en un régimen de cambio climático mediante el cual los países industrializados puedan cumplir con unos requisitos más estrictos para reducir las emisiones de CO₂, en parte, mediante la financiación de programas nacionales

⁸² *Ibidem*. Pág. 109

⁸³ CHOMITZ. Kenneth M. Informe del Banco Mundial Sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo. ¿Realidades antagónicas? Óp. Cit. pág. 34.

para reducir la deforestación. Los países en vía de desarrollo recibirían pagos vinculados a las reducciones medidas en la deforestación por debajo de cierto nivel acordado⁸⁴.

Si el Perú aprovechara el mecanismo de reducción de emisiones por deforestación y degradación (REDD) podría ser resarcido por la deforestación evitada recibiendo miles de millones de dólares. En efecto, la humanidad como un todo tiene clara disposición a pagar por los servicios ecosistémicos que los bosques proveen y que la sociedad nacional está igualmente decidida a hacer lo mismo por los servicios ambientales, a través del que podría resarcir satisfactoriamente a los países y localidades que conservansus bosques.

Según un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS), una hectárea de árboles puede absorber más de 25 toneladas de dióxido de carbono (CO₂). Es decir, que si cada habitante usa 10 metros de área verde y siembra un árbol, obtendría la quinta parte del oxígeno que necesita para vivir⁸⁵. Considerando que el Perú posee 68.7 millones de hectáreas de bosques, tendríamos un consumo de 1'717.5 millones de toneladas de CO₂ por año. Esto podría ser aprovechado mediante la venta de bonos de carbono a través del mecanismo REDD.

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Ídem.*

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CONCEPTO

Díez-Picazo define la responsabilidad como «la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido»⁸⁶

La responsabilidad civil ha sido definida por BUSTAMANTE ALSINA como: “Él deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado” Cuando dicha reparación consiste en una indemnización o resarcimiento de carácter económico, estamos en presencia de responsabilidad civil. La responsabilidad civil no tiene la finalidad de sancionar a nadie, sino simplemente determinar si la persona demandada debe compensar económicamente a quien haya sufrido algún tipo de daño⁸⁷.

2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

A. LA IMPUTABILIDAD

Entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona. es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona.

La imputabilidad no solo refiere a la persona natural, también lo será respecto a la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas. Ambas responderían objetivamente por los actos de los titulares de sus órganos, de sus representantes o dependientes⁸⁸.

B. LA ANTIJURICIDAD

Una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino, cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico⁸⁹.

Hablamos de una antijuricidad típica, cuando la conducta dañosa está señalada expresamente por la ley. Y de una antijuricidad atípica como regla

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón: Sistema de derecho civil, vol II, Tecnos, 1989. pag. 591

⁸⁷ <http://www.judoporarg.com.ar/pdf/caj/deportiva/cursoOrganizacion/2respcivil.pdf>

⁸⁸ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, "Derecho de la Responsabilidad Civil". Edit. Gaceta Jurídica. 2ª Edición. Lima- Perú 2003, pag. 67.

⁸⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Elementos de la responsabilidad civil". Editora Jurídica Grijley. 2ª Edición. Lima- Perú 2003, pág. 32. Este mismo autor afirma a antijuricidad contractual es siempre típica, y no atípica pues ella resulta del incumplimiento total, parcial tardío o defectuoso, o del cumplimiento tardío o defectuoso. A diferencia de la responsabilidad extracontractual al no estar predeterminadas dichas conductas será susceptibles de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de de una conducta ilícita que cause daño.

general, pues esta afecta todo el ordenamiento jurídico, a cláusulas generales del derecho o a lo que llamamos también afecta virtualmente al derecho.

Para el derecho ambiental la antijuricidad va más allá de contrariar una norma prohibitiva o los valores o principios sobre los cuales sido construido el sistema jurídico sino a enfrentar a cualquier tipo de daño sea antijurídico o no.

C. LA CAUSALIDAD

La causalidad es la relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, es decir de antecedente consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no habrá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación. Esto significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual⁹⁰.

La relación de causalidad tiene doble objeto⁹¹:

- a) Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho o fáctica), se procede a la reconstrucción de los hechos a los efectos de imputación de la responsabilidad.
- b) Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir.

1. TEORIAS

1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*.

Según esta teoría, todos los elementos que han condicionado el daño son equivalentes. Faltando cualquiera de ellos, el daño no se habría producido. Por lo tanto, si todas son condiciones del daño, todas son causa del mismo. La causa es, entonces, toda condición *sine qua non*: eliminada la causa la consecuencia desaparece. El inconveniente es que los eventos que hayan concurrido a la realización del daño son enormes, de suerte que todo daño correría el riesgo de tener un gran número de causas. Mientras la cadena más se extienda, la causalidad deviene más aleatoria, y su determinación más adivinatoria⁹²

⁹⁰ *Ibíd*em, pag. 84

⁹¹ SALVI. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, "Derecho de la Responsabilidad Civil". Edit. Gaceta Jurídica. 2ª Edición. Lima- Perú 2003, pag. 131

⁹² LE TOURNEAU, Philippe. "La Responsabilidad Civil". Traducido por TAMAYO JARAMILLO, Javier. Legis Editores S.A. Colombia 2004, pág. 79,80

1.2. Teoría de la causa preponderante

Esta teoría mal llamada también “teoría de la causa eficiente”⁹³ se opone a la indiferencia de causas planteada por el análisis de las *conditio sine qua non* y trata de encontrar una causa de carácter preponderante⁹⁴.

Esta teoría considera causa a aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprima la dirección decisiva para el efecto operado.

1.3. Teoría de la causa adecuada

Mediante esta teoría se trata de saber que causas normalmente producen un tal resultado.

En esta teoría cabe preguntarnos ¿la acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño?, de ser la respuesta afirmativa, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era “adecuada” para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente⁹⁵.

Esta teoría es asumida por el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el artículo 1985 de nuestro código civil de 1984, postula un criterio de razonabilidad y probabilidad para la realización del análisis de las condiciones.

Para esta teoría, no es causa cada condición del evento, sino solo la condición que sea “adecuada”, “idónea” para determinarlo. No consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disforme del curso normal de las cosas⁹⁶.

Hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado⁹⁷.

⁹³ La teoría de la causa eficiente para BELTRAN PACHECO, Jorge, es independiente a la teoría a la de la causa preponderante. Para este autor esta teoría reconoce un criterio de eficiencia a partir de un análisis “cualitativo” de los hechos intervinientes en el resultado dañoso. Explica que la presente teoría tiene presente la eficacia de los supuestos facticos, lo que implica considerar su calidad intrínseca en el proceso causal según el curso normal de los sucesos. BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto. “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*”. *Academia de la Magistratura*. Lima - Perú 2001, pag. 4

⁹⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Vol. IV , Tomo I Biblioteca para leer el código civil. 7ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú 2005, pag. 312

⁹⁵ ORGAZ, Alfredo citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Vol. IV , Tomo I Biblioteca para leer el código civil. 7ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú 2005, pag. 314

⁹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., pag. 141.

⁹⁷ LE TOURNEAU, Philippe, Op. Cit. Pag. 82

1.4. Teoría de la causa próxima

Esta teoría es asumida por nuestro código civil en su artículo 1321 correspondiente a la inejecución de obligaciones de la responsabilidad extracontractual.

La presente teoría establece un criterio de “temporalidad”, por el que se considera que es “causa” del resultado dañoso aquel hecho más próximo a su verificación. Esta teoría no podría ser aplicable a la responsabilidad extracontractual ya que generaría situaciones injustas⁹⁸.

D. EL DAÑO

En sentido amplio se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido, de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es en un derecho en el sentido técnico y formal de la expresión⁹⁹.

El "daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca asimismo el beneficio que no pudo hacerse efectivo¹⁰⁰ⁿ.

La noción oncológica de daño que aquí se acredita es aquella defendida por parte de la doctrina que desmaterializa y despatrimonializa el daño. Las razones de esta visión son varias de naturaleza teórica y de política del derecho. Hoy en día, “daño” no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las intervenciones legislativas un simple detrimento de la víctima del ilícito: *daño es la lesión de un interés protegido*, y se agota en esto. De dicha lesión puede derivar, o no, consecuencias de carácter económico; ello depende del bien protegido, (por ejemplo, la salud, el honor y, en general, los aspectos de la personalidad, en caso de ser lesionados)¹⁰¹.

El daño debe ser causalmente vinculado con el comportamiento del agente o con la actividad responsable, y se puede emplear el nexo causal para la selección de los daños resarcibles¹⁰².

⁹⁸ No podría ser aplicable por ejemplo en el caso del daño causado por el dependiente.

⁹⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo, op. Cit. Pag. 34

¹⁰⁰ LAFAILLE, Héctor, citado por Roberto A. Vázquez Ferreyra en Actualidad Jurídica. Tomo 62 –Editado por Gaceta Jurídica. Enero 1999.

¹⁰¹ ALPA, Guido, “*Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*”. Traducido del italiano por LEYSSER L. LEON. Editorial Jurista Editores. Lima- Perú 2006, pag. 773

¹⁰² Ibidem, pag. 773.

1. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

1.1. Daño patrimonial.

Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, a su vez se dividen en:

1.1.1. 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.

También se entiende por daño emergente a la pérdida patrimonial efectivamente sufrida. O como aquel que genera un egreso de un bien del patrimonio de la víctima.

1.1.2. Lucro cesante

Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)¹⁰³.

Es la ganancia neta dejada de percibir por el dañado¹⁰⁴.

Es aquel que genera que la víctima deje de percibir por efecto del daño un determinado bien, es decir, que por efectos del daño no ha ingresado un determinado bien en el patrimonio de la víctima¹⁰⁵.

Es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir¹⁰⁶.

1.2. El daño extrapatrimonial.

Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial¹⁰⁷.

Serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. De mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica, y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses jurídicamente protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales¹⁰⁸.

¹⁰³ ESPINOZA ESPINOZA, op. Cit.179

¹⁰⁴ BIANCA, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit.,179

¹⁰⁵ BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Academia de la Magistratura. Lima - Perú 2001, pag. 4

¹⁰⁶ TABOADA CORDOVA, Op. Cit. Pag. 62

¹⁰⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit. pag.179

¹⁰⁸ TABOADA CORDOVA, Op. Cit.pag. 62

En esta clase de daño, se habla de dos tipos en la doctrina:

1.2.1. El daño moral

El daño moral es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil¹⁰⁹.

Por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Sin embargo, la doctrina establece que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal¹¹⁰.

El daño moral se encuentra regulado en artículo 1984 del Código Civil peruano el cual señala: “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido por la víctima o a su familia”¹¹¹.

1.2.2. El daño a la persona

El daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico¹¹².

Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otro, el daño a la persona constituye la frustración del proyecto de vida¹¹³.

1.3. DAÑOS ESPECIALES

1.3.1. El daño futuro

¹⁰⁹ LEÓN, Leysser L. “*Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del daño a la persona*” en *el derecho civil peruano*”. disponible en: http://www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art57.PDF

¹¹⁰ *Ibidem*, pag. 65

¹¹¹ Para el autor, TABOADA CORDOVA, señala que el daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de una novia, ahijado, padrino, etc. TABOADA CORDOVA, Op. Cit.pag. 62

¹¹². LEÓN, Leysser L, Op. Cit, pág. 9

¹¹³ TABOADA CORDOVA, Op. Cit., pág. 69.

En este tipo de daño pueden estar presentes todas las clases de daños antes mencionadas, solo que en este tipo, el daño todavía no es efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la posibilidad efectiva que se produzca, es decir es un daño en potencia, que se convertirá con el transcurso del tiempo.

1.3.2. El daño punitivo

Este tipo de daño consiste en que la indemnización que se otorga a favor de la víctima, no se funda en la idea de reparar el daño, sino en la de castigar al sujeto responsable del daño, independientemente del daño producido.

El daño punitivo es conocido en el derecho anglosajón, en la que las indemnizaciones son un castigo para el responsable, por ejemplo en Estados Unidos, se otorgan este tipo de indemnizaciones cuando el acto dañino ha sido grave, pero los daños efectivos no alcanzaron una suma importante, por lo que la víctima no habría intentado la acción debido a que hubiera obtenido más que los costos del juicio; también se otorgan cuando, se tratan de sancionar conductas casi criminales, pero que técnicamente escapan de la ley penal; asimismo cuando se trata de compensar daños que normalmente nos son compensables, como los sentimientos heridos o los gastos de abogados que exceden las costas; y por último se otorgan también cuando se trata de la única forma de que ciertos grupos de agentes de daño sean intimidados para que suspendan ciertas actividades nocivas, porque más beneficioso le resulta pagar la reparación extracontractual y seguir realizando las actividades.¹¹⁴

1.3.3. Daño colectivo

Daño colectivo es el que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente. Dentro de este concepto se incluye el reiterado supuesto de pluralidad de damnificados por un mismo hecho

¹¹⁴ KIONKA, Edward J. Citado por TRAZGENIES GRANDA, “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Vol. IV Tomo I Biblioteca para leer el código civil. 7ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú 2005.

lesivo, cuando cada uno de ellos sufre el perjuicio en un interés subjetivo diferenciable.

En Derecho del Consumo, el ejemplo típico es el de los múltiples consumidores que sufren un daño en su salud por la ingesta de un producto defectuoso.

Concepto de daño colectivo, que ha sido definido por Bidart Campos como aquel que es sufrido por varias personas, simultánea o sucesivamente, siempre sobre la base de una referencia concreta a derechos de incidencia colectiva (los que son denominados por el citado jurista como intereses grupales), que comparten todos los que son parte del conjunto, y sobre los que nosotros preferimos decir que su incidencia o repercusión es social¹¹⁵.

1.3.4. El 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 fráticos o en cualquier medio o elemento natural¹¹⁶.

E. FACTORES DE ATRIBUCION

a) LA CULPA

Se entiende por culpa a la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual éste se refiere, teniendo el

¹¹⁵ <http://www.portaldeabogados.com.ar/colaboraciones/1812deramb.htm>

¹¹⁶ <http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Articulos/AbrahamBastidaAguilar/derechoambiental/capituloprimero.asp>

costo de la remoción de éste: cuando más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado¹¹⁷.

La culpa se divide en dos tipos:

La culpa objetiva, es la culpa por violación de las leyes, vale, decir, el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, éste es responsable. La culpa objetiva no debe confundirse con la responsabilidad objetiva, esta última es ajena al concepto de culpa. La culpa objetiva se basa en parámetros determinados por ley¹¹⁸.

La culpa subjetiva, es aquella que se basa en las “características personales del agente”¹¹⁹. En este tipo de culpa, “se tiende, generalmente, por ejemplo, a atribuir relieve a las cualidades físicas del agente”¹²⁰.

Se señalan como conductas generadoras de la culpa o “causas de la culpa”, sea por acción u omisión, las siguientes:

- i. **Negligencia:** La falta de cuidado se debe a una omisión. Es la forma pasiva de la culpa, al omitirse lo que estaba aconsejado para evitar el daño.
- ii. **Imprudencia:** La falta de cuidado se debe a una acción arriesgada. En este caso, la culpa se origina de forma activa, ya que se ejecuta un acto sin adoptar las precauciones necesarias.
- iii. **Impericia:** La falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad.

b) EL DOLO

Es el otro factor de atribución de responsabilidad, consiste en la conciencia y voluntad de causar el daño¹²¹. No es suficiente, con que se haya prevista la posibilidad del daño, hace falta que haya querido su de realización. Se dice que al querer la realización del daño, el

¹¹⁷ TRIMARCHI, Citado por Espinoza Espinoza, op. Cit. 98

¹¹⁸ MAZEAUD, citado por Espinoza Espinoza, op. Cit. 99.

¹¹⁹ SALVI, Citado por Espinoza Espinoza, op. Cit. 99.

¹²⁰ ESPINOZA Espinoza, Op. Cit. 99.

¹²¹ MAZEAUD, Henry, Jean y León, citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, en TESIS para optar el grado académico de Doctor en Derecho, disponible en: <http://www.cybertesis.edu.pe/sdx/sisbib/notice.xsp?id=sisbib.2008>.

sujeto actúa preordenando sus actos (el hecho dañoso) en función al efecto que pretende alcanzar (el resultado dañoso)¹²²

El dolo se conceptualiza como la intención de cometer el daño ocasionado. El dolo en la órbita de la responsabilidad de extracontractual denota la intención de dañar y es rasgo de la configuración del delito civil¹²³.

c) LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido: basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él¹²⁴.

¹²² GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, Responsabilidad civil extracontractual y delito, en TESIS para optar el grado académico de Doctor en Derecho, disponible en: <http://www.cybertesis.edu.pe/sdx/sisbib/notice.xsp?id=sisbib.2008>.

¹²³ Definido por el art. 1072 del Código Civil argentino, como: "El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro...".

¹²⁴ http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad_civil_pdf/responsabilidad_civil_responsabilidad_objetiva.pdf

CAPÍTULO IV

DAÑO AMBIENTAL PURO

I. EL 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 friáticos o en cualquier medio o elemento natural.

II. CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL PURO

El concepto de daño ecológico puro fue utilizado por primera vez por M. Despax para insistir sobre la particularidad de los prejuicios indirectos resultantes de atentados al ambiente. El autor citado agrega que “la afectación de un elemento del ambiente (el agua por ejemplo) no puede evitar sus efectos sobre otros componentes del ambiente tomando en cuenta la interdependencia de los fenómenos ecológicos”. El daño ecológico es aquel que trae consigo una afectación al conjunto de los elementos de un sistema y es de carácter indirecto y difuso¹²⁵.

Se trata del daño ambiental: menoscabo sufrido por los elementos de la naturaleza sin recaer en personas o cosas jurídicamente tuteladas, afectando en forma indirecta la calidad de vida de los diversos seres vivientes del planeta¹²⁶.

El notable jurista Ramón MARTÍN MATEO, sostiene que: *“Los daños que aquí abordamos son los que afectan al ambiente propiamente dicho de acuerdo con las definiciones legales o doctrinarias asumidas por el legislador, los que personalmente circunscribo a los que ocasionan a los sistemas físico- químicos básicos de la biósfera, agua, aire y suelo, y a los bienes naturales”*. Para más adelante afirmar que ***“El daño ecológico se define así como la interrupción o alteración de un servicio prestado por los activos naturales”***¹²⁷.

¹²⁵ Citado por Michel Prieur. Droit De L' Environnement. 2da. Edición, Paris, Dalloz. 1991. Pág.931

¹²⁶ www.basel.int/legalmatters/regworkshops/Argentina/11.ppt.

¹²⁷ MARTÍN MATEO, Ramón: “Valoración de los daños ambientales”, p. 57, en Revista de Derecho Ambiental, publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, diciembre 2003.

El daño ecológico puro por oposición a los daños puramente individuales, afecta a un bien común de la generalidad, cuál es el interés de la colectividad en la utilización y en la conservación de los fundamentos naturales de la vida. Por ejemplo, sería el caso en que el deterioro de un bosque de titularidad privada afectase también al ecosistema en general, o la contaminación de un río perjudicase al espacio vital de la flora y fauna que vive en él y a los titulares de derechos de pesca, o a los propietarios de las crías que se encontraban en el mismo¹²⁸.

III. ELEMENTOS DEL DAÑO AMBIENTAL PURO

3.1. LA EXISTENCIA DE UN DAÑO

A. Su dimensión colectiva

Cuando se habla de “daños” se presupone que existe una determinada persona que los soporta; es decir que hay alguien que sufre el menoscabo o perjuicio, una “víctima” a la cual todos los sistemas legales del mundo le conceden “acción” para reclamar en juicio; sin embargo, en el daño ambiental puro, no es posible hablar de una sola víctima, ni menos identificarla, no hay “víctimas individuales”, puesto que el daño o quebranto es de naturaleza colectiva. No son afectadas personas concretas, sino un colectivo indeterminado de ciudadanos, o más propiamente dicho, se afecta al medio ambiente como tal o en general.

Actualmente existe cierto acuerdo en que el daño ecológico puro no se refiere a la lesión de determinados bienes jurídicos individuales, sino que tiene que ver con la lesión de los componentes del medio natural y sus interacciones. Se trata por ejemplo, del daño causado al clima-v.gr. destrucción de la ozonósfera, que protege a la Tierra de la peligrosa radiación ultravioleta- o al mundo vegetal o animal que no ha sido objeto de apropiación por el hombre-v.gr. extinción de una especie animal o muerte de pájaros sin amo de resultas de un vertido de crudo- así como a sus interacciones. En suma, se trata de una alteración de la capacidad funcional de los ecosistemas.¹²⁹

B. Su carácter inmaterial, no patrimonial o moral

¹²⁸ RUDA GONZALES, Albert. “El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente”. Tesis doctoral de la facultat de Dret Universidad de Girona, España, 2005, pág. 68

¹²⁹ Konstantinos TSEKOURAS, *Zivilrechtliche Abfallhaftung im deutschen, griechischen und europäischen Recht. Ein Rechtsvergleich*, Bern, Lang, 2001, p. 221-222

Un argumento más para rechazar que el daño ecológico puro sea resarcible es que se trata de un daño no patrimonial, extrapatrimonial, inmaterial o moral. Lo que no podría sostenerse en nuestro ordenamiento jurídico, en el que se admite la resarcibilidad del daño moral¹³⁰. Sin embargo, otros ordenamientos tienen un criterio más restrictivo y prevén que sólo lo sea cuando la ley lo establezca así-v.gr. Italia y Alemania-.

Los argumentos anteriores son discutibles. De entrada, no parece del todo exacto que se afirme que el daño ecológico puro no afecta a ningún patrimonio. Siendo un daño colectivo, afecta al patrimonio de la colectividad en su conjunto. Desde este punto de vista, es un daño patrimonial, consistente en la disminución o menoscabo del patrimonio de la colectividad¹³¹. Claro está que entonces se utilizaría el concepto de patrimonio en un sentido algo distinto al comúnmente admitido.

El daño ecológico consistiría en la importancia económica de la destrucción, de la alteración del medio ambiente *per se* y hacia la comunidad que deriva beneficios de los recursos medioambientales y en especial del mar –alimentación, turismo, salud, investigación científica. Sería por ello un daño patrimonial consistente en la reducción de la posibilidad de disfrutar del medio ambiente. Este es también el parecer de la doctrina italiana para la que el daño ecológico puro no consiste en la diferencia entre el saldo activo de la víctima después y antes del evento dañoso, sino en la disminución de los valores y de la utilidad que puede obtenerse de los bienes medioambientales, como daño colectivo que compensa el menor disfrute de los recursos ecológicos por parte de la colectividad afectada. Como puede verse, se trata de un concepto normativo de daño que, en lugar de fijarse en la lesión de bienes jurídicos concretos, vincula la responsabilidad a la

¹³⁰ Dentro del análisis material, respecto del daño debemos señalar que nuestro Código Civil, por lo menos formalmente, distingue la categoría del daño moral entendido en sentido estricto, es decir, como aquel que se traduce en sufrimiento, aflicción, pena, dolor, turbación psicológica, etc., o sea, como *pretium doloris*. Su resarcibilidad en sede extracontractual se encuentra reconocida en el artículo 1985 del Código Civil Peruano. Así tenemos también precedentes como la resolución expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Cas. N° 2683-2002, en la que se resolvió que sí cabía el pago de una indemnización por daño moral siempre que medie del empleador una conducta ilícita dolosa que cause un menoscabo en el honor y en la reputación del trabajador.

¹³¹ STEINER, Peter *Die Umsetzung des Verursacherprinzips durch das Umweltschutzrecht. Eine Darstellung der Vorschriften des Bundes und der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft*, Zürich, Schulthess, 1999, pag. 140

ejecución de conductas ilícitas que producen una alteración del medio ambiente considerado él mismo como bien jurídico unitario¹³².

C. Su carácter perjudicial

Definiendo el daño ecológico puro tenemos dos opciones. La primera consiste en adoptar un **enfoque amplio**, correspondiente a una concepción naturalística o real del daño. En este sentido, daño ecológico puro sería cualquier alteración del medio ambiente o de su integridad, es decir toda una perturbación –global, regional o local– del funcionamiento de los ecosistemas¹³³. La palabra clave de esta primera concepción del daño es la de «**alteración**».

Ahora nos preguntamos si dicha concepción es adecuada. Puesto que prácticamente cualquier actividad humana afecta al medio ambiente.

La polución¹³⁴ es un fenómeno concomitante de la misma existencia del ser humano. De hecho, incluso al respirar producimos gases que son tóxicos y, en cierta proporción, letales para las personas. Además, pocos espacios naturales han podido escapar a la influencia humana.

De allí que esta concepción puramente naturalística del daño ecológico resultare insuficiente y haría falta algo más a parte de la pura alteración del medio ambiente. Ese «**algo más**» debe ser una **valoración hecha por el Derecho** en relación con el significado o alcance de la alteración de que se trate. De aceptarse ese planteamiento, el concepto de daño ecológico puro sería un concepto valorativo o normativo, dependiente de una calificación por el operador jurídico. En particular, dicho juicio consistiría en determinar si la alteración es negativa o perjudicial, esto es, si constituye un deterioro del medio ambiente o, al contrario, es una alteración neutral o incluso favorable o positiva.

¹³² *Resp. civ. e prev.* 1999, 467-472, p. 469; en la doctrina, Gianroberto VILLA, «Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile», en Barbara POZZO (a cura di), *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2002, 123-136, p. 133; cf. Antonio COSTANZO / Carlo VERARDI, «La responsabilità per danno ambientale», *Riv. Dir. e Proc. Civ.* 1988, 691-751, p. 716.

¹³³ Sérgio FERRAZ, «Responsabilidade por dano ecológico», *Revista de Direito Publico* 1979, núm. 49-50, 34-41, p. 35.

¹³⁴ Alteración de las características físicas, químicas y/o biológicas del ambiente en una o más de sus manifestaciones naturales, tales como aire, agua, suelo, fauna y flora, como resultado de actividades antrópicas o de procesos naturales. <http://es.wikipedia.org/wiki/Poluci%C3%B3n>

Así nuestra Ley 28611, Ley General del Ambiente, en su artículo 142.2 define el daño ambiental como “**menoscabo material**” que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes¹³⁵.

En España la Directiva 2004/35/CE¹³⁶ manifiesta que el daño consiste en que se produzcan **efectos adversos** (art. 2.1.a), b) y c)) o un *cambio adverso* de los recursos naturales (art. 2.2). También el Convenio sobre la diversidad biológica [CBD]¹³⁷, de 5 de junio 1992, alude a la posibilidad de que tenga lugar un *efecto adverso importante para la diversidad biológica* (art. 8.I)) y subraya la necesidad de que los Estados eviten o reduzcan al máximo estos *efectos adversos* (art. 10.b); véase también art. 14.1). En el contexto de los debates sobre el desarrollo normativo de este Convenio se ha puesto de relieve que la expresión *efecto adverso* puede tomarse como sinónima de *daño*. Ya antes, la Declaración de Río¹³⁸ había obligado a los Estados a que desarrollen su legislación sobre *responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales* (Principio 13).

Por lo que se podría establecer el “perjuicio” para el medio ambiente como condición de la resarcibilidad del daño ambiental; sin embargo, para determinar este “carácter de perjudicial” se tendría que tomar criterios normativos (desventaja), el consenso social, el punto de vista económico, así como criterios ecocéntricos¹³⁹, sólo así evitaríamos caer en exageraciones y se protegería de una manera más adecuada al ambiente.

D. Su gravedad

En la doctrina es una segunda condición de la resarcibilidad del daño ecológico puro. El daño no cobra relevancia jurídica por sí mismo, sino que ello depende de una valoración. Se trata de una idea que supone una enunciación compleja, que se expresa de muchas maneras

¹³⁵ Al definirse el daño ambiental como “menoscabo material” se restringe únicamente a las alteraciones adversas al medio ambiente, excluyéndose las alteraciones neutrales, favorables o positivas.

¹³⁶ Directiva 2004/35/CE Del Parlamento Europeo Y Del Consejo del 21/04/2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

¹³⁷ Instrumento suscrito por el Perú en 1993-06-07 y ratificado 2004-07-13. Puede verse su página *web* en <www.biodiv.org>

¹³⁸ Llevada a cabo del 3 al 14 de junio de 1992, al cumplirse veinte años de la Conferencia de Estocolmo, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (C.N.U.M.A.D.), denominada la “Cumbre de la Tierra”, la cual se reunió en Río de Janeiro (Brasil), desembocó en la proclamación de 27 principios.

¹³⁹ Se tendría en cuenta también la repercusión que el deterioro tiene sobre la función natural o ecológica del medio ambiente, es decir, en la pérdida de servicios o funciones para el medio ambiente mismo.

distintas. Pues cabe exigir que sea un **daño articularmente grave o significativo** (así el art. 2.1.a) y b) Directiva), el art. 1.vii) del Protocolo de Viena¹⁴⁰ aprobado en 1997 en el seno de la Agencia Internacional de la Energía Atómica [IAEA], para modificar la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares [CV])¹⁴¹. Así también la flamante Ley española 26/2007¹⁴² (art. 2.1.a)). Alternativamente se suele exigir que **el daño sea relevante**, que tenga cierta **consistencia**, que sea **sustancial, sensible, irreversible**, o que **sólo pueda repararse tras un largo período de tiempo**.

En realidad, la primordial razón que justificaría que se exija la “gravedad” del daño ecológico puro radica en el hecho de que, de adoptarse un concepto puramente naturalístico de este daño, abarcaríamos un número prácticamente infinito de actividades humanas, aunque su repercusión sobre el medio ambiente fuese mínima¹⁴³. Algunos autores¹⁴⁴ creen que el requisito es conveniente desde el punto de vista del análisis económico, pues producirá que dejen de ejercitarse acciones de responsabilidad en los casos en que el coste de la inmisión por la que se reclame sean inferiores a la suma de dichos costes más los de acudir a los mecanismos jurídicos.

No obstante lo anterior, creemos que exigir el criterio de la gravedad del perjuicio, para condicionar la resarcibilidad del daño ecológico puro es una exageración que desnuda aún más a la indigente protección del medio ambiente.

Como se sabe los daños ambientales puros son daños extremadamente perjudiciales, inciertos, complejos, irreparables, permanentes, continuos, progresivos, etc. De ahí que probar que un daño es grave es casi tan difícil como probar el nexo causal en los daños al ambiente, se

¹⁴⁰ *Protocol to Amend the Vienna Convention*, 36 *ILM* 1462 (1997) [en adelante, PV], adoptado el 12.9.1997 en el seno de la IAEA y abierto a la ratificación el 29.9.1997.

¹⁴¹ *Protocol to Amend the Vienna Convention*, 36 *ILM* 1462 (1997) [en adelante, PV], adoptado el 12.9.1997 en el seno de la IAEA y abierto a la ratificación el 29.9.1997.

¹⁴² *LEY 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*. “...Artículo 2. *Definiciones*.

A efectos de la presente ley, se entenderá por:1. «Daño medioambiental»:a) Los daños a las especies silvestres y a los hábitat, es decir, cualquier daño que produzca **efectos adversos significativos** en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies...”

¹⁴³ Lo apunta acertadamente el caso australiano *Phosphate Cooperative Co of Australia Ltd v. Environment Protection Authority* (1977) 138 CLR 134, p. 146-147. Véase en:

http://www.courts.sa.gov.au/courts/environment/judgments/2006_7-12/micklyn_v_diggers_aust.html

Umweltschaden, Leipzig [s.e.], 1996, p. 40.

¹⁴⁴ Lo ponen de relieve William M. LANDES / Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 49. Entre nosotros, Eulalia AMAT LLARÍ, «Comentario a la

STS de 20 de marzo de 1989», *CCJC* 1989, núm. 20, 449-456, p. 453: *La tutela de danos no sustanciales resulta antieconómica*. (Todos citados por RUDA GONZALEZ, op. cit. pp. 101.

necesitaría varios estudios especializados, quizá años para evaluar el “grave impacto”, causado por una determinada conducta, al ecosistema. Esto encarecería los procesos ambientales, que por sí solos son “naturalmente onerosos”. Además establecer este “grave” requisito conllevaría establecer también paralelamente criterios legislativos¹⁴⁵, para poder saber cuando estamos ante un daño al ambiente particularmente grave o significativo. Como sabemos esto último repugna a los principios de Derecho ambiental, tales como de prevención y de precaución. Además de generar un “superantijuricidad” de la conducta provocadora del daño, ya que sólo si se viola los estándares ambientales de contaminación o de deterioro a la naturaleza existiría responsabilidad.

Las incertidumbres de los procesos medioambientales son tantas que son de por sí suficientes para desincentivar el ejercicio de acciones judiciales. El argumento del análisis económico referido pierde así mucha fuerza.

En conclusión creemos que la gravedad del daño no es un elemento condicional de la resarcibilidad del daño ambiental puro, basta sólo comprobar el menoscabo o desventaja al ambiente para que se configure el perjuicio injustamente sufrido, digno de reparación.

Así lo han entendido nuestros legisladores al no exigir este requisito en el artículo 142 de la LGA.

E. Su carácter irreparable

Una característica más del daño ecológico puro es su irreparabilidad en forma específica o *in natura*. Esto favorece malentendidos cuando se discute sobre si cierto régimen de responsabilidad cubre o no dicho daño. El ejemplo más claro es el de las Convenciones de la OMI¹⁴⁶ sobre contaminación marina por hidrocarburos. En 1984 se inició una reforma para modificar la definición de daño resarcible, tanto en el

¹⁴⁵ Estándares ecológicos establecidos por la ley, relativos a una determinada calidad para cada medio natural, cuya infracción convirtiese automáticamente al daño en grave, también se consigue exigiendo una determinada cuantía del daño.

¹⁴⁶ La **Organización Marítima Internacional** (OMI) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que promueve la cooperación entre Estados y la industria de transporte para mejorar la seguridad marítima y para prevenir la contaminación marina. Recientes iniciativas de la OMI han incluido reformas al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) y al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques (MARPOL 73/78). Su sede se encuentra en Londres, Reino Unido. Para mayor información ver su página web: <http://www.imo.org/>

CRC/69¹⁴⁷ como en el Convenio *Fund/71*¹⁴⁸. Esta reforma perseguía excluir la responsabilidad por daños ecológicos puros irreparables en especie.

El hecho es que, a pesar de que la reforma de 1984 fracasase, otra posterior, con un contenido sustancialmente idéntico, logró aprobarse en 1992 –esta vez, sin que se requiriese ratificación de los EUA. Las dos nuevas Convenciones resultantes (CRC/92 y *Fund/92*)¹⁴⁹ limitan, conforme se ha apuntado, la cobertura del daño ecológico puro al coste de las medidas razonables de restauración llevadas a cabo o que deban llevarse a cabo (arts. 1 y 2 CRC).

Tal como están las cosas, si el daño ecológico puede repararse en especie, existirá responsabilidad, mientras que si no puede –por ejemplo, porque consiste en la extinción de una especie– nadie responderá conforme al sistema referido.

En definitiva, parece que pueden existir daños ecológicos puros irreparables en especie y otros que no lo sean. La exclusión de los primeros tiene lugar en el sistema citado de la OMI, en la Propuesta de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por los residuos [PD residuos]¹⁵⁰ y en la nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental (26/2007) de España que deja de lado la indemnización de este tipo de daños (no reparables en especie).

Este enfoque –compartido por el Derecho internacional público– resulta problemático, si se tiene en cuenta que algunos daños al medio ambiente, como los causados por organismos genéticamente modificados (en adelante, OGM), son frecuentemente imposibles de reparar en especie (una restauración genética puede ser impracticable). Por ello, la opción de prever la responsabilidad sólo por daños

¹⁴⁷ Convenio Internacional sobre la prevención en alta mar en los casos de accidentes de contaminación de las aguas por hidrocarburos (1969). El Perú es un estado parte.

¹⁴⁸ Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1971. Puede verse en: http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=256&doc_id=661

¹⁴⁹ En 1992 se celebró en Londres una Conferencia Diplomática bajo los auspicios de la OMI que adoptó dos Protocolos que enmendaban los Convenios de 1969 y de 1971. Los Protocolos de 1992 son en lo sustancial idénticos a los Protocolos de 1984 pero con condiciones menos exigentes para la entrada en vigor de ambos Protocolos. Los Convenios enmendados, que se conocen como el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 y el Convenio del Fondo de 1992, entraron en vigor el 30 de mayo de 1996, es decir dentro de los cuatro años siguientes a su aprobación, un plazo sorprendentemente corto en el contexto de los convenios internacionales.

¹⁵⁰ Presentada por el Consejo Europeo el 1 de septiembre de 1989 (DOCE C núm. 251, de 4.10.1989, p. 3).

ecológicos puros reparables en especie es una solución de mínimos, que se queda corta y es por ende insatisfactoria¹⁵¹.

No obstante, todo lo anterior, nuestra Ley N° 28611 sí prevé la indemnización de los daños irreparables en especie:

“Artículo 147º.- De la reparación del daño

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.

La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

Con ello se supera este argumento de parte de la doctrina ambiental para no reconocer la indemnización de los daños ambientales puros.

3.2. QUE AFECTE AL MEDIO AMBIENTE

A. Daño por contaminación

La contaminación¹⁵² es una causa del daño ecológico puro. Esto explica que algunos instrumentos internacionales, al definir el daño resarcible, hagan referencia a la contaminación como origen del mismo. El ejemplo paradigmático es el régimen internacional sobre responsabilidad por contaminación del mar por hidrocarburos, aprobado en el seno de la OMI.

Sin embargo, en varios regímenes normativos existen otros conceptos distintos al de contaminación, a saber, el de emisión, escape, vertido,

¹⁵¹ RUDA GONZALEZ, Albert. "El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental". Edit. Aranzadi SA, España, 2008, pág. 105

¹⁵² La **contaminación** es cualquier sustancia o forma de energía que puede provocar algún daño o desequilibrio (irreversible o no) en un ecosistema, medio físico o un ser vivo. Es siempre una alteración negativa del estado natural del medio ambiente, y por tanto, se genera como consecuencia de la actividad humana. <http://es.wikipedia.org/wiki/Contaminaci%C3%B3n>

etc. Así, a título de ejemplo, la CERCLA¹⁵³ estadounidense define el concepto de escape como derrame, goteo, bombeo, rebosamiento, emisión, vaciado, descarga, inyección, escape en sentido estricto, filtración, vertido, o eliminación en el medio ambiente -incluido el abandono de barriles, contenedores y otros receptáculos cerrados que contengan cualquier sustancia peligrosa o contaminante (§ 107(22)).

La Ley de protección del medio ambiente del Reino Unido define la polución como resultante del escape en cualquier medio de sustancias que son capaces de producir daño al hombre o a otros seres vivos mantenidos por el medio ambiente (*Environmental Protection Act* 1990, § 1(3))¹⁵⁴.

En efecto, la Ley alemana de responsabilidad medioambiental define la inmisión como un cambio en el medio ambiente causado por sustancias, vibraciones, ruido, presión, rayos, gases, vapores, temperatura, u otros fenómenos que se difundan por el suelo, el agua o el aire (§ 3 *UmweltHG*; parecidamente, § 2.1 *Grunen-UHG-E*)¹⁵⁵.

En general, parece que lo importante para estas leyes es más la contaminación **como acto que como resultado**. Posiblemente sería poco acertado restringir el concepto de daño ecológico puro de tal modo que no pudiese comprender casos de daños causados de un modo distinto a la contaminación.

No hace falta insistir en que si se prescinde del concepto de daño por contaminación se evitarán problemas de interpretación de la norma que define el supuesto de responsabilidad en relación con el alcance del término "contaminación". En esta línea, parece correcto el criterio de la Ley extremeña sobre espacios naturales protegidos [LEENP]¹⁵⁶, que prevé que la obligación de restaurar el daño a las especies y espacios naturales surja por daño causado *por un uso no sostenible de los mismos* (art. 5.1).

Si lo anterior es exacto, parece que el verdadero concepto clave no debe ser el de daño por contaminación, sino el de **deterioro del medio**

¹⁵³ La ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act, CERCLA por sus siglas en inglés), conocido comúnmente como Superfund, fue decretado por Congreso el 11 de diciembre de 1980. La CERCLA fue enmendada por la Ley de Reautorización y Enmiendas de Superfund (Superfund Amendments and Reauthorization Act, SARA por sus siglas en inglés) el 17 de octubre de 1986. Texto en inglés disponible en: <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=42USCC103>.

¹⁵⁴ Puede verse en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900043_en_1.htm

¹⁵⁵ Texto disponible en: http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/u_schad_g.pdf

¹⁵⁶ Ley 8/1998 de la Asamblea de Extremadura, de 26 de junio, sobre espacios naturales protegidos (DO Extremadura núm. 86, de 28.7.1998; BOE núm. 200, de 21.8.1998).

ambiente, entendido en un sentido amplio (véase por ejemplo art. 3 II *LPNM* brasileña)¹⁵⁷.

B. Daño a la diversidad biológica

Es ampliamente conocido que la desaparición de una especie tiene una repercusión no sólo biológica, sino también científica, cultural e incluso económica. Además, sus consecuencias pueden ser incalculables desde el punto de vista genético. Hay que tener en cuenta que la especie desaparecida puede ser desconocida, de modo que nunca lleguen a conocerse sus propiedades ni comprenderse su función dentro de un ecosistema¹⁵⁸.

De allí, que su protección resulta ser un aspecto clave del Derecho medioambiental y ocupa un lugar central en el debate sobre el daño ecológico puro. Además, la importancia de la cuestión debiera ser especialmente grande en nuestro país. El Perú es uno de los países más valiosos del planeta Tierra, por su altísima diversidad de paisajes, recursos vivos o biodiversidad, sus riquezas minerales y la contribución valiosa de sus gentes al bienestar del mundo. La alta diversidad de ecosistemas ha permitido el desarrollo de numerosos grupos humanos con culturas propias y destacables logros tecnológicos, culinarios y culturales¹⁵⁹.

La relevancia de este tema se incrementa cada vez, conforme va aumentando la velocidad con la que desaparecen las especies en el mundo. Nuevamente, se acusa la circunstancia de que la biodiversidad constituya un bien público, de acceso abierto a todos. Debido a ello, los individuos tienen pocos incentivos para conservar las especies porque, aunque su conservación beneficie al colectivo, cada uno de ellos puede

¹⁵⁷ Propiamente esta ley habla de degradación del medio ambiente, pero la doctrina lo entiende como deterioro, desgaste o estrago.

¹⁵⁸ RUDA GONZALEZ, Albert. "El Daño Ecológico Puro... (Libro) op. Cit. Pág. 120

¹⁵⁹ El Perú posee una muy alta diversidad de especies, a pesar de los registros incompletos y fragmentados.

De la flora se calculan unas 25 000 especies (10% del total mundial) de las cuales un 30% son endémicas. Es el 5º país en el mundo en número de especies; el 1º en número de especies de plantas de propiedades conocidas y utilizadas por la población (4 400 especies) y 1º en especies domesticadas nativas (182).

En lo referente a la fauna, es el 2º en aves (1 816 especies), el 3º en anfibios (408 especies), el 3º en mamíferos (462 especies) y muy importante en diversidad de peces con cerca de 2 000 especies (10% del total mundial). De las 83 especies de Cetáceos del mundo, 36 se encuentran en el Perú. En superficie de bosques tropicales, Perú es el segundo país en América Latina, cuarto a nivel mundial.

obtener un beneficio mayor engañando a los demás y aumentando su propio uso¹⁶⁰.

La protección de los daños a la diversidad biológica por los regímenes de responsabilidad parece muy inconclusa. Uno de los textos de referencia en este punto deriva de la **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992**, a saber, el citado Convenio sobre la diversidad biológica (CBD). Tras reconocer en su Preámbulo el valor intrínseco de la diversidad biológica, así como de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales y estéticos de la misma o de sus componentes (§ 1), afirma que la conservación de la biodiversidad es un interés común de la humanidad (Preámbulo, § 3). Por ello, el Convenio se propone como uno de los objetivos la conservación de la diversidad biológica (art. 1 CBD), entendida ésta como:

la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas(art. 2).

Visto así, parece que **el daño a la diversidad biológica es más amplio que el de daño ecológico puro**, pues dicha diversidad puede verse afectada por daños a recursos de propiedad privada (*v.gr.* la cosecha de cierto agricultor), mientras que parece incierto si un daño ecológico puro puede producirse sin que se afecte a la variabilidad de especies en los términos amplísimos del CBD. En realidad, las expresiones empleadas por el Protocolo parecen demasiado imprecisas como para que integren una definición clara del daño resarcible¹⁶¹.

Algunas leyes latinoamericanas regulan este tipo de daño, así tenemos: En **México** la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, de 1988 (con reformas en 1996), señala que toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad deberá repararlo en los términos de la legislación civil.

¹⁶⁰ Consúltese: Pablo SALVADOR CODERCH / Fernando GÓMEZ-POMAR PÉREZ / Mireia ARTIGOT I GOLOBARDES / Yolanda GUERRA AZNAR, «Observacions al Llibre Blanc sobre Responsabilitat Ambiental», *InDret* 4/2000 www.indret.com. pags.144-178.

¹⁶¹ RUDA GONZALEZ, Albert. Op. cit. pp. 129

En **Costa Rica** la ley Orgánica del Medio Ambiente en su artículo 101 prescribe:

“...los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del medio ambiente y la diversidad biológica, sean persona físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados...”

La ley de Gestión Ambiental¹⁶² de **Ecuador**, en su artículo 43 regula:

“Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente, incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos...”

Nuestro país reconoce el derecho a la protección de la biodiversidad, así tenemos:

La Constitución Política de 1993 en su artículo 68º:

“El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

La LGA, **Ley 28611**, también considera la protección de la diversidad biológica (Art. I y IV del Título preliminar y art. 7º). Y dedica todo un capítulo¹⁶³ a la necesidad de su conservación; sin embargo, no regula expresamente el daño a la diversidad biológica o biodiversidad. Aunque puede subsumirse dentro del concepto de “daños al medio ambiente” (Artículo 142.2), empero, es necesaria una regulación específica.

3.3. SU CARÁCTER PURO

A. El criterio de la titularidad

En palabras de RUDA GONZALEZ, el empleo del calificativo «puro» denota que el daño ecológico puro se distingue de algún modo del resto de daños al medio ambiente. En particular, dicho calificativo trata de poner de relieve que el daño afecta sólo o fundamentalmente al medio ambiente como tal, aunque de modo indirecto pueda afectar también a algunas personas. La idea de que el daño ecológico es puro pone así de relieve que, como se ha apuntado, el medio ambiente, entendido de

¹⁶² Publicada en el Registro Oficial el 30 de Julio de 1999.

¹⁶³ CAPÍTULO II: Conservación de la Diversidad Biológica (Arts.97º-112º).

forma unitaria, no pertenece a nadie en particular. En un sentido impropio o coloquial, tal vez pueda ser acertado que se afirme que pertenece a todos. En cambio, en sentido estricto o técnico-jurídico, no parece que constituya un bien apto para ser objeto de dominio. Por tanto, el daño ecológico puro aparece sólo cuando se producen daños a ciertas cosas, en sentido amplio, y no consiste nunca en un daño personal¹⁶⁴.

La Convención de Lugano¹⁶⁵ es la primera que reconoce el daño ecológico puro como daño resarcible en el plano internacional y supone un avance frente a otros convenios anteriores más imprecisos¹⁶⁶. Con todo, el avance tampoco es del todo satisfactorio, pues incurre en cierta contradicción: incluye en la definición de medio ambiente la propiedad que forma parte de la herencia cultural –en contra del criterio aquí defendido– y en cambio excluye de su régimen de responsabilidad los daños a la propiedad.

Resulta así que el medio ambiente tiene, como el dios Jano, dos caras. Una, la de los recursos propiedad de alguien, cubierta por los regímenes de responsabilidad. La otra, la de los recursos de nadie, que escapa a dichos regímenes¹⁶⁷. Como sabemos, esta división responde a la dogmática del Derecho de cosas, de raíces romanas. Recursos subterráneos y otros que, como las aguas corrientes, no son aprehensibles, no pueden ordenarse jurídico-privadamente mediante una relación de propiedad. Nadie puede por ello reclamar civilmente por daños a recursos que, como las aguas del subsuelo, no pertenecen a nadie conforme a muchos ordenamientos jurídicos –salvo quizás el Derecho austriaco, el noruego y el español, donde tienen carácter público (art. 2 Ley de Aguas)¹⁶⁸.

Algo parecido ocurre con las llamadas *res communes omnium*¹⁶⁹. Como es sabido, el origen de la categoría se encuentra nuevamente en

¹⁶⁴ RUDA GONZALEZ, Albert. Op. Cit. pp. 136.

¹⁶⁵ Se trata del primer instrumento internacional que regula prácticamente toda la responsabilidad medioambiental, a saber: la Convención del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daño resultante de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 de junio de 1993 (en adelante, Convención de Lugano [CL]). El texto se halla en la página en Internet del Consejo, <<http://conventions.coe.int>> (ETS No. 150)

¹⁶⁶ Entre otros, Gilles MARTIN, «La Convention du Conseil de l'Europe du 8 Mars 1993 dite 'Convention de Lugano'», *Pet. aff.* 27.4.1994, núm. 50, 95-99, p. 97.

¹⁶⁷ RUDA GONZALEZ, Albert. Op. Cit. pp. 137

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Categoría romana aplicada a las cosas comunes a todos.

el Derecho romano. Un pasaje del Digesto las contrapone a las *res publicae*¹⁷⁰ y señala que comprenden el aire, el agua corriente, el mar y el ribera del mar (D. 1,8,2). Prácticamente todos los ordenamientos estudiados coinciden en que los daños causados al aire no son resarcibles conforme al Derecho civil. El fundamento de esta categoría parece ser la imposibilidad física o económica de concebir relaciones jurídicas sobre las realidades que comprende. Así pues, es una de las principales responsables de la capacidad limitada del Derecho privado para hacer frente a los daños ecológicos puros. Seguramente por ello, comienza a ganar adeptos la tesis de que los recursos naturales y los bienes medioambientales constituyen verdaderos bienes jurídicos¹⁷¹. Sin embargo, no explican cómo salvar el inconveniente de que son inaprensibles.

De lo antepuesto se concluye que los postulados clásicos en materia de derechos reales no proveen una solución grata a los problemas creados por los daños ecológicos puros. Desde un punto de vista ecológico, tan importante puede ser el bosque de titularidad privada como las aves que no pertenecen a nadie. Por ello, cabe preguntarse si la protección del medio ambiente realmente debe seguir dependiendo del criterio de la titularidad.

B. Los llamados derechos comunes

Que todos tengan derechos sobre el medio ambiente tiene reconocimiento legal expreso en distintos ordenamientos jurídicos, sobre todo europeos. Se trata de admitir que toda persona es titular de derechos que recaen sobre los recursos naturales, sin distinción por motivo de su titularidad. En particular, esta idea parece haberse desarrollado más en los países nórdicos y en Alemania. En sus respectivos sistemas, se reconoce legalmente que existen unos llamados “derechos de acceso público” o “derechos comunes”. Se trata de derechos definidos por la costumbre, que garantizan a todos los ciudadanos la posibilidad de tener acceso a la naturaleza¹⁷².

¹⁷⁰ Cosas de dominio público, pertenecientes al Estado.

¹⁷¹ Lucio FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, Jovene Editore, 1990— «Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986», *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1987, pp.136

¹⁷² RUDA GONZALEZ, Albert. Op. cit. pp. 140

A primera vista, algo así podría parecer espinoso de conciliar con los criterios seguidos en otros ordenamientos jurídicos, donde la protección de la propiedad privada impediría dicho acceso.

Cabe preguntarnos ahora, si el reconocimiento de estos derechos conduce también a que sean resarcibles los daños ecológicos puros. Esto es, cuando resulta dañado un recurso natural sobre el que existe un derecho común o de acceso común, si existe responsabilidad civil por su lesión. Algunos autores han sugerido que a nadie se le ha ocurrido jamás ni en Alemania ni en Suiza vincular la responsabilidad por daños ecológicos a dichos derechos¹⁷³.

En cambio, sí que ha sucedido así fuera de dichos países. Al parecer, el sistema que ha llevado este planteamiento más lejos es el noruego. Así el instituto noruego de los llamados *allemannsrettene*¹⁷⁴ difiere del existente en el Derecho sueco, pues si bien en éste se refiere al acceso a la naturaleza, sea o no de propiedad privada, en el Derecho noruego implica también un derecho de uso, pero no de la propiedad privada, sino de recursos que son libres, abiertos o accesibles para todos (*fritt gode, apent for alle*)¹⁷⁵.

Este sistema resulta muy novedoso por la manera en que individualiza los daños ecológicos puros y permite que algunas personas obtengan un resarcimiento por los mismos. Desde este punto de vista puede parecer un modelo a seguir, en la medida en que concede un derecho al resarcimiento a pescadores profesionales y otras personas que dependen de la posibilidad de viajar libremente en sus negocios, así como aquellos que dependen de los ecosistemas para poder sobrevivir. La exigencia de que resulte afectado un derecho común impide que se resarza un daño demasiado lejano o imprevisible, pues sólo podrá reclamar por daños a un recurso natural quien tenga posibilidad de usarlo.

En conclusión el reconocimiento de derechos comunes es positivo, pero ello no hace al medio ambiente digno de tutela jurídica por sí mismo, es decir, que sólo se protege los derechos colectivos de uso de un determinado recurso del medio ambiente, por lo que si un determinado

¹⁷³ Ídem. pp. 141.

¹⁷⁴ Cuya traducción al español es: "los derechos de acceso".

¹⁷⁵ Esto es, bienes de uso general, como señala RUDA GONZALEZ, Albert, óp. Cit. pp. 141..

componente del medio ambiente no es susceptible de algún uso humano no sería protegido.

C. El daño ecológico puro como daño público

Son los países socialistas quienes configuran, en primer lugar, al medio ambiente como bien público.

Ciertamente, se podría alegar que, en dichos ordenamientos, la atribución al Estado parece algo natural y consustancial al carácter colectivo de toda propiedad (véase por ejemplo el art. 2 de la Ley núm. 81, de 11 de julio de 1997, del medio ambiente, de Cuba)¹⁷⁶No obstante, se trata también del criterio seguido en algunos sistemas que responden a parámetros políticos o económicos diferentes.

En este segundo grupo de sistemas, la ley prevé que el medio ambiente tenga la consideración de bien público, que pertenece al Estado. Aquí encontramos a los ordenamientos de Brasil (art. 2 *LPNM*)¹⁷⁷, Nicaragua (arts. 4.1 y 141 *LGMA*)¹⁷⁸, Bolivia (arts. 3 y 34 Ley nº 1.333, de 27 de abril de 1992, del medio ambiente),¹⁷⁹ Portugal o Italia (art. 18 *Legge* 349/1986)¹⁸⁰.

Sin duda alguna los legisladores brasileños han tomado la batuta, pues le han dotado de una importante consecuencia desde el punto de vista de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Su sistema prevé que el Estado pueda, en este supuesto, reclamar una compensación por daños. En efecto, la Constitución federal brasileña afirma que el medio ambiente constituye un *bien de uso común del pueblo* (art. 225), es decir, según la ley que desarrolla esta norma, *un patrimonio público que debe ser necesariamente asegurado y protegido, teniendo en vista el uso colectivo* (art. 2 I *LPNM*). Esta calificación comporta, como afirma la doctrina brasileña, que el daño ecológico puro

¹⁷⁶ *Gaceta Oficial* núm. 7, de 11.7.1997, p. 47, <www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-81.htm>. Ya antes, véase la (hoy derogada) Ley núm. 33, de 10 de enero de 1981, de protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales (arts. 5 y 127), *Gaceta Oficial* núm. 17, de 12.2.1981, p. 255, <www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-33.htm> (fc: 28.10.2003).

¹⁷⁷ Lei N° 6.938 de 31 de agosto de 1981, de Política Nacional do Meio Ambiente.

¹⁷⁸ Ley N° 217, de 2 de mayo de 1996, General del medio ambiente y los recursos naturales de Nicaragua (La Gaceta N° 105, 6 de junio de 1996, p. 2121-2138).

¹⁷⁹ *Gaceta Oficial* núm. 1740, 15 de junio de 1992, p. 1-26 <<http://faolex.fao.org/docs/pdf/bol6919.pdf>> (fc: 22.1.2004).

¹⁸⁰ Legge 8 luglio 1986, n. 349, Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale (*G.U.* n. 162 del 15.7.1986).

sea un daño a un bien público, distinto del que afecte a los bienes privados de los particulares¹⁸¹.

Cabe preguntarnos aquí si el reconocimiento explícito del carácter público o colectivo del medio ambiente es imprescindible para que el daño ecológico puro sea resarcible. Dos datos parecen indicar lo contrario.

a) El primero es que **la ley puede atribuir a una persona** – especialmente, el Estado– la facultad para reclamar por daños al medio ambiente **sin necesidad de que sea propietario**.

Incluso, es posible que dicha facultad pueda entenderse implícita por el simple hecho de que los recursos naturales se encuentran en el territorio de un Estado y por ende sujetos a su soberanía. Esta es precisamente la concepción sostenida por la jurisprudencia suiza, que ha entendido resarcible el daño consistente en la muerte de peces considerados como *res nullius*, sobre la base de que el Estado está legitimado como amo y titular de la regalía de pesca (*Fischereiregal*)¹⁸².

b) El segundo dato consiste en que **diversas leyes**¹⁸³ **atribuyen al Estado el derecho a una indemnización** por los daños causados al medio ambiente **sin que ninguna de ellas se refiera a un supuesto carácter público del medio ambiente como tal**.

La ley italiana considera digno de protección el daño al medio ambiente en su integridad, sin tener en cuenta el aspecto de la titularidad. Al hacerlo, no tutela directamente los intereses individuales como la salud o la propiedad, ni requiere la lesión de derechos subjetivos individuales, sino que entiende al daño al medio ambiente como daño patrimonial colectivo correspondiente a intereses no puramente individuales, sino difusos, pero relevantes económicamente¹⁸⁴. No obstante, parece existir acuerdo en que por el simple hecho de que el sujeto legitimado para reclamar sea el Estado no deja de tratarse de un mecanismo jurídico privado, de verdadera responsabilidad civil.

¹⁸¹ Christiane DONHA, *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente no Brasil e em Portugal*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000/2001, pp10.

¹⁸² RUDA GONZALEZ, Albert. op. cit. p. 145.

¹⁸³ En Portugal los arts. 48 LBA y 48 Decreto-Lei no 74/1990, de 7 de Março, da Agua (en adelante, *Lei da Agua*); en Italia, art. 18 Legge 349/1986.

¹⁸⁴ Consúltese Lucio FRANCIOSI, «Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986», *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1987, 479-493, p. 485 y 487; Barbara POZZO, «Danno ambientale», *Riv. Dir. Civ.* 1997, 775-799, p. 777 y Debora MALAGNINO, «Ambiente alterato e danno esistenziale», *Contratto e impresa* 2002-3, 1281- 1297, p. 1283.

Sin embargo, parte de la doctrina italiana afirma abiertamente que configurar el daño al medio ambiente como daño colectivo es en realidad configurarlo como un daño público que afecta a bienes individualizados por la legislación específica, y destinados al uso público como patrimonio de la colectividad¹⁸⁵. O lo que es lo mismo, el Estado puede reclamar por daños a recursos naturales que no pertenezcan a ningún sujeto privado. En cierto modo, es como si los recursos naturales que podían considerarse como *res nullius* hubiesen pasado a convertirse en bienes del Estado¹⁸⁶. Esto tal vez explique que, parte de la doctrina alemana e incluso española considere que la ley italiana es el modelo a seguir. Sin embargo, no puede dejar de observarse **lo contradictorio de afirmar, por un lado, que el mecanismo es de responsabilidad civil y, por el otro, que se trata de un daño público**¹⁸⁷.

En realidad atribuir carácter público al medio ambiente es un exceso. Además, seguramente se atribuiría un peso excesivo a una Administración pública que, como se ha visto, no necesariamente es el mejor guardián del medio ambiente.

Por ello es necesario que se distinga entre el daño a bienes individuales, de propiedad pública o privada y protegidos por las normas generales, de un lado, y el daño al medio ambiente considerado en un sentido unitario, del otro; puesto que es posible que un mismo hecho dañoso dé lugar a un daño colectivo o difuso y a un daño individual¹⁸⁸.

Diversos países en Latinoamérica atribuyen carácter público al medio ambiente. Las Constituciones de Cuba y Nicaragua no se refieren a la titularidad del ambiente sino a la propiedad pública de los elementos que lo integran.

Así, en **Cuba**, la Carta Magna señala que:

ARTICULO 2.- El medio ambiente es patrimonio e interés fundamental de la nación. El Estado ejerce su soberanía sobre el medio ambiente en todo el territorio nacional y en tal sentido tiene el derecho de aprovechar los recursos que lo componen según su política ambiental y de desarrollo.

¹⁸⁵ Véase Paolo DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, Cedam, 2000, p. 166-167.

¹⁸⁶ Cf. Alberto TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, 39ª, Padova, Cedam, 1999, p. 224

¹⁸⁷ RUDA GONZALEZ, Albert. op. cit. p. 146.

¹⁸⁸ Consúltese: Pier Giuseppe MONATERI, *La responsabilita civile*, Torino, UTET, 1998, p. 922 y COSTANZO/VERARDI, «La responsabilità...», cit., p. 720 n. 62.

Por su parte en **Nicaragua** la Constitución Política establece en su artículo 102:

Los recursos naturales son patrimonio nacional. La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera.

En **Bolivia** es la Ley de Medio Ambiente de 1992 la que se refiere a la titularidad del ambiente, el cual reconduce al patrimonio público al disponer en su artículo tercero:

"El medio ambiente y los recursos naturales constituyen patrimonio de la Nación, su protección y aprovechamiento se encuentran regidos por Ley y son de orden público".

Nuestra Constitución vigente no se refiere expresamente al término medio ambiente, sólo define como públicos a un componente del mismo (los recursos naturales); así tenemos:

"Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento..."

D. La doctrina del "public trust"

La teoría del *public trust* tiene origen judicial y el primer caso que la define con claridad es de los EUA, a saber: *Illinois Central Railroad v. Illinois*¹⁸⁹. La Suprema Corte de los EUA se apoyó en un caso del Estado de Nueva Jersey del año 1821 (*Arnold v. Mundy*¹⁹⁰, que a su vez se basaba en el antiguo Derecho inglés), para afirmar que algunos recursos, como las aguas navegables –y el suelo subyacente– abiertas tradicionalmente al público para su navegación o pesca, se encuentran en una situación de *trust* (administración o gestión) a favor de la

¹⁸⁹ *De Illinois Central Railroad v. Illinois*, 146. EE.UU. 387 (1892). Fue una Decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos. Una disputa por el título de las tierras ocupadas por las pistas de Illinois Central Railroad Company, estaciones, muelles, y otras construcciones a lo largo del frente del lago de Chicago. Generó: **Public Land Doctrina** - algunos recursos se conservan para el uso público y el gobierno está obligado a mantener para el uso razonable de los ciudadanos.. Véase: 146 US 387 (1892).

¹⁹⁰ **La doctrina de la confianza pública**, heredado de Inglaterra, fue reconocido por primera vez por el Juez Andrew Kirkpatrick de la Corte Suprema de Nueva Jersey en *Arnold v. Mundy*, un caso de prueba en la que *Arnold*, un terrateniente ribereño que había plantado las ostras en un alcance de marea de la Raritan River, afirmó que *Mundy*, que recogían las ostras, traspasándose al hacerlo. Véase: 6 NJL 1 (Sup. Ct. 1821).

colectividad y no pueden enajenarse o utilizarse de un modo que pueda vulnerar tal situación.

Hasta aquí esta teoría tiene que ver poco o nada con los daños ecológicos puros. Sin embargo, el hecho es que la doctrina en cuestión pronto hizo fortuna. En efecto, los Tribunales comenzaron a extenderla más allá de los estrictos confines del caso citado de Illinois, probablemente de resultas de la creciente percepción social de la importancia de preservar los recursos públicos¹⁹¹. Posteriormente, el legislador la usó para fundamentar las distintas leyes que establecen una norma de responsabilidad por daños ecológicos puros, a saber: primero, la *Clean Water Act*¹⁹² (§ 311 CWA), en relación con la contaminación del agua; más tarde, la citada *Marine Protection, Research and Sanctuaries Act (MPRSA)*¹⁹³. También, la *CERCLA*, con carácter general, y, finalmente, la *Oil Pollution Act (OPA)*¹⁹⁴, en materia de contaminación marina. Estos dos últimos son los dos regímenes más importantes y estudiados.

Conquistada por esta doctrina, la legislación federal de los EUA prevé que una entidad gubernamental pueda recuperar los daños por lesión, destrucción, pérdida, o pérdida de uso de recursos naturales¹⁹⁵, incluidos los costes razonables de evaluar el daño. Conviene subrayar que el *trustee* no necesita ser propietario de los recursos dañados, sino que es suficiente con que sea su gestor tenga el control de los mismos. Para esta forma de ver las cosas, el daño ecológico puro es jurídicamente relevante desde el momento en que afecta a ese patrimonio común o *public trust*. El Estado no tiene sólo el deber de conservar este patrimonio como si se tratase de un bien atribuido al mismo mediante una especie de fiducia en interés de la colectividad.

¹⁹¹ RUDA GONZALEZ, Albert...óp. cit. pp. 150.

¹⁹² La **Ley del Agua Limpia** es la ley federal primaria en los Estados Unidos que regulan la contaminación del agua. La Ley establece los objetivos de eliminar los vertidos al agua de altas cantidades de sustancias tóxicas, la eliminación de la contaminación del agua adicional, y garantizar que las aguas superficiales que cumplen con las normas necesarias para el deporte y la recreación humanos.

¹⁹³ La **Ley de protección del medio marino, investigación y Santuarios (MPRSA)**, también conocida como la Ley de dumping del Océano, se prohíbe el vertido de material en el océano que injustificadamente se degradan o ponen en peligro la salud humana o el medio ambiente marino. Para más información visite: <http://www.epa.gov/history/topics/mprsa/>

¹⁹⁴ La **Ley de Contaminación por Hidrocarburos** (101 HR1465, PL 101-380 fue aprobada por el Congreso de Estados Unidos para evitar que el aceite más derrames ocurran en el de los Estados Unidos. Fue redactada y se convirtió en ley después del derrame de petróleo del Exxon Valdez, en 1989.

¹⁹⁵ Por recursos naturales se entiende: suelo, peces, vida salvaje, biota, aire, agua, agua subterránea, suministro de agua y otros recursos pertenecientes a, gestionados por, tenidos en trust por, relacionados con, o de otro modo controlados por los EUA –incluidos los recursos de la zona exclusiva económica–, cualquier Estado o Gobierno local o tribu india, o un Gobierno extranjero (§ 107(a)(4)(C) CERCLA y §1006.c) OPA).

Además, está legitimado por el ordenamiento para reclamar en caso de que dicho *trust* resulte afectado por la conducta de terceras personas. Igual que sucede con la noción de patrimonio común de la humanidad, manejada por el Derecho internacional público, la doctrina del *public trust* fundamenta al mismo tiempo el deber de conservar el objeto o *corpus* del *trust* y el derecho-deber de reclamar una compensación por daños a los recursos que lo componen. Incluso, el Estado mismo podría incurrir en responsabilidad si se abstuviese de reclamar, por haber incumplido los deberes que el *trust* le impone¹⁹⁶.

No obstante lo anterior, la doctrina del *public trust* presenta diversos inconvenientes:

- Uso muy escaso de la figura. Tal vez lo expliquen el coste y la dificultad de valorar los daños, la ausencia de precedentes y la falta de medios de los *trustees*¹⁹⁷.
- Carece de la precisión conceptual que sería deseable. Propiamente hablando, no confiere a los *trustees* la propiedad de los recursos naturales, sino sólo una propiedad fiduciaria o *trust*. No obstante, no se aclara la cuestión de quién es el verdadero propietario en interés del cual el *trustee* puede y debe actuar.
- No se aclara si los particulares pueden reclamar por una conducta inadecuada de los *trustees*.
- Finalmente, el *trust* no comprende los recursos privados importantes desde el punto de vista colectivo. En ese sentido, la doctrina del *public trust* segmenta la protección del medio ambiente.

Por todo ello, puede concluirse que la doctrina del *public trust* o de la *Treuhand* aplicada a los daños ecológicos puros es algo imprecisa e insegura.

E. La segmentación del medio ambiente

Como se indicó ítems atrás, el medio ambiente constituye un fenómeno complejo pero unitario, en el que sus componentes se interrelacionan y dependen unos de otros. Sin embargo, el tratamiento jurídico del medio ambiente, al menos en materia de responsabilidad civil, suele conducir a una segmentación o compartimentación.

¹⁹⁶ RUDA GONZALEZ, Albert. óp. cit. pp. 153.

¹⁹⁷ Véase Kevin M. WARD, «Restoration of Injured Natural Resources Under CERCLA», 18 *J. Land Resources & Envtl. L.* 99-111 (1998), p. 110 y Duane WOODARD / Michael R. HOPE, «Natural Resource Damage Litigation Under the CERCLA», 14 *Harv. Envtl. L. Rev.* 189-215 (1990), p. 192.

Esto es evidente en el caso de la doctrina del *public trust*, pues el *trustee* sólo podrá reclamar por aquellos daños que afecten a recursos pertenecientes al *trust*.

Algo similar ha sucedido con la Directiva Europea (35/2004)¹⁹⁸. La Directiva ha dejado de lado a los daños “tradicionales” (art. 2). Por tales daños, ésta entiende los consistentes en *las lesiones causadas a las personas, los daños causados a la propiedad privada u otras pérdidas económicas* (Parte Expositiva, CDO 14º; igual, art. 3.2 DT). La Directiva atribuye el derecho y deber de reclamar a las autoridades nacionales (arts. 6, 10 y 11) y únicamente reconoce a los particulares la posibilidad de dirigirse a las mismas para solicitarles *que actúen en virtud de la presente Directiva* (art. 12.1).

Asimismo excluye los daños causados por una contaminación de carácter difuso en los que no es posible establecer el nexo causal entre los daños y las actividades de los operadores (art. 4.5.).

La Ley española 26/2007 también segmenta la protección del medio ambiente al excluir expresamente los daños causados al aire (Exposición de Motivos y Preámbulo de la Ley).

Esta exclusión cercena la protección del medio ambiente, además de ser peligrosa. Los potenciales autores de la contaminación modificarán su conducta, pero no para no contaminar, sino para escoger actividades que contaminen el aire frente a otras alternativas sujetas a Responsabilidad.

Ahora vamos a ver si nuestra LGA segmenta también la protección del medio ambiente. En su artículo 142º delimita su ámbito de aplicación y distingue entre daños al ambiente y, daños a los particulares y a sus bienes (daño por influjo ambiental), por lo que se puede concluir que nuestra ley ambiental se aplica a todo tipo de daño ambiental sin restricción alguna.

IV. EL DAÑO AMBIENTAL PURO COMO DAÑO INDEMNIZABLE

4.1. DAÑOS PATRIMONIALES

A. Daño emergente

¹⁹⁸ Recordemos que esta Directiva es trascendental puesto que es el marco, para la dación (transposición) de otras leyes nacionales europeas: Ley 26/2007 (España), Ley sobre la prevención y reparación de daños medioambientales (daños al medio ambiente Ley – UschadG- Alemania), entre otras. De allí su gran importancia para el presente estudio.

a) Coste de la reparación del Medio ambiente

Cada vez más textos normativos admiten que los costes de la reparación efectiva del medio ambiente tienen carácter resarcible. Ello es conforme con el principio “quien contamina paga”, cuyo significado inicial es precisamente que el autor de la contaminación asuma el coste de las medidas de lucha contra la misma. Además, la indemnización por el valor de estos costes constituye una forma excelente de evitar la dificultad que supone valorar económicamente el daño ecológico puro. En este caso, al resarcir los gastos de reparación se está resarciendo un daño patrimonial puro, dado que en definitiva el bien dañado no pertenece a nadie y se hace frente a las consecuencias patrimoniales del deterioro del medio ambiente¹⁹⁹. En la legislación comparada, son varios los ordenamientos que prevén expresamente la resarcibilidad del coste de las medidas de reparación del daño al medio ambiente. Así, en el Reino Unido, la *Water Resources Act 1991*²⁰⁰ prevé que quien contamine o amenace con contaminar agua «controlada» deba soportar el coste de las medidas de restauración y prevención (§ 161A-D); mientras que la *Environmental Protection Act 1990*²⁰¹ obliga a los autores del daño a que reembolsen al sector público los costes en relación con la llamada restauración (*remediation*) de los suelos contaminados (*Part IIA*).

La legislación más desarrollada es el ordenamiento federal de los EUA (§ 104 *CERCLA*). Allí la *EPA*²⁰² puede sanear los sitios

¹⁹⁹ RUDA GONZALEZ...op.cit. pp. 191.

²⁰⁰ **Water Resources Act 1991**; La Ley de Recursos Hídricos 1991 (WRA) es una ley del Parlamento del Reino Unido que regula los recursos hídricos, calidad del agua y la contaminación, y la defensa contra las inundaciones. La Parte II de la Ley establece la estructura general para la gestión de los recursos hídricos. Parte III se explican las normas previstas para las aguas controladas, y lo que se considera como la contaminación del agua. Parte IV a continuación, proporciona información sobre la mitigación mediante la defensa contra las inundaciones. Puede verse en:

http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1991/ukpga_19910057_en_1

²⁰¹ La **Ley de Protección Ambiental de 1990** (sigla: **EPA**) es una ley del Parlamento del Reino Unido que a partir de 2008 define, en Inglaterra y Gales y Escocia, la estructura fundamental y la autoridad para la gestión de residuos y control de las emisiones en el medio ambiente. Texto disponible en:

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/ukpga_19900043_en_1.htm

²⁰² La **Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos** (comúnmente conocida como **EPA** por sus siglas en inglés, algunas veces **USEPA**) es una agencia del gobierno federal de Estados Unidos encargada de proteger la salud humana y proteger el medio ambiente: aire, agua y suelo. Comprende cerca de 18,000 empleados a través de sus cuarteles generales, diez oficinas regionales y 17 laboratorios localizados a través de la nación. La EPA comenzó operaciones el 2 de diciembre de 1970, cuando fue establecida por el entonces presidente Richard Nixon. La agencia es dirigida por un Administrador nombrado por el presidente de Estados Unidos. La EPA no es una agencia del gabinete,

peligrosos determinados y luego recuperar los costes del mismo frente a las partes responsables.

En América Latina la mayoría de legislaciones prevén la reparación del daño al medio ambiente, es decir, de retrotraer las cosas a su estado anterior (reparación *in natura*) y de no ser posible, se prevé una indemnización. El encargado de la reparación *in natura* es una entidad estatal; empero se entiende que el obligado a subvencionar tal reparación es el sujeto contaminador. Así tenemos:

País	Ordenamiento	Disposición normativa
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de la Nación. • Ley General del Ambiente 	<p>Art. 41.- El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer.</p> <p>Art. 28.- “El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción...”</p>
Cuba	Ley N° 81 del Medio Ambiente	Art. 73.- En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente, se procurarán de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del Medio Ambiente.
Ecuador	Constitución de Montecristi de 2008	<p>Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.</p> <p>Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.</p>

pero se acostumbra conceder al Administrador dicho rango. El actual Administrador es Stephen L. Johnson. Su sitio web oficial español es: <http://www.epa.gov/espanol/>

El Salvador	Ley del Medio Ambiente	Art. 85.- Quien por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, ponga en riesgo o causare un daño al medio ambiente o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados.
Honduras	Ley General del Ambiente	Art. 87.- “Cualquier acción u omisión de la normativa ambiental que constituya delito o infracción administrativa, dará lugar a la aplicación de las siguientes sanciones: (...)g) reposición o restitución de las cosas y objetos afectados, a su ser y estado naturales, si fuera posibles”.
México	Ley General de Vida Silvestre	Art. 108.- La reparación del daño para el caso de la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre y a su hábitat, consistirá en el restablecimiento de las condiciones anteriores a la comisión de dicho daño y. en el caso de que el restablecimiento sea imposible, en el pago de una indemnización la cual se destinará, de conformidad con lo establecido en el reglamento, al desarrollo de programas, proyectos y actividades vinculados con la restauración, conservación y recuperación de especies y poblaciones, así como a la difusión, capacitación y vigilancia.
Nicaragua	Ley General del Medio Ambiente	Art. 145.- La reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho, en los casos que sea posible, en la compensación económica del daño y los

		perjuicios ocasionados al ambiente, a las comunidades o a los particulares.
Panamá	Ley General del Ambiente	Art. 118.- La acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o la indemnización por el daño causado.

Fuente: PNUMA²⁰³.

Nuestra Ley General del Ambiente también regula expresamente el resarcimiento de los costes de estas medidas (las negritas son nuestras). Así tenemos:

Artículo 142º.- De la responsabilidad por daños ambientales

*142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir **los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño**, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.*

(...)

Artículo 147º.- De la reparación del daño

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.

La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

b) Coste de evaluar el daño

²⁰³ GONZALEZ MARQUEZ, José Juan. "La Responsabilidad por el Daño ambiental en América Latina". Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Primera edición: Diciembre 2003. México D.F.pp. 73-75. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/pdf/La%20Responsabilidad%2012.pdf>

Cuando se produce un daño ambiental es necesario que se lleven a cabo estudios técnicos que permitan establecer la trascendencia del daño a medio y largo plazo, antes de que se inicie la restauración propiamente dicha. Además, es posible que estudios parecidos deban irse realizando conforme se ejecute la restauración, con el objetivo de poder adaptar o corregir, en su caso, las medidas planeadas, a las nuevas circunstancias, o facilitar la regeneración natural. En teoría, estos estudios pueden ser tan necesarios en el supuesto de daños medioambientales tradicionales como en el de daños ecológicos puros.

Cabe preguntarnos si este coste constituye una partida del daño por el que la víctima pueda reclamar. Propiamente, cabe incluir aquí dos partidas distintas, aunque relacionadas. La primera se refiere propiamente a la determinación de si existe o no un daño medioambiental. La segunda, a la evaluación económica del daño. Como resulta obvio, sólo si el primer estudio arroja un resultado positivo tendrá sentido acometer el segundo. No obstante, puede suceder que, tras un estudio exhaustivo, resulte que no ha existido daño en absoluto.

Es entonces cuando la cuestión expuesta se plantea con unos perfiles más claros, pues, **si la conducta del demandado no ha causado daño medioambiental alguno, lo que cabe preguntarse es si el coste del estudio constituye en sí mismo un daño por el que se pueda reclamar**²⁰⁴.

Es claro que la mayoría de ordenamientos jurídicos, sólo se han ocupado de esta cuestión en relación con los daños individuales, más no, con los daños ecológicos puros.. La Directiva Europea, cuyo objeto es el daño ecológico puro, prevé una norma de responsabilidad que comprende *costes de prevención y reparación* (art.8), pero en ninguna de las dos categorías coloca el concepto que ahora nos ocupa²⁰⁵.

La dificultad radica, pues, en incluir por vía interpretativa el coste de la determinación y evaluación del daño en las categorías previstas

²⁰⁴ RUDA GONZALEZ. Op. Cit. p. 175.

²⁰⁵ Ha criticado este criterio, en relación con la PD: Annika NILSSON, «Remiss: Europeiska kommissionens förslag till direktiv om ansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador», Lund, Lunds Universitet, Juridiska fakultetsstyrelsen, 2002 <www.jur.lu.se> (fc: 30.6.2005) p. 2. (citado por RUDA GONZALEZ, op.cit. pp.196).

por el régimen legal aplicable a los daños medioambientales. Cuando el objetivo del régimen es mejorar la protección del medio ambiente – como es el caso de la Directiva– resultaría poco coherente que el coste citado no fuese recuperable. Así, tal vez cabría entender que los costes de las medidas de restauración comprenden también los de la determinación y evaluación del daño. Tal interpretación sería conforme con la adoptada por el FIDAC²⁰⁶.

Éste es el enfoque seguido por la CERCLA (§ 104) – que además prevé expresamente que es resarcible el coste de evaluar el daño (§ 107.a.4.C)– y los Derechos danés y noruego²⁰⁷. Además, los *trustees* públicos federales en los EUA han conseguido recuperar los costes de la monitorización de daños a los recursos naturales conforme a la OPA.

La legislación latinoamericana simplemente guarda silencio en el tema que aquí nos aborda; sin embargo, consideramos que los costes por la evaluación del daño se subsumen dentro del concepto de indemnización por restauración.

c) Pérdida del uso del recurso natural

La noción de pérdida de uso formula que mientras la reparación del medio ambiente sea incompleta, se perderán usos o servicios que el mismo proporcionaba con anterioridad. Es uno de los temas más polémicos del debate sobre la responsabilidad medioambiental. Algunos regímenes especiales simplemente no prevén que este daño sea resarcible. Se ha llegado a escribir que los sistemas de responsabilidad civil europeos no disponen de un concepto que corresponda a esos *interim losses* –a los que en cambio se da tanto peso en los EUA. Este parece ser también el caso en el Derecho español, a pesar de lo cual podría entenderse que sí que lo es conforme a las reglas generales, que permiten que la víctima reclame por haber perdido la posibilidad de utilizar una cosa²⁰⁸.

²⁰⁶ Puede verse: Louis DE LA FAYETTE, «The Concept of Environmental Damage in International Liability Regimes», en Michael BOWMAN / Alan BOYLE (Ed.), *Environmental Damage in International and Comparative Law. Problems of Definition and Valuation*, Oxford, OUP, 2002, 149-189, pp. p. 162

²⁰⁷ Consúltese: Marie-Louise LARSSON, *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, The Hague, Kluwer Law International, Stockholm, Norstedts Juridik, 1999 cit., p. 329

²⁰⁸ Revise: Jesús JORDANO FRAGA «Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege lata* y contra *lege ferenda*», REDA 2000, núm. 107, 351-372 cit., p. 354 y Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 12ª, Madrid, Edisofer, 2004, p. 974.

En Alemania, se resarce la pérdida del uso si supone un daño a la propiedad. Si el uso se basa simplemente en un uso común de recursos colectivos (*Gemeingebrauch*)²⁰⁹, como pueden ser los ecológicos, el daño no da lugar a responsabilidad civil, pues no se lesiona un derecho protegido por la ley (un *sonstiges Recht* en el sentido del § 823 I *BGB*). En cambio, si el uso lo es de propiedad privada, la víctima puede reclamar al responsable que le proporcione un sustituto –mediante alquiler o compra con pacto de readquisición tras su uso– consistente en una cosa comparable para el tiempo intermedio o de espera (*Karenzzeit*), hasta que acabe la reparación del daño (§ 249.2 *BGB*). Podrá por tanto recuperar los costes de la sustitución siempre que ésta tenga efectivamente lugar, como en el *Common Law*. Ahora bien, esta posibilidad sólo está al alcance de aquellas personas que hubiesen podido utilizar efectivamente la cosa, con independencia de si la necesitaban o no²¹⁰.

El resarcimiento de la pérdida de uso de un recurso natural (*res nullius*) en el derecho comparado es casi inexistente.

En los sistemas más tenidos en cuenta en los estudios comparados, parece que sólo la ley estadounidense prevé que el resarcimiento del daño a los recursos naturales –o sea, el daño ecológico puro– comprenda el uso perdido (*lost use*) de los mismos (§ 107.a.4.C *CERCLA*).

La Directiva 35/2004 adopta este criterio, así el responsable debe pagar una compensación por los llamados daños intermedios (*interim losses*), esto es, daños por pérdida del uso que se producen mientras el daño se repara.

d) Coste de las medidas preventivas

i. La anticipación del daño ambiental puro

²⁰⁹ Traducido al español: El acceso del público. El uso público es un viejo concepto de derecho romano de la ley que se encontraron (*usus publicus*), que ahora utilizan todavía es principalmente en la carretera a la derecha de la familia jurídica alemana. El uso común es el derecho otorgada por la ley a un gran número de personas a utilizar esas cosas que sirven al uso público - a diferencia de la propiedad - y el derecho de propiedad, que regula el uso de las cosas sólo por determinadas personas. En contraste con la propiedad que no es un derecho individual, sino un derecho colectivo. Esto fue principalmente el resultado de que el acceso del público a cualquier otra persona con derecho a excluir de uso, el derecho de acceso del público también es (- a diferencia del dueño que, básicamente, todo el mundo el uso de su caso puede ser excluido).

²¹⁰ RUDA GONZALEZ, Albert. Op.cit.(tesis doctoral) pp.201.

La resarcibilidad de las medidas preventivas no está claro todavía, pues falta una previsión legal expresa en dicho sentido. Ante la posibilidad teórica de que la responsabilidad civil no constituya el cauce adecuado para que la víctima reclame los costes de estas medidas, cabría plantearse si podría hacerlo por una vía distinta. La más fructífera tal vez sea la gestión de negocios ajenos sin mandato²¹¹ (ex § 1042 ABGB, §§ 670 y 683 BGB, art. 1372 CC belga, §§ 74-76 Forurl),²¹² aunque las pretensiones por esta vía no parecen nada frecuentes, y se generan muchos inconvenientes a aplicarse a los daños ecológicos puros²¹³.

Por otro lado, podría rechazarse la responsabilidad por gastos preventivos por falta de daño, según se ha visto. Es más, tal vez podría llegar a argumentarse que se trata de daños patrimoniales puros, siendo así que en varios ordenamientos carecen de carácter resarcible. En fin, podría argumentarse que resarcir el coste de las medidas preventivas supondría que se forzase a la responsabilidad civil a hacer algo que no le corresponde, como es compensar gastos de puras amenazas de daños. De un instrumento reparador se pasaría a otro, de carácter preventivo, ajeno propiamente a la idea de compensación de daños²¹⁴.

Sin embargo, estos argumentos parecen desbaratarse ante dos consideraciones. De un lado, la de que estas medidas son una cierta anticipación del daño. Esto permitiría que se asimilasen al resto de daños, lo que reforzaría de paso la función preventiva del Derecho de la responsabilidad civil²¹⁵. Propiamente, no puede hablarse aquí de precaución en el sentido del principio estudiado más arriba, ya que las medidas preventivas no se adoptan en la incertidumbre, sino ante una amenaza de daño –

²¹¹ Se configura una gestión de negocios si una persona "capaz" interviene espontáneamente o sin requerimiento de otra en uno o más negocios de ésta, contrayendo obligaciones en su nombre.(Fuente: Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J. (2004), *Tratado de la Responsabilidad Civil* - Tomo I, Ed. La Ley, 229 p.)

²¹² RUDA GONZALEZ, óp. cit. p. 182.

²¹³ En los daños ecológicos puros nadie es amo del negocio los intereses son colectivos.

²¹⁴ RUDA GONZALEZ, Albert.cit. p. 183

²¹⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «La responsabilidad por los desastres ecológicos: reflexiones de carácter general», *BIMJ* 1991, núm. 1601, p. 2895.

por tanto, ante un riesgo conocido. Precisamente por ello, su fundamento se encuentra en el llamado principio de prevención. Del otro, el resarcimiento del coste de estas medidas supone la consecuencia lógica del deber o carga que tienen las víctimas de mitigar el daño. Ya se trate de la víctima, ya se trate de un tercero, la adopción diligente de medidas preventivas asegura que no pueda considerárseles cocausantes del daño sólo por haber contribuido a que el mismo se produzca o a que sus consecuencias se agraven²¹⁶.

Ahora con respecto a la recuperación del coste de estas medidas, parece adecuado que el Ordenamiento otorgue mecanismos de recobro.

La Directiva 35/2004/CE regula con acierto este asunto, ya que establece que cuando la Administración adopte medidas preventivas o reparadoras del daño ambiental podrá reclamar los costes de tales medidas al responsable, si bien dicha reclamación deberá instarse en el plazo máximo de cinco años desde la fecha en que terminen de aplicarse las acciones preventivas o reparadoras o, si fuera posterior, desde la fecha en que se identifique al responsable.

La mayoría de la legislación latinoamericana no se ha ocupado del tema. Empero el Perú si lo ha hecho, pues la LGA en su artículo 142 establece:

“Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

*142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir **los costos que se deriven de las medidas de prevención** y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.*

(...)”

²¹⁶ RUDA GONZALEZ, Albert. "El Daño..." op.cit. pp.204

ii. Costes de salvamento

¿Los costes de salvamento constituyen medidas preventivas? El criterio de los aseguradores de los propietarios de los barcos (*Protection and Indemnity Clubs* [Clubes *P & I*]) es que sí²¹⁷, a condición de que el objetivo principal de dichas medidas fuese prevenir o minimizar el daño por contaminación. Los citados Clubes, por su parte, han aceptado abonar el coste de las medidas de salvamento incluso en caso de que éste fracase, mediante provisiones conocidas como “red de seguridad”. Estas provisiones, dirigidas a proteger al salvador en casos en que el Derecho de salvamento marítimo le priva de protección, pueden encontrarse en llamado clausulado abierto de la aseguradora *Lloyd's* (conocido como *Lloyd's Open Form [LOF]*),²¹⁸ en sus sucesivas redacciones de 1980, 1990 y 1995. Suponen por tanto que deje de aplicarse la regla tradicional del Derecho sobre el salvamento marítimo, regla conforme a la cual sólo tiene derecho a cobrar aquél que consigue efectivamente llevar a cabo el salvamento (*no cure, no pay*), con independencia del coste de las medidas adoptadas.

El criterio del FIDAC es que las operaciones de salvamento pueden subsumirse en el concepto de medidas preventivas si el objetivo principal de las operaciones es prevenir un daño por polución. Con ello, el criterio del FIDAC se asemeja al de los Tribunales de EUA²¹⁹. De hecho, un reconocimiento explícito de que el coste de las medidas de salvamento o protección y otras pérdidas o daños que las mismas provoquen parece poco frecuente (cf. art.1.6.d) CSNP).

Vamos a ocuparnos del desarrollo que esta materia ha experimentado en el marco del Derecho internacional público, presentado a menudo como el más importante en materia de salvamento marítimo en muchos años. Propiamente hablando,

²¹⁷ RUDA GONZALEZ, Albert...cit. p. 192

²¹⁸ Consúltese: Måns JACOBSSON / Norbert TROTZ, «The Definition of Pollution Damage in the 1984 Protocols to the 1969 Civil Liability Convention and the 1971 Fund Convention», 17 *J. Mar. L. & Com.* No. 4, 467-491 (1986) p. 475; Gotthard Mark GAUCI, *Oil Pollution at Sea. Civil Liability and Compensation for Damage*, Chichester [etc.], Wiley, 1997, p. 186 Colin DE LA RUE / Charles ANDERSON, *Shipping and the Environment*, London, LLP, 1998 cit., p. 608 y 705 (con el texto de *LOF* 1995 en su *Appendix* 14, en p. 1211- 1217).

²¹⁹ Mírese Lawrence I. KIERN, «Liability, Compensation and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990», 24 *Mar. Law.* 481-590 (2000), p. 552.

regula muchas cuestiones de Derecho privado, como es la que aquí interesa y, de hecho, desarrolla y amplía el acuerdo reflejado en el clausulado LOF. Se trata del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo [Salvage/ 89], firmado en Londres el 28 de abril de 1989²²⁰. Este Convenio de la OMI introduce una novedad capital en relación con la regla *no cure, no pay*. Permite que las personas que realizan el salvamento (salvors) reclamen una compensación, llamada “especial”, por las operaciones de salvamento relacionadas con un navío o con su carga en una situación en la que amenacen producir un daño al medio ambiente, cuando estas operaciones hayan evitado o minimizado el daño al medio ambiente.

De lo anterior se desglosa que el Derecho del salvamento marítimo no parece sólo preocupado por la función tradicional de este sector normativo, consistente en salvar barcos, sus cargas y a veces las vidas de las tripulaciones, sino que ya se admite abiertamente que también puede desempeñar una función en materia de protección del medio ambiente²²¹.

iii. **Ámbito subjetivo de la prevención**

Para concluir este tema, conviene insistir en que las medidas preventivas pueden adoptarlas no sólo autoridades públicas sino también sujetos particulares u organizaciones ecologistas. Posiblemente limitar el carácter resarcible de sus costes sólo al primer supuesto sería inadecuado. Un criterio amplio, que admita dicho carácter también en el segundo supuesto (como hacen los arts. 1.7 CRC, 1.11 CRTD, 1.7 CSNP y 2.10 CL)²²² puede que sea más beneficioso desde el punto de vista ecológico. De hecho, esa formulación amplia parece ser la común a muchos instrumentos internacionales relativos a la responsabilidad por daños al medio ambiente y es el criterio seguido por el Derecho holandés, que ha admitido la legitimación de las organizaciones ecologistas para reclamar estos costes. Para ello es preciso que

²²⁰ Fecha internacional de entrada en vigor: 14 de julio de 1996.. Véase la página en Internet de *Lex Mercatoria* de la Universidad de Oslo: IMO, *International Convention On Salvage, 1989* <<http://www.jus.uio.no/lm/imo.salvage.convention.1989/index>> (fc : 27.4.2004).

²²¹ RUDA GONZALEZ, Albert. ..Cit. p. 194-195.

²²² Ídem. P. 196

amenace a la organización un perjuicio jurídico patrimonial (*vermogensrechtelijke benadeling*, art. 6:184.1 BW). Es el caso cuando un interés patrimonial propio de la organización ecologista resulta perjudicado –por ejemplo la destrucción de un bosque perteneciente a la misma. La doctrina subraya la necesidad de que haya existido una amenaza seria e inmediata de que el daño se produzca²²³.

Sin embargo, no existen normas que habiliten a alguna ONG, dedicada a la protección del medio ambiente, a reclamar el pago del coste de la adopción de las medidas preventivas que ellos han realizado en lugares que no pertenecen a nadie, es decir, en recursos naturales pertenecientes a la colectividad.

B. Lucro Cesante

El lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño.

Un ejemplo del lucro cesante en los daños ambientales puros sería: Los servicios ambientales dejados de percibir por el ecosistema de la región Tumbesina, debido a la desaparición de sus únicos manglares.

Por esta razón, normas específicamente pensadas para declarar resarcible el lucro cesante en caso de daños medioambientales serían tal vez redundantes. Con todo, normas así se encuentran en algunos sistemas, como el alemán (cf. §§ 22 *WHG* y 1 *UmweltHG*)²²⁴, en Convenios internacionales (art. 1.10 CRTD y 2 CRC) –dada la necesidad evidente de definir el daño resarcible– y en algunas propuestas nacionales *de lege ferenda* (§§ 12.1.3 *Grüne-O-E* y 3.1 *UmwHG-E/94*).²²⁵

En cuanto a estas últimas, se trata de aclarar que el lucro cesante es resarcible tanto si deriva de un daño tradicional como si lo hace de un daño ecológico puro pues, según parece, supondría un quiebro

²²³ RUDA GONZALEZ, op. Cit. p.197.

²²⁴ Véase WOLFRUM/LANGENFELD, *Umweltschutz...*, cit., p. 200; LANDSBERG/LÜLLING, *Umwelthaftungsrecht*, cit., p. 63 Rn. 114 y STAUDINGER/SCHIEMANN, § 252 *BGB*, p. 247 Rn. 4. (Citados por RUDA GONZALEZ, op. Cit. p. 199).

²²⁵ RUDA GONZALEZ, op. cit. p.199.

sistemático considerarlo resarcible en un supuesto y en el otro no²²⁶. Esta consideración, que parece acertada, puede explicar también la regla vigente en los EUA, donde la ley permite reclamar por el daño equivalente al lucro cesante o el perjuicio a la capacidad para obtener beneficios a causa de la lesión, destrucción o pérdida de bienes muebles o inmuebles o recursos naturales (§ 2702 (b) (E) OPA), como se ha visto en el apartado anterior. Una formulación amplia como ésta evita las dudas que tal vez podrían plantearse si la norma requiriese que el lucro cesante derivase de la lesión de un interés jurídicamente protegido (como hace el art. 2.2.d) iii) PK).

El Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente de 1993²²⁷ define el daño ambiental como daño a personas y propiedades e incluye pérdidas económicas, así como lucro cesante ocasionado por el daño al medio ambiente.

Nuestro país contempla el lucro cesante en nuestro Código Civil (arts. 1321 y 1985); sin embargo, sólo lo hace para los daños tradicionales. No existe norma legal expresa para los casos de daños ambientales puros, aunque por vía interpretativa se puede asumir como parte de la indemnización. Esto no es óbice para llenar este vacío de nuestra Ley General del Ambiente.

C. Daño patrimonial puro

Un daño patrimonial puro es aquel daño que 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 víctima²²⁸. 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. Así sucede cuando el deterioro del medio ambiente repercute negativamente sobre el desarrollo de actividades económicas de las personas.

²²⁶ Ídem.

²²⁷ Adoptado en Lugano por el Consejo de Europa el 21 de junio de 1993.

²²⁸ MARTÍN CASALS, Miquel «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”», *InDret* 2/2005, *Working Paper* núm. 284, (fc: 3.5.2005) p. 9. Puede verse en: <www.indret.com/pdf/284_es.pdf>

Un claro ejemplo de este daño es el incidente de Chernobil que motivó que diversos países impusiesen restricciones sobre la venta de determinados productos como el ganado ovino en el Reino Unido, o los renos en Suecia, para asegurar que no entrasen en la cadena alimenticia cantidades significativas de la sustancia radioactiva procedente de la central (Cesio-137). El mismo suceso pudo producir que la ocupación hotelera descendiese en Suecia, entre junio de 1986 y diciembre de 1989, con un total de entre 1,6 y 1,8 millones de noches de hotel menos, equivalentes, según las estimaciones, a una pérdida de 2.500 millones de coronas suecas (unos 271.500.000 EUR)²²⁹.

En el derecho comparado, su regulación es muy diversa, existen sistemas nacionales a favor (España, Francia, Holanda y Noruega)²³⁰, otros excluyen este tipo de daño (Alemania, Austria, Italia, La Directiva 35/2004/CE²³¹, países del Common Law²³²) y algunos lo consideran sólo para ciertos casos (cuando deriva de un daño tradicional²³³ ó cuando deriva de un daño ambiental puro²³⁴).

4.2. DAÑO MORAL ECOLÓGICO

Como sabemos nuestro ordenamiento jurídico admite el daño moral tradicional (arts. 1322 y 1984 del Código Civil), por lo que son admisibles también los daños morales tradicionales derivados del deterioro ambiental, como por ejemplo, en nuestro país sería admisible que la esposa de un trabajador, fallecido por beber agua contaminada con mercurio, reclame por daño moral a la empresa minera que contaminó un determinado río.

Sin embargo, existe un daño moral distinto al descrito anteriormente, es el denominado **daño moral ecológico**, es decir, derivado de un daño ecológico

²²⁹ RUDA GONZALEZ, Albert... cit. p. 200

²³⁰ El **Derecho holandés** y el **Derecho noruego** prevén expresamente que el daño patrimonial puro sea resarcible. En el primero, la norma en cuestión se encuentra en el mismo Código Civil (art. 6:96 *BW*). En el segundo, en la ley especial sobre contaminación (§ 57 *Forurl*).

²³¹ **La Directiva Europea** excluye las acciones privadas (CDO 14 y art. 3.3; ya antes, art. 3.8 PD) y no incluye entre las sumas que puede reclamar la autoridad pública el daño patrimonial puro.

²³² **El Common Law** es posiblemente el ordenamiento que expresa una mayor animadversión hacia los daños patrimoniales puros. En particular, se sigue la regla conocida como *Robins Dry Dock rule* (resultante de la colisión de dos barcos), conforme a la cual sólo puede reclamar una compensación por el lucro cesante quien haya sufrido al mismo tiempo una lesión de su propiedad privada.

²³³ Este grupo de países está formado por aquellos que admiten el resarcimiento del daño patrimonial puro derivado de daños individuales, pero no el derivado de daños ecológicos puros. Se cuentan aquí la mayoría de **ordenamientos escandinavos**: Dinamarca, Finlandia y Suecia.

²³⁴ Este grupo de sistemas está formado por los países que rechazan resarcir el daño patrimonial puro tradicional pero admiten el derivado de daños ecológicos puros. Así La **legislación federal sobre polución por petróleo en los EUA**.

puro. El mismo afectaría a toda la colectividad y su carácter sería por ello no individual, sino colectivo.

No se trata, pues, de un daño moral derivado de una lesión de intereses individuales, sino que se referiría a una lesión de la dimensión moral de la persona, considerada desde el punto de vista social, o de la colectividad misma²³⁵.

Como podemos darnos cuenta se trata de un daño moral colectivo. Se parte de la idea, que puede haber en los perjuicios extrapatrimoniales un “matiz social”, en la medida en que nace de las relaciones de la persona con su ambiente o circunstancias físico-temporales; el daño lo soportan en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social²³⁶. Concordantemente, se ha definido el daño moral colectivo o grupal como la conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente, subjetiva u objetiva²³⁷.

LORENZETTI²³⁸, acota que de “lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social de un individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva”.

Con relación, a los bienes ambientales, LORENZETTI²³⁹, destaca que el derecho que lo protege, integra la esfera social del individuo, en la que tiene primacía hermenéutica la preservación de los bienes públicos. Otro aspecto de gran relevancia es que el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso. En otro orden de su exposición señala que el medio ambiente no

²³⁵ Parecidamente, GUIDO ALPA, «Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale», *Resp. civ. e prev.* 2001,1089-1107», cit., p. 1096; LEITE, José Rubens MORATO LEITE, «Dano Ambiental: Compensação Ecológica e Dano Moral ou Extrapatrimonial», en INSTITUTO LUSÍADA PARA O DIREITO DO AMBIENTE, UNIVERSIDADE LUSÍADA, *Actas das I Jornadas luso-brasileiras de direito do ambiente*, Lisboa, Instituto do Ambiente, 2002, p. 273 y Geneviève VINEY / Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2e, Paris, LDGJ, 1998; *Les effets de la responsabilité*, 2e, Paris, LGDJ, 2001, p. 116-117.

²³⁶ MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel, “Daño moral colectivo”, L.L., 1984-C-1197.

²³⁷ GALDÓS, Jorge M., “Derecho Ambiental y Daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, J.A. 1998-IV- 982. Ver del mismo autor, “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, p. 113, en Revista de Derecho de Daños, N ° 6, Daño moral, Rubinzal- Culzoni Editores.

²³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”, J.A., 1997-III-237.

²³⁹ LORENZETTI, Ricardo L, en “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997-E-1463.

interesa a un sólo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva, no individual.

En esta línea de ideas, un proyecto de ley presentado por Los Verdes alemanes propuso reconocer la existencia de un daño moral ecológico en el caso de daños ecológicos irreparables (§ 8.4)²⁴⁰. Esta posibilidad permitiría que el causante del deterioro del medio ambiente respondiese, aunque no fuese posible reparar el medio ambiente en especie y, por tanto, no pudiese hacerle soportar el coste de las medidas de restauración. En cierto modo, la tesis del daño moral ecológico busca una vía para que pueda orillarse la infinidad de dificultades asociadas a la cuantificación del daño ecológico puro. La categoría del daño moral ecológico tal vez pudiese aplicarse para describir el daño alegado por algunas supuestas víctimas de la contaminación, cuando resultan afectados valores ideales, sociales o culturales. Parece obvio, por ejemplo, que la destrucción de todos los renos del planeta no sólo tendría repercusiones ecológicas, sino económicas e, incluso, culturales, habida cuenta del significado que dicho animal tiene para determinadas poblaciones de los países escandinavos (en particular, para el pueblo sami o, como es quizás más conocido, pueblo o cultura lapones). Del mismo modo, la destrucción de un recurso natural del que dependiese una comunidad indígena no sólo afectaría a su forma de conseguir el alimento y demás, sino también a su propia cultura. Este supuesto se ha planteado en estos términos en los EUA, a raíz del vertido del *Exxon Valdez*. En la región más afectada por el mismo, Prince William Sound, un porcentaje elevado de las entre 5000 y 6000 personas que vivían en ella tenían un modo de vida de subsistencia, basado en la caza, la pesca y la recolección, que les proporcionaban la mayor parte de su alimento y formaban la base de su cultura²⁴¹. Los afectados no se basaron en el miedo por los daños que les pudiese causar la contaminación, sino en el mero deterioro del medio ambiente, por el modo en que afecta a su forma de vida de subsistencia.

Empero, existen argumentos en contra de la admisión del daño moral ecológico. Así tenemos:

- El daño moral tiene carácter individual por definición, mientras que los daños ecológicos puros son daños a bienes colectivos o que no son

²⁴⁰ Esta posición es compartida por el español Jesús JORDANO FRAGA, «La responsabilidad por daños ambientales: Los daños ambientales son la lesión del derecho subjetivo a disfrutar de un medio ambiente adecuado», en CIMA, *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. Sevilla, Abril 1995, Valencia, CIMA, 1996, 463-472, p. 469.

²⁴¹ Consúltense Art WEINER / Catherine BERG / Tom GERLACH / Jesse GRUNBLATT / Ken HOLBROOK / Mark KUWADA, «The *Exxon Valdez* Oil Spill», 5 *Restoration Ecology* 44-55 (1997), p. 48.

de nadie. El titular del medio ambiente es la sociedad en su conjunto, sin que queden afectados bienes individuales.

- Es muy difícil determinar el *quantum* del daño en este supuesto. De hecho, cualquier valoración sería aquí arbitraria y, por ende, devendría imposible que se examinase o revisase conforme a parámetros objetivos.
- No se podría determinar el destino de la indemnización.
- Bombardeo de reclamaciones frívolas, que conllevarían a la inseguridad jurídica.
- Al resarcir este daño moral nos alejaríamos del concepto tradicional de *pretium doloris* y amenazaría con producir inconvenientes graves a la actividad judicial.²⁴²

En América Latina es Brasil quien nos lleva la delantera, pues su ordenamiento, prevé la responsabilidad por daño moral causado por un daño al medio ambiente o a otros intereses difusos o colectivos (art. 1 *Lei* 7.347/1985, *de Accao Civil Publica* [LACP])²⁴³. Por tanto, se trataría claramente de un daño moral colectivo que encaja en las coordenadas del sistema brasileño, habida cuenta de que en él se considera al medio ambiente como bien colectivo sobre el que existe un derecho fundamental, intergeneracional, intercomunitario, constitucionalmente protegido y ligado a la protección de la personalidad –en cuanto que tiene que ver con el respeto de la calidad de vida de la colectividad. Este daño no tendría como elemento indispensable el dolor en su sentido moral como pesar o aflicción sufrida por la persona física, sino que se trataría a lo sumo de un dolor en sentido objetivo, pues de lo que se trataría es de proteger al bien medioambiental en sí mismo y no a un interés subjetivo particular²⁴⁴.

²⁴² Esgrimen estos argumentos, por este orden: 1). Ana María RODRÍGUEZ TIRADO, «La víctima en el proceso

penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *Justicia* 2000 I, 43-79, p. 78 y 79; 2) Martine REMOND-GOUILLOUD, «Du préjudice écologique», *Rec. Dal.-Sir.* 1989, 259-262, p. 260; 3) August Johannes VAN, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 202; 4) SALVADOR/GÓMEZ/ARTIGOT/GUERRA, «Observacions al Llibre Blanc sobre Responsabilitat Ambiental », *InDret* 4/2000 <www.indret.com> », cit., p. 12; y 5) G. DÍEZPICAZO, «La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente», *La Ley* 1996, 1419- 1421; también publicado en *ABZ Informacion y analisis juridicos* 2002, núm. 142, 18-20 p. 19.

²⁴³ Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm

²⁴⁴ RUDA GONZALEZ, Albert. Cit... p. 246

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA DEFORESTACIÓN COMO DAÑO AMBIENTAL PURO

1. LA DEFORESTACIÓN COMO DAÑO AMBIENTAL PURO

La deforestación es un daño ambiental puro en el sentido de que la tala de bosques es un daño ocasionado al medio ambiente a la, biodiversidad, bioprospección, los hábitats, la flora, el ecoturismo, el almacenamiento de agua, y que además resultan indirectamente afectados toda la sociedad porque los bosques capturan y secuestran el carbono CO2 principal contaminante del planeta.

2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA DEFORESTACION COMO DAÑO AMBIENTAL PURO.

2.1. Desarrollo sostenible y responsabilidad intergeneracional.

El principio del desarrollo sostenible apoya la responsabilidad civil medioambiental dado que este principio obliga a proteger el medio ambiente, así, se entiende como desarrollo sostenible, **perdurable** o **sustentable** se aplica al desarrollo socio-económico y fue formalizado por primera vez en el documento conocido como Informe Brundtland²⁴⁵, fruto de los trabajos de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, creada en Asamblea de las Naciones Unidas en 1983. Dicha definición se asumiría en el Principio 3º de la Declaración de Río (1992):

*Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.*²⁴⁶

Según este planteamiento el desarrollo sostenible tiene que conseguir a la vez²⁴⁷:

- Satisfacer a las necesidades del presente, fomentando una actividad económica que suministre los bienes necesarios a toda la población mundial.

²⁴⁵ **Informe Brundtland.** Informe socio-económico elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland. Originalmente, se llamó Nuestro Futuro Común (*Our Common Future*, en inglés). En este informe, se utilizó por primera vez el término desarrollo sostenible (o desarrollo sustentable), definido como aquel que *satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones*. Implica un cambio muy importante en cuanto a la idea de sustentabilidad, principalmente ecológica, y a un marco que da también énfasis al contexto económico y social del desarrollo.

²⁴⁶ Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland): *Nuestro Futuro Común*.

²⁴⁷ Desarrollo Sostenible, disponible en: <http://www.elcine.pucp.edu.pe/idea/docs/m5.pdf>

- Satisfacer las necesidades del futuro, reduciendo al mínimo los efectos negativos de la actividad económica, tanto en el consumo de recursos como en la generación de residuos, de tal forma que sean soportables por las próximas generaciones.

El desarrollo sostenible puede ser definido como "un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades". Esta definición fue empleada por primera vez en 1987 en la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU, creada en 1983²⁴⁸.

Las obligaciones impuestas tanto a particulares como al Estado, destinadas al cuidado y preservación del ambiente, no sólo pretenden conservar el ambiente para el goce inmediato de la ciudadanía, sino que este cuidado se extiende a la protección del disfrute de las generaciones futuras, fundamento del concepto de desarrollo sostenible. Por lo tanto, en estos casos se asume un compromiso de justicia no solo para los ciudadanos que hoy deben aplicar las técnicas de explotación e industria que causen el menor impacto posible al ecosistema, sino también para las futuras generaciones²⁴⁹.

La vinculación entre del derecho al ambiente y el principio de solidaridad actual e intergeneracional, se refiere a esta relación con la expresión "indispensable solidaridad colectiva". Y es su carácter "indispensable" el que ha permitido calificar a los derechos ambientales de las generaciones futuras como *derechos de solidaridad*, o de *obligación de las presentes sin contraprestación de las futuras*. De esta manera, solidaridad y justicia quedan no sólo enlazadas sino asimiladas: lo insolidario es injusto, y esta calificación se predica no sólo de las relaciones entre los semejantes que ocupan un contexto histórico determinado sino también respecto a las *obligaciones de solidaridad de las generaciones presentes con las futuras*²⁵⁰.

En la declaración de Estocolmo se establece claramente como un principio que: el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne

²⁴⁸ http://www.cinu.org.mx/temas/des_sost.htm.

²⁴⁹ Fundamento 4 de la sentencia del Exp. 01206-2005-PA-TC

²⁵⁰ LEÓN JIMÉNEZ, Fernando. *¿Derecho de las Generaciones Futuras?*. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, disponible en: www.cica.es/aliens/gimadus

obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras²⁵¹

Así, también la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras²⁵², señala:

“Artículo 5, Protección del medio ambiente

1. Para que las generaciones futuras puedan disfrutar de la riqueza de los ecosistemas de la Tierra, las generaciones actuales deben luchar en pro del desarrollo sostenible y preservar las condiciones de la vida y, especialmente, la calidad e integridad del medio ambiente.

2. Las generaciones actuales deben cuidar de que las generaciones futuras no se expongan a una contaminación que pueda poner en peligro su salud o su propia existencia.

3. Las generaciones actuales han de preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el sustento y el desarrollo de la vida humana.

4. Antes de emprender grandes proyectos, las generaciones actuales deben tener en cuenta sus posibles consecuencias para las generaciones futuras.”

Varias legislaciones en el mundo tienen contemplado en sus constituciones y leyes el derecho de todas las personas al medio ambiente y su protección del mismo para el goce de las generaciones futuras, así, tenemos a la Constitución de Brasil (artículo 225^o)²⁵³, la Constitución alemana (artículo 20A)²⁵⁴, en México la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (fracción V del artículo 15)²⁵⁵.

El derecho de las generaciones futuras sirve de fundamento para todo tipo de responsabilidad sea penal, administrativa o civil. Con respecto esta última, tendríamos como contenido de este principio a las consecuencias jurídicas de restauración y compensación del daño ambiental.

La responsabilidad civil por la deforestación encontraría su fundamento tanto en el desarrollo sostenible como en el derecho de las generaciones futuras, porque ocasionado la deforestación se responde con una indemnización que

²⁵¹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, resultado de reunión en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 (Declaración de Estocolmo).

²⁵² http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

²⁵³ [http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/Constituciones/BRASIL%20\(CASTELLANO\).htm](http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/Constituciones/BRASIL%20(CASTELLANO).htm)

²⁵⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1) (BGBl III 100-1) enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3, disponible en: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>).

²⁵⁵ <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/cmt/cmt12.pdf>

será para proyectos de reforestación o forestación de esta manera se hace sostenible el medio ambiente para las generaciones futuras.

No obstante lo anterior, parte de la doctrina critica este fundamento debido a que las generaciones futuras no pueden expresar cuáles son sus preferencias en relación con el medio ambiente. Ya que -opinan- el futuro no está representado por ningún grupo, no constituye una fuerza capaz de hacer notar su peso en la balanza.²⁵⁶ Sólo las personas que integran la generación presente pueden hacerlo, sin que sea conceptualmente posible negociar con las generaciones futuras sobre la base de la reciprocidad, representarlas de algún modo o adivinar sus preferencias. Al hablarse de derechos de estas generaciones parece que se habla de una entelequia y en cierto modo se hace como si ya existiesen y pudiesen imponer su criterio a las actuales. Con tamaña ficción se incurriría en una falacia lógica, pues se considera un término abstracto como si fuera algo real.

2.2. Derechos de la Naturaleza

En el libro "Wild Law"²⁵⁷ de Cormac Cullinan²⁵⁸ hablo de los derechos de la naturaleza, fue este autor quien logró que se reconozcan los derechos de los ecosistemas marinos en la Constitución Sudafricana. Su libro propone el reconocimiento de las comunidades y ecosistemas naturales como las personas jurídicas con derechos legales en donde se trata de equilibrar los derechos y responsabilidades de las personas frente a las de otros miembros de la comunidad de los seres en el entorno natural que constituye la Tierra (plantas, por ejemplo, los animales, los ríos y los ecosistemas) a fin de salvaguardar los derechos de todos los miembros de la de la comunidad de la Tierra²⁵⁹.

El 19 de septiembre de 2006, el Municipio de Tamaqua del condado de Schuylkill, Pennsylvania, aprobó una ordenanza de lodos de depuradora, que reconoce a las comunidades naturales y ecosistemas dentro de la ciudad como

²⁵⁶JONAS, Hans. El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, trad. del original *Das Prinzip Verantwortung*, por Javier Ma Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995. p. 56, Comenta: *lo no existente no es un lobby y los no nacidos carecen de poder*.

²⁵⁷ El término fue acuñado por Cormac Cullinan, para referirse a las leyes humanas que son consistentes con la jurisprudencia de la Tierra. Una ley silvestre es una ley hecha por las personas para regular el comportamiento humano que privilegia el mantenimiento de la integridad y el funcionamiento de la comunidad de la Tierra en su conjunto a largo plazo, sobre los intereses de cualquier especie (incluidos los humanos) en un momento determinado.

²⁵⁸Cormac Cullinan, es un abogado en ejercicio y autor de medio ambiente con sede en Ciudad del Cabo, Sudáfrica. Él es un director de la empresa líder en el sur de África la ley de medio ambiente, Cullinan&AssociatesInc, y CEO de EnAct Internacional, una consultoría de gestión ambiental, abogado comercial, ha practicado, enseñado y escrito acerca de la legislación ambiental y la política desde 1992, y ha trabajado en más de 20 países.

²⁵⁹[http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=en&u=http://en.wikipedia.org/wiki/Wild_Law_\(book\)](http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=en&u=http://en.wikipedia.org/wiki/Wild_Law_(book))

personas jurídicas a los efectos de la aplicación de los derechos civiles. Asimismo, las empresas que participan en la aplicación a las tierras de los lodos de sus derechos a ser tratados como "personas" y por consiguiente de sus derechos civiles, uno de sus efectos es que el municipio o cualquiera de sus residentes pueden presentar una demanda en nombre de un ecosistema para recuperar daños compensatorios y punitivos por cualquier daño causado por la aplicación a las tierras de lodos de depuradora. Daños y perjuicios se recuperó de esta forma deberá ser pagado al municipio y se utiliza para restaurar los ecosistemas y comunidades naturales²⁶⁰. Tamaqua para el 2006 es la primera ley de la nación en reconocer los derechos de la naturaleza.

Un brillante ensayo de 1971 por Christopher Stone, profesor de derecho en la Universidad del Sur de California, sobre el derecho de los árboles a representación legal.

Stone, sostiene que los objetos naturales deben tener al menos tres derechos fundamentales: el derecho de iniciar acciones legales por orden suya propia, el derecho a tener lesiones que les tendrá en cuenta en la determinación de socorro jurídico y el derecho a beneficiarse de esa ayuda. Como los árboles y los pájaros y las playas no pueden ejercer los propios derechos, a individuos o grupos puedan solicitar al tribunal la tutela legal, y por el derecho a litigar en nombre del objeto natural.²⁶¹

El 2008 Ecuador promulgó una nueva Constitución Política²⁶², debemos resaltar que esta constitución tiene un aporte importante que revoluciona al derecho en su totalidad, el cual está contenido en el Capítulo séptimo del Título II, los Derechos de la Naturaleza, que corresponden a los artículos 71 a 74 de dicha Constitución, que señalan lo siguiente:

“Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

²⁶⁰ <http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.celdf.org/>

²⁶¹ SILVER Donald Cameron. ¿Cuándo un árbol tienen derechos?, disponible en: <http://www.celdf.org/http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.celdf.org/>.

²⁶² http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.*

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- *El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.*

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- *Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.*

Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.”

Estas ideas “ecocéntricas”, como a veces se han dado en llamar, reclaman, por tanto, una nueva ética²⁶³. Llevadas al terreno jurídico y, en especial, al de la responsabilidad civil, podrían estar preñadas de importantes consecuencias. El mecanismo de la responsabilidad no sólo debería ponerse en funcionamiento cuando resultase afectada una persona concreta, sino también cuando el “daño” afectase a la naturaleza como tal, con independencia de su valor instrumental para las personas. En un planteamiento tan original, todas las especies animales, por ejemplo, merecerían idéntica protección con independencia de si perteneciesen o no a alguien, sin que, por ende, pudiese establecerse entre ellas jerarquía alguna.

²⁶³HANS Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. del original *Das Prinzip Verantwortung*, por Javier Ma Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995., p. 29. Este autor afirma que *toda ética tradicional es antropocéntrica*.

Estos revolucionarios “derechos” son muy censurados por la mayor parte de los doctrinarios. Así los argumentos en contra²⁶⁴ del reconocimiento de los derechos de la naturaleza son:

- i. Sólo los hombres y mujeres pueden tener personalidad jurídica.
- ii. La naturaleza no podría emprender ninguna acción en su propia defensa ni controlar a sus guardianes.
- iii. La ficción podría incluso conducir a la inmovilidad social.
- iv. El reconocimiento de derechos a los animales está en los antípodas de los planteamiento de cualquier sociedad que permita actividades tales como la caza puramente recreativa o la tauromaquia, los circos, los parques zoológicos; de las carreras de galgos y otros espectáculos detestables con animales; de la experimentación con animales (para producir medicinas, pero también perfumes y cosméticos) o de los métodos actuales de producción ganadera.
- v. El simple reconocimiento de que la naturaleza es titular de derechos no dice nada sobre qué mecanismo deba utilizarse jurídicamente para protegerla.

2.3. Derecho a un medio ambiente saludable o adecuado

El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana se caracteriza por ser una expresión de la dignidad humana, que a la vez que es fuente del derecho, se constituye en límite a fin de lograr una calidad de vida digna. Asimismo se caracteriza por ser un interés difuso y como tal tiene dificultades para hacerse valer judicialmente, problema que ha sido solucionado tanto por la legislación como por la jurisprudencia. Y, como la tercera característica se encuentra su carácter finalista y personalista, pues el derecho está destinado (*finalista*) a contribuir al desarrollo de la persona humana (*personalista*).

El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana es un derecho individual y un derecho social.

La estructura de este derecho debe responder a la realidad en que se pretende su protección y está compuesto por tres elementos: sujetos, objeto de protección y contenido del derecho fundamental.

El titular sólo puede ser el ser humano considerado individualmente, por tanto, no pueden serlo las personas jurídicas y, mucho menos, las plantas o

²⁶⁴ RUDA GONZALEZ, Albert. Op. Cit. pp. 24-26.

animales. Los destinatarios del derecho fundamental son el Estado y los particulares, a los que vincula de manera directa o inmediata.

El objeto de protección del derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana es el “medio ambiente” en su concepción restringida y entendido como un sistema dinámico. El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana contiene dos aspectos uno objetivo y otro subjetivo: a) El aspecto objetivo está conformado por el principio objetivo de equilibrio y adecuación del ambiente para toda la colectividad y las obligaciones objetivas que se desprenden de él; y, b) El aspecto subjetivo está conformado por un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas, con carácter de principios y de reglas. Tales posiciones son los derechos a acciones negativas que responden a una necesidad de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y de libertades de acceder, contemplar y gozar de las utilidades del ambiente; derechos a acciones positivas que se pueden adscribir al derecho individual como son los derechos a protección y los derechos a procedimientos y organizaciones y; derechos a acciones positivas en sentido estricto, que responde a la naturaleza de derecho social.

Considerado el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana como un todo, también se incluyen en su contenido las relaciones entre sus elementos. Se relacionan y refuerzan recíprocamente el aspecto objetivo y subjetivo y existe una relación de coordinación, oposición y medio-fin entre los derechos que forman parte del aspecto subjetivo.

En una la ley portuguesa, por ejemplo, tras reconocer expresamente dicho derecho (art. 7 *Lei* 11/87, de 7 de Abril, de *Bases do Ambiente [LBA]*)²⁶⁵, prevé que todos los ciudadanos puedan exigir una «compensación» por daños al medio ambiente (arts. 40.4 y 52.3).

Las cosas son muy distintas en el Derecho italiano. El legislador ha llevado a la práctica en el terreno del Derecho civil el reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente, del que la doctrina deriva un derecho a un medio ambiente adecuado (arts. 2 y 32 de la Constitución).⁷⁰ La ley italiana

²⁶⁵http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=pt&u=http://www.idesporto.pt/DATA/DOCS/LEGISLA/CAO/Doc155.pdf&ei=HCOpSTSAYWdlgfaC7Dw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CAoQ7gEwAA&prev=/search%3Fq%3Dlei%2Bdo%2Bbases%2Bdo%2Bambiente%26hl%3Des%26lr%3Dlang_pt%26sa%3Dg

(Legge 8 luglio 1986, n. 349)²⁶⁶, atribuye el derecho subjetivo al Estado, de modo que el «daño al medio ambiente» –*danno all'ambiente*, concepto que dicha ley introduce formalmente en el sistema de responsabilidad civil italiano– tenga la consideración de un daño público. Por ello, en la concepción original de la ley, el Estado italiano (comprendidos en él los llamados entes territoriales interesados) es el único sujeto legitimado activamente para reclamar (art. 18). En este esquema legal, sólo se llegó a atribuir un papel subsidiario a las organizaciones ecologistas mediante una reforma legal posterior. Con ello, dicha ley modula el mecanismo de responsabilidad civil previsto con carácter general por el *Codice civile* (arts. 2043 ss.)²⁶⁷.

En definitiva, el 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. Dicho de otra forma, lo que conviene examinar es si existe algún modo de individualizar o singularizar un daño como el ecológico puro, en apariencia de carácter colectivo, general o difuso, en un daño particular o específico, que afecte a personas concretas, de modo que éstas puedan reclamar civilmente una compensación.

2.4. “Quien contamina paga”

Fue la OCDE,²⁶⁸ quien lo convirtió en un principio orientador en materia de políticas medioambientales, mediante una Recomendación del año 1972. El mismo que fue retomado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, llevado a cabo en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16 de junio de 1972 al establecer:

“Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las

²⁶⁶ Legge 8 luglio 1986, n. 349 15 luglio 1986, n. 162 Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale. Disponible en:

<http://www.ambientediritto.it/Legislazione/V.I.A/L%201986%20n%20349.htm>.

²⁶⁷ <http://studiocelentano.it/codici/cc/IIvtIX.htm>

²⁶⁸ La **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**, es una organización de cooperación internacional, compuesta por 31 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales

*actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción”.*²⁶⁹

Este principio persigue que el autor de la contaminación soporte los gastos de las medidas adoptadas por las autoridades públicas para asegurar que el medio ambiente se encuentra en un estado aceptable. Así entendido, constituye un principio de atribución de costes, que se reflejarían en el precio de los bienes o servicios que causan la polución durante su producción o consumo.

El principio quien contamina paga significaría en este contexto que debería ser el autor del daño, y no la colectividad, quien soportase dichos costes. Es por ello que, la responsabilidad civil por la deforestación como daño ambiental puro encuentra su fundamento en dicho principio. Apoyan esta idea diversos instrumentos europeos.

En particular, el Libro Verde²⁷⁰ sobre la reparación del daño ecológico ha señalado que *en la medida de lo posible deben cobrarse los costes de restauración a los autores del daño. Si no se pudiera identificar [...] ni hacer responsable [...], la causa del daño podría hacerse recaer sobre un sector económico determinado.* Con una orientación similar, el posterior Libro Blanco²⁷¹ sobre la responsabilidad ambiental afirma que la responsabilidad es una manera de hacer que aquél que contamina pague. Estos textos abandonan una interpretación puramente económica del citado principio y, en cierto sentido, dan un salto, al entenderlo como un *mecanismo jurídico para conseguir que los responsables de la contaminación paguen por los daños que esta ocasiona.*

La Directiva 35/2004/CE, sigue también esta tendencia. Las ideas expresadas en estos textos han cristalizado en la Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños.

En particular, afirma que la *prevención y reparación de los daños medioambientales debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio con arreglo al cual quien contamina paga* (Considerando 2º) y que el *marco de responsabilidad medioambiental* establecido por la misma se basa en dicho principio (art. 1).

Existen también críticas a este principio. Así tenemos²⁷²:

²⁶⁹ Principio 22 de la *Declaración de Estocolmo*, Organización de las Naciones Unidas, junio de 1972.

²⁷⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0047:FIN:ES:PDF>

²⁷¹ http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=CQMfinal&an_doc=2000&nu_doc=66

²⁷² RUDA GONZALEZ, Albert. Op. Cit. Pp. 41-43.

- i. El principio en cuestión no es, por sí solo, una norma sobre la que la responsabilidad pueda fundamentarse, ya que no se trata propiamente de un principio jurídico inmediatamente operativo, sino más bien de una regla económica de imputación de costes.
- ii. No constituye en absoluto una norma jurídica inmediatamente aplicable, ni dice nada al respecto de qué medidas deban utilizarse para conseguir el resultado deseado.
- iii. El principio de que quien contamina paga está algo desacreditado. Pues se dice que en realidad se trata de un “permiso para contaminar”, o dicho de otra manera, si quieres contaminar paga.
- iv. Se critica que tiene un alcance limitado, cuando de lo que se trata es que todos los causantes (muchos sujetos) de la contaminación respondan.
- v. Además es inaplicable cuando no se puede determinar al causante de la contaminación, y la sociedad termina soportando los costes de la reparación.

2.5. Insuficiencia del Derecho Público

Tradicionalmente se ha reconocido que la solución de los problemas ambientales de algún país es misión exclusiva del Derecho Público. Sin embargo, es pobre el desarrollo normativo sobre el tema en particular. Y actualmente se cree que el sistema público de protección al medio ambiente ha fracasado por las siguientes razones:

- a. En lo que se refiere al **Derecho administrativo**, éstas derivan del carácter limitado de los recursos de la administración pública. Asimismo, el hecho de que el medio ambiente no pertenezca a la Administración encargada de protegerlo implica que los gestores públicos carezcan de los incentivos necesarios para esforzarse en decidir acertadamente desde un punto de vista ecológico. A veces los funcionarios públicos con poder de decisión en materia ambiental también ceden ante la presión social; sin ser totalmente objetivos.
- b. Con respecto al **Derecho Penal**, el endurecimiento de las penas en los delitos ambientales no han tendido efecto disuasivo en los agentes contaminantes. Por otro lado, muchos daños al medio ambiente se causan en territorios que escapan a la soberanía nacional, como el alta mar, con lo cual pueden escapar fácilmente a la acción del aparato punitivo del Estado. La efectividad del Derecho penal también puede

verse comprometida en los casos de insolvencia del responsable. Además el Derecho penal debe regirse por un criterio de subsidiariedad, como resulta del principio de intervención mínima o ultima ratio. Por último, el Derecho penal está regido por el principio de legalidad, por lo cual exige claridad y taxatividad. Esto se traduce en la necesidad de que los delitos y faltas específicos estén legalmente tipificados (nullum crimen sine lege).

- c. El **Derecho Internacional Público** tampoco soluciona los problemas ambientales debido a lo rudimentario de su desarrollo. Las normas en materia de responsabilidad son muy infrecuentes en los instrumentos internacionales y en muchas ocasiones se limitan a obligar a los Estados a que cooperen para aprobarlas en el futuro. La ausencia de normas aplicables; el hecho de que los Estados no siempre sean parte de los convenios aplicables al caso (como sucedió en el incidente de Chernobil en relación con la URSS); la escasa voluntad política para que esta situación cambie; la escasez de reclamaciones internacionales por este concepto (v.gr., caso Sandoz), en parte por el temor a empeorar las relaciones internacionales, así como la falta de claridad al respecto de lo que realmente significa el concepto de responsabilidad en el Derecho internacional público, contribuyen a hacer de este sector del ordenamiento un instrumento poco efectivo²⁷³.

Todo lo anterior parecería confirmar que la protección del medioambiente por el Derecho Público es ineficiente. De ahí que encargarle exclusivamente ese resguardo tendría argumentos pocos sólidos.

2.6. Análisis Económico

El objetivo del análisis económico es que quienes deterioran el medio ambiente las asuman –o, en la jerga económica, «internalicen»– plenamente, lo que se consigue mediante la responsabilidad. De este modo, una persona razonable sólo causará daños en el caso de que la utilidad que obtenga al hacerlo sea superior a los costes de su responsabilidad. La amenaza de poder incurrir en responsabilidad constituiría así un incentivo para que los potenciales autores de daños al medio ambiente den todos los pasos que razonablemente puedan para minimizar el coste de los accidentes y, por ello, inviertan en seguridad, lo

²⁷³RUDA GONZALEZ, Albert. Óp. Cit. pp. 48-49.

que a su vez redundaría en una mejor protección del medio ambiente. En síntesis, la responsabilidad conduciría a la prevención de los daños, que es el fin último de aquella según el análisis económico²⁷⁴.

Empero esta teoría aplicada a los daños ambientales puros presenta algunos inconvenientes:

- a. Es poco seguro que la previsión normativa del análisis económico vaya a tener un impacto preventivo. En otras palabras, sólo si el sujeto potencialmente responsable resulta identificable y es solvente tendrá un incentivo para invertir en prevención, pues, si no, la amenaza de responsabilidad significará poco para él.
- b. Para que la prevención sea eficiente, la responsabilidad debe poderse cuantificar en términos económicos. El potencial responsable debe poder disponer *ex ante* de información sobre las consecuencias de su comportamiento, que le permita determinar qué inversión debe realizar. No obstante, la información difícilmente puede ser completa cuando se trata del medio ambiente.
- c. El objetivo del análisis económico no es que no se produzcan daños, sino que se evite la conducta que produce un daño cuando el coste de prevenirlo es menor que el coste de la reparación. Esto puede repugnar a consideraciones sociales sobre lo justo y equitativo.

2.7. Principio de Precaución

El principio de precaución es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras cuando no existe certeza científica de las consecuencias para el medio ambiente de una acción determinada²⁷⁵.

Así se desprende de las fuentes que hacen referencia a dicho principio. Su cuna se encuentra en la política medioambiental del Gobierno federal alemán en la década de los años 1970, en cuyo marco se enuncia por primera vez el llamado *Vorsorgeprinzip* (cuyo significado literal es “principio de cuidado por adelantado”). Con este principio político, dicho Gobierno pretende enfatizar que no se limitaría a prevenir los daños inminentes y reparar los ya acaecidos, sino que adoptaría una posición precavida.

La Carta Mundial de la Naturaleza, promulgada en 1982 por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁷⁶. En su artículo 11.b, se señala que *Las*

²⁷⁴Faure, “milieubescherming...”, citado por Ruda Gonzales, Albert. “ *El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el Medio Ambiente, con especial atención a la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*”. Editorial Aranzadi, S.A, Girona- España 2008, Pag. 65.

²⁷⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_precauci%C3%B3n

actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza [...] no se llevaran a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales.

Así, también, La Declaración de Río²⁷⁷ en su artículo 15 señala: *Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, La falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*

En el Perú con la Ley 28611, Ley General del Ambiente²⁷⁸ en su artículo VII señala: *Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.*

El principio de precaución opera *ex ante*. Supone, una llamada a la intuición para que se actúe incluso a pesar de que falte cualquier evidencia de que exista una amenaza real²⁷⁹. En cambio, el Derecho de la responsabilidad civil es un mecanismo o instrumento que se pone en funcionamiento de forma rogada, a petición de la víctima, cuando el mal ya está hecho y es, por ende, cierto. Se trata de una forma que el ordenamiento tiene de reaccionar retrospectivamente, para restablecer el orden perdido con la producción del daño. El reequilibrio se consigue mediante la compensación que el Juez concede a la víctima. Por definición, la responsabilidad civil presupone el daño; opera, por ende, *ex post*²⁸⁰.

Siendo esto así, tal como está regulado en la actualidad la responsabilidad civil tradicional no encuentra fundamento en el principio precautorio, por lo que, dicha institución tendría que variar en la legislación de modo que se fundamente en la simple amenaza del daño, más o menos cierta.

Estando así las cosas parecería que el principio de precaución apoya la responsabilidad civil por daños ecológicos puros, porque como se ha apuntado la naturaleza y el hombre son, en cierto sentido, una misma cosa. Los argumentos de que es necesario que se mantenga un desarrollo sostenible y que se proteja a las generaciones futuras y a los intereses humanos se

²⁷⁶ <http://www.mbigua.org.ar/uploads/File/CartaMundialNaturaleza.pdf>

²⁷⁷ http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml.

²⁷⁸ www.congreso.gob.pe/ntley/imagenes/Leyes/28611.pdf.

²⁷⁹ BELL, Stuart y Otro, citado por Ruda Gonzales, óp. Cit. pág. 71.

²⁸⁰ RUDA GONZALEZ, óp. Cit. Pág. 71.

entremezclan aquí para abonar que se incluya a los daños ecológicos puros como resarcibles²⁸¹.

Siguiendo con Lorenzetti²⁸², en la aplicación de principio precautorio él dice que deberá tenerse en cuenta que:

- i. Es casuístico. El principio precautorio se aplica con un criterio caso por caso, no se aplica de manera absoluta sino con un criterio relativo, dependiendo de las circunstancias del caso en particular.
- ii. Deberán agotarse las posibilidades de reducir la incertidumbre, aunque uno de los presupuestos del principio precautorio es justamente la incertidumbre.
- iii. La aplicación es dinámica y adaptativa.
- iv. Es equitativa.
- v. Produce el traslado del riesgo, del riesgo de la duda, de la demora, probatorio la inversión de la carga de la prueba y del de desarrollo.

El talón de Aquiles de este fundamento es sin lugar a dudas que opera *ex ante*, lo que repugna a la responsabilidad civil tradicional. Supone, una llamada a la intuición para que se actúe incluso a pesar de que falte cualquier evidencia de que exista una amenaza real. En cambio, el Derecho de la responsabilidad civil es un mecanismo o instrumento que se pone en funcionamiento de forma rogada, a petición de la víctima, cuando el mal ya está hecho y es, por ende, cierto. Se trata de una forma que el ordenamiento tiene de reaccionar retrospectivamente, para restablecer el orden perdido con la producción del daño. El reequilibrio se consigue mediante la compensación que el Juez concede a la víctima. Por definición, la responsabilidad civil presupone el daño; opera, por ende, *ex post*²⁸³.

3. TRATAMIENTO ESPECIAL DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE LA DEFORESTACION

Los presupuestos de la responsabilidad civil clásica, para atender a los daños ambientales puros, deben de ser modulados de la siguiente manera:

²⁸¹ Juegan, L' apport. Citado por Ruda González. OP. Cit, pag. 72.

²⁸² Citado por Néstor Cafferatta. Los principios y reglas del Derecho ambiental. pp. 52. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferatta%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>

²⁸³ RUDA GONZALEZ, Albert...Op. Cit. pp. 58-59.

A. SUJETO RESPONSABLE.-

El tratamiento de este presupuesto de la responsabilidad civil en nuestro país es abierto, esto quiere decir que cualquiera puede causar el daño sujeto a éste régimen de responsabilidad. Así nuestro Código Civil tanto para la responsabilidad subjetiva²⁸⁴, como para la objetiva²⁸⁵ utiliza el término de “*aquel*”, es decir, que todo sujeto jurídicamente imputable puede ser autor del daño y por tanto deberá responder civilmente por su acción.

Para los casos de los daños ambientales en la legislación comparada existen dos formas de regular al sujeto responsable:

1. En primer lugar están los países que adoptan el criterio de la cláusula general, como consecuencia cualquier persona puede ser responsable. Así tenemos, a nuestra LGA en su artículo 142.1²⁸⁶; a la ley Argentina N° 25.675 (art. 28°)²⁸⁷; en Panamá la Ley No. 41 (art. 109)²⁸⁸, entre otras leyes.
2. En segundo lugar, se encuentran los ordenamientos jurídicos que prefieren la lista cerrada; es decir, enumeran una serie de instalaciones y actividades riesgosas o peligrosas para el medio ambiente, su efecto es que sólo las personas al frente (titular, operador, explotador, etc.) de estas instalaciones peligrosas serán responsables. En este grupo encontramos la Directiva Europea 2004/35/CE; la Ley española 26/2007; en Alemania la Ley de daños al medio ambiente - EDA [USchadG]²⁸⁹, entre otras.

B. REDEFINICIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO.-

²⁸⁴ **Artículo 1969°.- Responsabilidad subjetiva.**

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

²⁸⁵ **Artículo 1970°.- Responsabilidad objetiva.**

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.

²⁸⁶ **Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales**

142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

²⁸⁷ **ARTICULO 28.-**“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción...”

²⁸⁸ **“Artículo 109.-** “Toda persona natural o jurídica que emita, vierta, disponga o descargue sustancias o desechos que afecten o puedan afectar la salud humana, (...) tendrá responsabilidad objetiva por los daños que puedan ocasionar graves perjuicios...”

²⁸⁹ Todas estas leyes establecen, en su anexo, una lista de instalaciones y actividades peligrosas para el medioambiente, haciendo depender de ella, la aplicación de la responsabilidad objetiva y/o subjetiva.

Históricamente se ha venido definiendo al “daño” como la lesión a una persona o a su patrimonio.

Así para Guillermo Cabanellas²⁹⁰, “...daño es el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes”. Entonces cuando se habla de daño en sentido jurídico se hace mención a la lesión a la persona o a sus bienes, a partir del cual se construye el daño civil y el daño penal; sin embargo, en los últimos 30 años se viene hablando de un nuevo tipo de daño, *el ambiental*, que se bifurca en el daño ambiental civil-indirecto y el daño ambiental puro – directo, este último no encuadra en la definición general de daño, ya que en él no se afecta directamente la persona o sus bienes sino el ambiente mismo.

El daño ambiental estricto sensu o daño ambiental puro, es aquel que afecta a medio ambiente o a alguno de sus componentes, es preciso aclarar que el bien jurídico protegido es el medio ambiente²⁹¹ y no directamente la persona humana²⁹².

Estando así el estado actual de las cosas, se hace necesario redefinir el concepto de “daño” como categoría general; entendiéndose el daño como aquella lesión a un interés protegido que afecta a la persona humana y a su patrimonio, así como al medio ambiente mismo.

Así GUIDO ALPA²⁹³ apunta que, “...hoy en día, ‘daño’ no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: *daño es la lesión de un interés protegido*²⁹⁴ y se agota en esto. LIZARDO TABOADA²⁹⁵ indica: “...se han propuesto en la doctrina muchas definiciones o intentos de definir el daño que origina una responsabilidad civil. Sin embargo, la fórmula más exacta nos parece aquella que define el daño jurídicamente indemnizable como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial”.

²⁹⁰ Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III. Edit. Heliasta SRL, Buenos Aires-Argentina, 1989, pp.5

²⁹¹ Entiéndase medio ambiente como el conjunto de elementos sociales, económicos, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos

²⁹² El daño ambiental que afecta a la persona humana o a su patrimonio es el daño ambiental tradicional que es respaldado por el Código Civil peruano, que es individual o indirecto de acuerdo con nuestra clasificación y que se produce a través de un elemento del ambiente en estado de degradación.

²⁹³ GUIDO ALPA, “Nuevo tratado de la Responsabilidad civil. Traducción y notas de Leysser L. León, Jurista Editores, Perú, 2006, pp. 773.

²⁹⁴ En el daño ambiental se lesionan intereses colectivos y difusos que tienen las personas respecto al medio ambiente.

²⁹⁵ TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Elementos de la Responsabilidad Civil”, 2ª edición, GRIJLEY, LIMA, 2003, pp. 61-62.

Definiendo al daño simplemente como la lesión a un interés jurídicamente protegido, estaríamos abarcando el daño individual o tradicional- daño a las personas y/o sus bienes-, así como también a los daños colectivos y difusos; por consiguiente, el daño ambiental puro tendría cabida en esta definición. Así en el caso de la deforestación, que es un daño difuso, se estaría vulnerando nuestro interés, legítimamente tutelado²⁹⁶, a la conservación de los bosques del Perú.

C. ¿EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD?

La antijuricidad es el carácter contrario a derecho que tiene todo hecho humano o involuntario, externalizado, a través de una acción, acción por omisión u omisión, y que nace de la relación de contradicción entre el supuesto de hecho objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico considerado en su integridad²⁹⁷.

Sin embargo, actualmente la antijuricidad está siendo objeto de fuertes embates, al considerarse que no es de existencia ineludible en todos los casos, pues existe daños civiles que son causados por ‘actos lícitos’, por ejemplo nuestro Código Civil contempla: La búsqueda de tesoro en terreno ajeno (Artículo 934^o), el paso de materiales de construcción por predio ajeno (Artículo 960^o), el *respeto a la propiedad en caso de explotación industrial* (Artículo 961^o), *entre otros*.

El hecho que la conducta inicial sea lícita no significa que sus consecuencias ostenten el mismo carácter de licitud. Pueden generarse consecuencias dañosas, que naturalmente deben ser resarcidas.

Conviene referirnos ahora a la responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva. Así, tenemos a la indemnización justipreciada por la expropiación en la Ley N° 27117 Ley General de Expropiaciones (artículo 2^o).

En el moderno derecho de daños se admite la resarcibilidad de los daños lícitos, prescindiendo de la antijuricidad para centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado²⁹⁸.

El jurista italiano Giorgiani, sostiene que “la obligación de resarcir el daño no se hace derivar por ley exclusivamente de actos ilícitos, sino también, muy a menudo, de actos permitidos por ella, y, por tanto, lícitos”²⁹⁹.

²⁹⁶ Artículo 2° inciso 22 de la Constitución Política del Perú.

²⁹⁷ http://www.alipso.com/monografias/responsabilidad_civil/

²⁹⁸ BESALÚ PARKINSON, Aurora, Responsabilidad por daño ambiental, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pag. 61-63. (641pp.)

En este orden de ideas ha señalado con acierto Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, que el nuevo derecho de daños, prescinde de algunos de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad, como por ejemplo en cuanto ya no se exige la antijuricidad en caso de la reparación de actos lícitos³⁰⁰.

Ocurre que el derecho ambiental es absolutamente reacio, por su propia índole, a la categorización de ilícitos; aquí como en pocos temas se observa la necesidad de acoger una serie abierta, sin pretender normas descriptivas o explicitadoras de antijuridicidades.

Lo que preocupa en la responsabilidad por daño ambiental es el daño como perjuicio causado al ambiente mismo, en sus componentes, la alteración del ecosistema, sin participación de la víctima indirecta que es la persona.

Entonces existiría un “*derecho de no dañar el medio ambiente*”, de donde el daño por si mismo habla de la ilicitud o antijuricidad, sin perjuicio de las causas de justificación.

Es por ello que una empresa no puede argumentar que estaba autorizada para funcionar, para realizar el quehacer al cual estaba dedicada, y en base a ello, aducir que no hay antijuricidad en su acción, aunque sea dañosa; la empresa que invoca que por resolución, decreto u ordenanza se le permitió hacer lo que hacía, y el daño causado es entonces un daño permitido o autorizado, producto de un obrar lícito, que no debe repararse. Ninguno de estos argumentos es válido. No hay autorización para dañar, La condición implícita es que la actividad no lleve perjuicios.

La concepción de *derecho de no dañar el medio ambiente*, es una concepción objetiva de antijuricidad en la que no requiere la vulneración de la normativa medioambiental, legal o reglamentaria, aun más con ello no se requiere demostrar que el agente haya violado una norma de conducta dirigida a proteger el bien dañado. Por ende, no es preciso que el demandado haya cometido un delito o falta o una infracción administrativa, sino que basta que haya causado el daño, aunque el acto fuese conforme derecho.

D. EL PROBLEMA DEL NEXO CAUSAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

²⁹⁹ Citado por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas”, publicado en el libro la responsabilidad en homenaje al Dr. Isidoro Gondenber, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1995,pag. 336

³⁰⁰ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual”, en responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, T. I 52 y ss.

La causalidad es la relación existente entre la acción y el daño. Entendido al nexo causal como a la relación de causa efecto entre la acción del agente y el resultado (daño).

En materia de responsabilidad civil común, es decir de responsabilidad basada en la subjetividad y la falta del agente, se establece y se da como sentado que todo aquel que alega algo en justicia debe probarlo (*Actori incumbit probatio*). De ahí, pues, es que el demandante es quien debe aportar las pruebas de que alguien le ha causado un daño. Esto funciona para la responsabilidad civil común, mas no es efectiva para la responsabilidad civil ambiental.

Para el derecho ambiental constituye un problema técnico y jurídico el asunto de atribuir el daño al responsable. Es lo que en materia de responsabilidad se conoce como la determinación del nexo causal; es decir, el hilo que une a la causa con el efecto. Esta relación directa o indirecta entre el hecho y el daño debe probarse para que pueda comprometer su responsabilidad el autor del daño.

En materia de daños ambientales, el probar quien produjo el daño y en qué medida concurrió a ello, no es nada cómodo, pues muchos daños tienen varios responsables. Así el caso de contaminación atmosférica producto de los humos que salen de varias chimeneas o tubos de escape en un centro industrial, la contaminación de las aguas de un río por vertidos múltiples empresariales, etc. El asunto de determinar la relación de causalidad entre el hecho individual y el daño ambiental colectivo, no es tarea fácil para el derecho ambiental y resulta imposible determinarlo recurriendo a los presupuestos de la responsabilidad civil común.

Siendo el nexo causal el verdadero talón de Aquiles de la responsabilidad por daños ambientales puros, en la doctrina, jurisprudencia y legislación ambiental se están desarrollando diversas teorías de solución al tema específico, así tenemos:

a. Causalidad estocástica

Esta teoría surge para solucionar los daños estocásticos³⁰¹; es decir, aquellos daños en el que la víctima y el causante son indeterminados, se trata de daños colectivos. En relación con los daños ecológicos puros, un buen ejemplo de daños estocásticos son los derivados de vertidos de hidrocarburos al mar, que pueden aumentar la mortandad de

³⁰¹ Estocástico: El término se usa en estadística para denotar un proceso que implica una variable aleatoria y, por extensión, que implica el azar o la probabilidad. (Según el Dr. Ruda Gonzalez en su Libro...óp. Cit.pp350)

animales marinos, cuyos cadáveres lleguen a las playas, sin que quepa determinar, en muchos casos, qué porcentaje se debe a causas naturales. Así pues, la influencia puramente estocástica o probabilística de la conducta dañosa crea una situación de incertidumbre en la que o bien no cabe discernir quiénes son sus víctimas o bien en qué medida lo son.

Como sabemos en el sistema tradicional de responsabilidad el demandante (víctima) sólo tiene que probar más del 50% del nexo causal, para que el demandado asuma el 100 % de la compensación.

Sin embargo, en el caso daños ecológico puros, este criterio conduciría, en el ejemplo anterior, a que una determinada compañía petrolera compense por toda la mortandad de los animales marinos, aunque existan causas distintas (otras compañías contaminantes) e incluso naturales. Esto significaría que el responsable lo fuese de más daño que el que efectivamente causó. O bien conduciría a que no se compensase a nadie, lo que a su vez impediría que el autor respondiese por el daño que sí causó. Ambas situaciones son extremas y conducen a un resultado inadecuado desde un punto de vista de análisis económico. Pues conviene que el responsable lo sea exactamente por el daño que causó, ni por más, ni por menos³⁰², es decir, en daños ambientales, se responderá en forma directamente proporcional al daño causado por ese agente específico, y no por otros daños causados por otros agentes.

Un posible apoyo para esta solución se encuentre ya en la legislación italiana, que hace responder a los responsables de diferentes barcos por daños por contaminación causada por inmisiones que procedan de uno de ellos, en proporción a la cuota que representen sus respectivos tonelajes³⁰³.

b. Responsabilidad por cuota de mercado

Es otra alternativa de solución a la problemática aquí estudiada, de origen jurisprudencial norteamericano. La víctima ya no tiene que demostrar que el nexo causal es probable en un porcentaje superior a un determinado umbral (*v.gr.* el 50%), sino que basta que pruebe que el

³⁰² Idem pag. 351

³⁰³ Ley 979/82, art. 21.

demandado tiene una determinada cuota de mercado³⁰⁴ de cierto producto. Hecho esto y probado que el producto es apto para causar el daño, el demandado responderá en proporción a su cuota. Tratándose de una pluralidad de posibles causantes, la idea de cuota de mercado conduce a no hacerles responder solidariamente, sino de forma parciaria en proporción a su respectiva cuota.

Según RUDA GONZALEZ³⁰⁵, la regla también podría aplicarse a daños ecológicos puros. Por ejemplo, los fabricantes de objetos que suelen generar residuos poco biodegradables –como es el caso de los cigarrillos de tabaco, los chicles o los mecheros de plástico– pueden responder por la contaminación causada por los mismos en proporción a su cuota de mercado respectiva.

c. Responsabilidad por cuota de emisión

Esta teoría consiste en hacer que todos los causantes de la contaminación deban responder por el daño medioambiental que causan en proporción a su cuota de emisión. Igual que en la responsabilidad por cuota de mercado, se invertiría la carga de la prueba del nexo causal de modo que la víctima sólo tuviese que probar que los demandados han podido causar una parte sustancial de la contaminación e infringido un deber de cuidado.

Esta teoría no tiene obstáculo para aplicar dicha responsabilidad en el plano interno, de regreso entre los responsables que lo han sido frente a la víctima. Esto permitiría por ejemplo hacer responder a los demandados solidariamente en la vía externa y proporcionalmente en la interna, según su cuota de emisión; por ejemplo en casos de daños a la salud provocados por la exposición antijurídica al asbesto a una misma víctima por parte de diversos empresarios. En tal caso, la distribución de la responsabilidad interna con base en los respectivos tiempos de duración del período de exposición determinada conforme a la duración de los contratos de trabajo.

³⁰⁴ En el área de dirección estratégica y mercadotecnia, **cuota de mercado** es la fracción o porcentaje que se tendrá del total de mercado disponible o del segmento del mercado que está siendo suministrado por la compañía. Puede ser expresado como un porcentaje de las ventas de la compañía (en el mercado) dividido por las ventas totales disponibles en el mercado o también se puede expresar como el total de unidades vendidas por la compañía partido por las unidades vendidas en el mercado. Puede verse en: http://es.wikipedia.org/wiki/Cuota_de_mercado

³⁰⁵ RUDA GONZALEZ, op. cit. pp. 355-356

Cabe hacer responder al creador de cada fuente de contaminación en la proporción correspondiente a su “cuota de polución”, medida sobre la base de datos o cálculos extraídos del volumen de su respectiva “actividad”.

d. Inversión de la carga de la prueba

Por tal se entiende a la atribución del juez para trasladar la carga de probar de un modo distinto al previsto por la ley como regla general³⁰⁶. Esta solución, tiene a su favor el hecho de que facilitaría las cosas al demandante, al hacer que el demandado, quien posiblemente creó el riesgo, soportase la carga de la prueba.

La razón fundamental para que se invierta la carga de la prueba es que el demandado pueda procurarse la prueba con mayor facilidad que el actor, porque esté más próximo a la llamada fuente probatoria, esto es una directa consecuencia de la responsabilidad objetiva que a su vez se funda en el principio precautorio.

El Derecho ambiental está constituido por principios y el que lo diferencia del resto de las disciplinas clásicas es el polémico y “enigmático” principio precautorio. Éste aparece hoy consagrado en infinidad de legislaciones de América Latina y el Caribe y es mencionado en ocasiones como “criterio” o “enfoque” y en otras como “principio” en infinidad de tratados, protocolos y convenios internacionales³⁰⁷.

El principio precautorio es un cambio de la lógica jurídica clásica. El principio precautorio parte de la base de la “incerteza”, duda, o incertidumbre. Este fundamento opera sobre el riesgo del desarrollo, el riesgo de la demora, produciendo una inversión de la carga de la prueba.

En ese caso la duda opera en favor de la prevención o de la precaución, en el sentido de que hay que adoptar medidas tendientes a evitar o impedir la degradación del medio ambiente.

Por otro lado, la posibilidad de que el Juez opere esta inversión puede estar prevista en una norma específica en del régimen legal sobre

³⁰⁶ La regla general en el proceso sobre la carga de la prueba corresponde al demandante probar sus afirmaciones.

³⁰⁷ CAFFERATTA, Néstor. “Los principios y reglas del Derecho ambiental”, pp. 50. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>

responsabilidad medioambiental, en la cual la inversión puede operar cuando la imposibilidad de probar el nexo causal sea imputable a la culpa del demandado, o bien definirse un supuesto más amplio que permita que el juzgador invierta la carga de la prueba cuando lo considere razonable y justo en el caso concreto. Asimismo la inversión puede ser automática en todos los casos, de modo que sea el demandado quien deba demostrar que existe otra causa más probable del daño³⁰⁸.

La Unión Europea, preocupada por este efecto del traslado del riesgo probatorio, de inversión de la carga de la prueba, ha sostenido en una resolución -Anexo al Tratado Niza del año 2000 de la Comisión Europea- que el principio precautorio no siempre produce la inversión de la carga de la prueba. Menciona que el criterio correcto en materia de inversión de la carga de la prueba, es uno casuístico. Habrá que analizar caso por caso para determinar si se produce o no la inversión de la carga de la prueba.

Existe una creciente tendencia jurisprudencial a aplicar la inversión de la carga de la prueba como consecuencia del principio precautorio. Así tenemos que en Jujuy una provincia argentina, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) emitió un fallo que sienta precedente en los cuestionamientos sobre la minería a gran escala. Hace hincapié en el principio precautorio –ante la posibilidad de perjuicio ambiental irremediable es necesario tomar medidas protectoras– **e invierte la carga de la prueba:**” las poblaciones cercanas a los yacimientos no deberán probar los perjuicios sino que el gobierno y las empresas tienen que aportar pruebas ciertas de que la actividad extractiva no afecta ni afectará el medio ambiente”.³⁰⁹

El Perú parecería admitir la inversión de la carga de la prueba como atribución del Juez, fundado en la aplicación del principio precautorio, que está reconocido expresamente por la Ley 28611 en su artículo VII del Título Preliminar, el cual prescribe:

“Artículo VII.- Del principio precautorio

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la

³⁰⁸ RUDA GONZALEZ, op. Cit. pp. 335-336

³⁰⁹ Publicado en 24 Abril 2010. En: <http://www.fundavida.org.ar/web/la-corte-suprema-jujuna-prioriza-el-derecho-ambiental-hoy-en-pag-12>

adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”.

Para terminar, cabe aclarar que la inversión de la carga de la prueba no sólo resulta de la aplicación del principio de precaución; sino también de las presunciones legales del nexo causal.

e. Presunción del nexo causal

Otra manera de llegar a invertir la carga probatoria es a través de la presunción de causalidad. Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que la presunción “...es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho...con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos.”³¹⁰

Entonces, las presunciones están directamente relacionadas con el tema o la necesidad de la prueba, es decir, con lo que en cada proceso en particular es objeto del debate probatorio³¹¹.

La presunción de responsabilidad también llamada de causalidad, aparece cuando el causante del daño solamente puede exonerarse de la obligación de indemnizar los perjuicios probando un factor que destruye el nexo causal³¹², como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. Así, la víctima sólo estará obligada a probar el hecho y el daño sin necesidad de probar culpa ni nexo de causalidad.

Las presunciones en responsabilidad civil van principalmente dirigidas a proteger a las víctimas, liberándolas de la carga de la prueba del hecho presumido, esto es, el nexo causal entre el daño y la actividad desplegada por el agente causante de éste³¹³.

³¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Temis, Bogotá, 2002, p. 677.

³¹¹ <http://bdigital.eafit.edu.co/bdigital/PROYECTO/P346.022CDA687/marcoTeorico.pdf>

³¹² Según las teorías normativas habría que distinguir entre causalidad e imputación. Esa diferenciación tiene como consecuencia que la causa extraña destruye la imputación y no el nexo causal. Sobre tales teorías véase CORRAL TALCIANI, Hernán, Ob. cit., p. 188 y ss. y SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1996, Santos Ballesteros. Tomo III. p.13 y ss.

³¹³ En la doctrina colombiana y extranjera se menciona reiteradamente esta presunción como “presunción de responsabilidad”. Por esta razón, de ahora en adelante debe entenderse que cuando se afirma que existe una ‘presunción de responsabilidad’, en ningún momento se está haciendo alusión a la presunción de los tres elementos que componen la responsabilidad civil (hecho, daño y nexo causal), sino exclusivamente al nexo causal.

En otras palabras, dado que por regla general quien sufre los perjuicios es quien demanda, razón por la cual debe probar los hechos que fundamentan su pretensión, la presunción en mención tiene como finalidad que la carga de la prueba se invierta para el demandado, generalmente el causante del daño, pues de lo contrario el resarcimiento de los perjuicios quedaría supeditado exclusivamente a la actividad de quien sufrió el daño³¹⁴.

Es con la creciente industrialización y los avances tecnológicos que se origina la necesidad de crear una protección reforzada para terceros que se veían desprotegidos por dichas actividades, instaurando políticas legislativas encaminadas a la protección de las víctimas. Es por ello que surge el concepto presunción de responsabilidad. Pues, en el ejercicio de una actividad peligrosa la probabilidad de causar daño es alta, se acude a que mediante una presunción, se invierta la carga de la prueba al demandado, generalmente el agente causante del daño.

Algunas leyes definen las circunstancias en las que puede operar las presunciones del nexo causal, así tenemos:

- La ley alemana Umweltgh, que prevee con carácter general una presunción de responsabilidad para una serie de supuestos, mejorando la posición de la víctima, facilitando la prueba del presupuesto. De acuerdo con el párrafo sexto de la ley recordada se presume iuris tantum, que “una instalación” es la causa del daño cuya reparación se reclama, si tal instalación es “intrínsecamente adecuada” para causar el daño.³¹⁵
- La ley japonesa, conocida como de Compensación de Daños a la Salud, relacionados con la contaminación, de 1973. De conformidad con la misma, aquellas persona que reuan determinados requisitos- vivir en un área explicitada, estar expuestas a elementos contaminantes, haber pasado satisfactoriamente un examen médico previo, etc, se presume que son víctima de la contaminación atmosférica y tienen, automáticamente, derecho a una indemnización³¹⁶.

³¹⁴ <http://bdigital.eafit.edu.co/bdighal/PROYECTO/P346.022CDA687/marcoTeorico.pdf>.

³¹⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Daño ambiental” Tomo I. Rubinzal-Culzoni, 1999, Buenos Aires Argentina, 447 pp. (pag. 111).

³¹⁶ Ídem pag. 112

- La ley española 26/2007 “Ley de Responsabilidad Medioambiental”, en su artículo 3º inciso 1 recoge el carácter objetivo del régimen de responsabilidad medioambiental que refuerza con una presunción por virtud de la cual se considera que las entidades económicas o profesionales del anexo III de la misma ley, han causado el daño o la amenaza de que el daño se produzca cuando atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en la que han sido desarrolladas sean apropiadas para causarlo.
- En Chile el artículo 52 de la Ley N° 19,300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, señala:

“Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a las planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambiental, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.”
- En Costa Rica, el artículo 109º de la Ley N° 7788, Ley de Biodiversidad, dispone:

“Artículo 109.- Carga de la prueba
La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.”
- El artículo 399 de la Constitución de Montecristi³¹⁷ regula este tema dentro del artículo sobre la legitimación genérica, es decir, el derecho de cualquier ciudadano para acudir a los jueces

³¹⁷ La **Constitución de Ecuador de 2008** es la carta magna vigente en la República del Ecuador, es una de las más extensas del mundo y la más larga de las cartas magnas que se han adoptado en el territorio ecuatoriano. Posee 444 artículos agrupados en los diferentes capítulos que componen los 9 títulos de la constitución. Fue redactada entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio del 2008, por la Asamblea Nacional Constituyente en Montecristi, Manabí, y presentada un día después (el 25 de julio) por dicho organismo. Para su aprobación fue sometida a referéndum constitucional el 28 de septiembre de 2008, ganando la opción aprobatoria. La Constitución de 2008 entró en vigencia, desplazando la anterior Constitución de 1998; y rige desde su publicación en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008. Consúltese: http://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Ecuador_de_2008

competentes para demandar por daños ambientales aunque no se tenga interés directo. La excepción del interés directo se sustenta en el hecho de que lo que se reclama son derechos colectivos o difusos que no corresponden solo a la víctima sino a todo el conglomerado social. El numeral 1 de este artículo señala:

“La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.”

- Nuestra LGA no prescribe ninguna presunción legal del nexo causal, no obstante, que su anteproyecto sí lo regulaba en su artículo 147°, sobre este particular comentaremos más adelante.

Como podemos observar la doctrina y el derecho comparado dan diversas soluciones a la problemática del nexo causal en los daños ambientales puros.

E. DETERMINACIÓN DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Tradicionalmente la manera de atribuir la responsabilidad a un sujeto determinado es a través de de la culpa y el dolo (responsabilidad subjetiva); sin embargo, ante las nuevas circunstancias tecnológicas e industriales y con ello, nuevas actividades potencialmente peligrosas se consolida en la doctrina la Teoría del Riesgo³¹⁸.

En materia de responsabilidad ambiental, no es de aplicación la responsabilidad de carácter subjetiva, o sea, aquella en donde el damnificado debe probar el nexo de causalidad (omisión a un deber de cuidado) entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos. En su lugar, opera la responsabilidad objetiva, en la cual, la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo, y por consiguiente, la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino, sólo el hecho de que la acción u omisión causó el

³¹⁸ La Teoría del Riesgo considera que si en el ejercicio de una actividad peligrosa se produce un daño, el causante debe pechar con los perjuicios causados independientemente del grado de diligencia que haya mostrado en su comportamiento, toda vez que realizó una actividad que la ley considera de alto riesgo, actividad que puede ir desde la conducción de un vehículo automotor hasta la producción de residuos tóxicos por actividades industriales. Caracterizándose esta teoría como una reacción contra el daño injusto que no sanciona al causante, sino que traslada las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.(CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch, 1997.p. 65)

daño. De esta forma, el agente dañino asume todos los daños derivados de su actividad, cumpla o no, con el estándar de diligencia³¹⁹.

Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: el daño. Este sería el caso típico de una persona que instala una industria peligrosa para beneficiarse de la actividad lucrativa aunque creando un riesgo para la sociedad de manera que si, por una parte, se tiene el derecho de gozar de las ventajas del negocio de un modo correlativo, existe la obligación de reparar el daño que cause el ejercicio de esa empresa.

En el esquema objetivo de Responsabilidad Civil el agente contaminante responde del daño causado por el ejercicio de una actividad potencialmente peligrosa para el medio ambiente, más allá de si obró con culpa o negligencia, y sólo podrá exonerarse probando que el daño no fue causado por él, o que se debió a una causa de fuerza mayor; puesto que bajo esta óptica, lo determinante es la reparación del daño injustamente recibido y la prevención de los daños ambientales; por tanto, su efectividad estará sujeta a la clara identificación del agente contaminador, a la cuantificación del daño acontecido, y al establecimiento de vínculos entre la causa y el efecto, y entre el daño ocurrido y el agente generador del daño³²⁰.

Parece claro que el mecanismo de responsabilidad objetiva se vaya imponiendo con mayor nitidez cada vez, puesto que en términos de justicia distributiva se asienta sobre un fundamento sólido y equilibrado, y también porque se trata de una modalidad que facilita la efectiva reparación del daño ambiental. Los argumentos que se han ido esgrimiendo a favor de ésta son:

- Es el régimen más favorable para la víctima porque le ahorra todas las complicaciones de la prueba de la culpa, que a veces resulta imposible.
- Agiliza el proceso, facilita la tarea del juzgador al no entrar en cuestión los elementos conductuales del causante del daño.
- Incentiva a los potenciales responsables para que adopten un mayor grado de cuidado.
- Los avances técnicos, el empleo de nuevas sustancias, como los organismos genéticamente modificados, pueden generar nuevos riesgos, en parte desconocidos, lo que está más a favor de que la responsabilidad sea objetiva.

³¹⁹ PEÑA CHACON, Mario. Daño responsabilidad y reparación ambiental. Veracruz, México, agosto de 2005. Pp.23. Disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

³²⁰ JORDANO FRAGA, Jesús. La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medio ambiental. En Revista electrónica de derecho ambiental. Número 12- 13, diciembre, 2005; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema. *Responsabilidad civil ambiental...* p.103 y 114.

Como hemos visto la doctrina mayoritaria está a favor de la aplicación de la responsabilidad objetiva a los daños ambientales, empero, también existen razones jurisprudenciales y sobre todo legislativos.

La Corte Suprema de Justicia de Ecuador³²¹ señaló sobre esto lo siguiente:

*“El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. **En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño.** Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarbúrficas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad”.*

En una sentencia de casación de la Corte Suprema de Costa Rica del 2000³²² no se requirió de norma expresa para aplicar la responsabilidad objetiva en un caso de contaminación, pues la Corte concluyó que el solo hecho de que la

³²¹ Caso de la contaminación del río Esmeraldas por el derrame de crudo de petróleo originado por la refinería de Esmeraldas. Sentencia citada por: Ricardo Crespo Plaza. **La responsabilidad objetiva por daños ambientales y la inversión de la carga de la prueba en la Nueva Constitución.** PROGRAMA ESTUDIOS SOCIOAMBIENTALES - FLACSO SEDE ECUADOR. Noviembre, 2008, p.22-23.

³²² CRESPO PLAZA, Ricardo. Op. cit. p. 24

Constitución declare el derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica este tipo de responsabilidad. En este caso se concluyó:

- La responsabilidad por daño ambiental es siempre de carácter objetivo, independientemente que exista una norma que así lo establezca, al ser un principio general del derecho reconocido por la misma Constitución Política.
- La simple existencia de daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante de ese daño, y por tal es quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta, incluso si la conducta desplegada es lícita.
- Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad.
- Se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa. Los únicos eximentes de responsabilidad aceptados son la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

La efectividad de la responsabilidad ambiental objetiva, se abre así camino en los ordenamientos occidentales, constituyendo un complemento imprescindible para la efectividad del principio, antes enunciado.

En Europa, la responsabilidad objetiva ha venido cabalgando sobre el concepto clásico de la responsabilidad civilista, bien que, avanzando en la dirección que nos ocupa, ha sido la jurisprudencia la que invirtiendo la carga de la prueba, ha obligado a demostrar al presuntamente responsable del daño producido, que se condujo de acuerdo con los permisos exigidos y no ha actuado negligentemente³²³.

La Directiva 2004/35/CE y su transposición al derecho español -Ley 26/2007, Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM)- distinguen dos sistemas de imputación de la responsabilidad, un sistema de responsabilidad objetiva, y otro sistema de responsabilidad subjetiva, en función del tipo de actividad profesional y del medio natural degradado. De ello se deduce que el operador, en algunos casos y según la actividad a la que se dedique, responderá de forma objetiva por el daño ocasionado aunque su actuación haya sido diligente,

³²³ C. De Miguel Perales La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, Civitas, Madrid 1994 p.59.

y en otros casos, sólo responderá de la causación del daño si en sus actos medió dolo o negligencia³²⁴.

Pero la normativa alemana ha superado, holgadamente, los planteamientos civilistas mediante la ley de Responsabilidad Ambiental, que entró en vigor el 1 de enero de 1991, que basa la obligación de resarcimiento en el mero hecho de haberse producido daños desde las instalaciones del demandado. Por ello, justamente, se ha dicho que esta ley “ha iniciado un camino de protección a ultranza al medio ambiente desde el Derecho privado”³²⁵.

En Latinoamérica tenemos algunas leyes que consagran la responsabilidad objetiva por daños ambientales. Así Chile en su Ley 19.300³²⁶ Sobre Bases Generales Del Medio Ambiente (art. 52º), en Argentina, la Ley Nº 25.675³²⁷ (art. 28º), Panamá, con la **Ley No. 41**³²⁸ (art. 109º), también acoge la responsabilidad objetiva por daños al medioambiente, empero, es Ecuador quien nos lleva la delantera en cuanto a la protección constitucional del medioambiente, puesto que la Constitución de Montecristi³²⁹ consagra también la responsabilidad objetiva en caso de daños al ambiente (art. 396º).

Nuestro país también contempla la responsabilidad objetiva, así la LGA en su artículo 144º la recoge:

“Artículo 144º.- De la responsabilidad objetiva

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

No obstante, la mencionada Ley también consagra la responsabilidad subjetiva (art. 145º), aunque de manera favorable a la protección del medio ambiente,

³²⁴ Arts. 5,6,7 y 8 (Directiva 2004/35/CE) y Art.3 (Ley 26/2007).

³²⁵ C.De Miguel Perales op.cit p.66.

³²⁶ Modificada por la ley 20.173 2007.

³²⁷ "Ley General del Ambiente" Bien jurídicamente protegido -Ley Nº 25.675. Sancionada: Noviembre 6 de 2002 Promulgada parcialmente: Noviembre 27 de 2002. Disponible en: <http://www.eco2site.com/leyes/leyes-eco/ley-gral-ambiente2.asp>

³²⁸ Ley No. 41 de 1 de julio de 1998. Por la cual se dicta la Ley General de Ambiente de la República de Panamá y se crea la Autoridad Nacional del Ambiente. Puede verse en: <http://www.lawyers-abogados.net/es/recursos/Ley-41-1998-Ley-General-Ambiente.htm>

³²⁹ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 2008, también conocida como la Constitución de Montecristi. Puede verse en: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>

puesto que dicho artículo también traslada la carga de probar, por falta de culpa o dolo, hacia el sujeto agente.

4. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN LOS DAÑOS AMBIENTALES PUROS

El concepto de patrimonio natural o patrimonio ambiental o patrimonio de los recursos naturales, regulado en diversas constituciones³³⁰, debe ser entendido como patrimonio ambiental común y, por consiguiente, de los intereses colectivos y difusos que se generan en torno a ese patrimonio, es el reconocimiento del derecho que le asiste a los titulares de esos intereses para reclamar en juicio su protección. La cuestión es quien o quienes deben ser legitimados para ese efecto. Frente a ello las legislaciones de los Estados han adoptado múltiples soluciones que corresponde analizarlos algunas de ellas.

4.1. La atribución de legitimidad al Ministerio Público.

En el caso del medio ambiente, el Ministerio Público no puede quedar indiferente, pasivo, ante los terribles conflictos desencadenados como agresiones a nuestro hábitat; la alternativa es, entonces, conferir legitimidad al Ministerio Público como titular de las acciones de carácter colectivo que procuran defender nuestro medio ambiente; el Ministerio Público es el defensor de los derechos impostergables de la sociedad: sin lugar a dudas, nuestro medio ambiente³³¹.

En la legitimación para proteger el medioambiente del ministerio Público, como una experiencia más interesante corresponde a la de Brasil y tiene su base en la Ley 7347 del 24 de julio de 1985, que regula llamada acción civil pública de responsabilidad por daños al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico o cualquier otro interés “difuso o colectivo” (art. 1º).

La experiencia del Ministerio Público brasileño, cuya gran particularidad es que, a diferencia de otros ministerios públicos y de fiscales, tiene atribuciones para la defensa del medio ambiente, no sólo en el ámbito penal, sino también en el civil. Así, el Ministerio Público es lo más destacado, en el escenario jurídico brasileño, para la defensa de los intereses “supra individuales”, pues

³³⁰ Constitución chilena artículo 24; Constitución de Argentina artículo 41; Constitución peruana artículo 66; Constitución nicaragüense artículo 102; Constitución brasileña artículo 225.

³³¹ *Ibidem*.

ha sido responsable por el enjuiciamiento de 97,6%2 de las acciones civiles públicas en la defensa del medioambiente³³².

La tutela civil del medio ambiente por parte del Ministerio Público lo ejerce a través de la averiguación civil y la acción civil pública.

a) La averiguación civil

La averiguación civil puede ser definida como el procedimiento administrativo, de carácter pre procesal e inquisitorial, de ámbito interno del Ministerio Público que, presidido directamente por el Fiscal, permite la colecta de pruebas necesarias para el enjuiciamiento de las acciones pertinentes a la tutela de los bienes para los cuales la legislación lo legitime, especialmente, para la acción civil pública. Está previsto en el artículo 8, párrafo 1, de la Ley 7.347/85, en los siguientes términos: “el Ministerio Público podrá instaurar, bajo su presidencia, la averiguación civil, o requisar, de cualquier organismo público o particular, certificados, informaciones, exámenes o pericias, en el plazo que disponga, lo cual no podrá ser inferior a 10 (diez) días útiles”³³³.

Mediante el denominado *INQUÉRITO CIVIL O PIEZAS DE INFORMACIÓN*, que puede ser definido como “un procedimiento administrativo preprocesal sin contradictorio, y con el objeto de coleccionar pruebas para el enjuiciamiento de las acciones”; y que lleva finalmente a un eventual archivo de la investigación, o a la proposición de un *COMPROMISO DE AJUSTAMIENTO DE CONDUCTA* o a la promoción de la Acción Civil Pública, o cualquier otra incluso penal.³³⁴

b) Acción Civil Pública

La Ley de la Acción Civil Pública ingresó en el escenario legislativo brasileño en la década de los años 80, periodo marcado por la introducción de instrumentos procesales para facilitar el acceso a la justicia. Antes de la publicación de dicha Ley, la defensa del medio ambiente estaba limitada a las acciones individuales -normalmente al derecho de vecindad- y a la actividad administrativa del Poder Público en el ejercicio del poder, es decir, policía administrativa. El trato de los

³³²<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/5%20MINISTERIO%20PUBLICO%20FISCAL%20Y%20PROTECCION%20AMB/18%20Capelli%20EI%20ministerio%20publico%20y%20proteccion%20amb.pdf>.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Documentos%20base/Doc%20Base-%20EI%20papel%20del%20Ministerio%20Publico.pdf>.

intereses difusos era circunscrito a los límites establecidos por la Ley de la Acción Popular que comprende, exclusivamente, anular actos lesivos del poder público, entre otros, al medio ambiente.

La Acción civil Pública podrá tener por objeto la condena en dinero o a través del cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer. La responsabilidad civil por el daño ambiental, en Brasil, es objetiva, es decir, independiente de la existencia de culpa, no admitiéndose las causas tradicionales de exclusión de la responsabilidad civil.

Por último, es de precisar que las Fiscalías Ambientales en Brasil disponen de Centros de Apoyo Operacionales y Divisiones de Asesoramiento Técnico para el área ambiental: así por ejemplo, solamente en la ciudad de Porto Alegre, dicha División está integrada por un equipo de "Apoyo Ambiental" con cuatro ingenieros químicos, dos ingenieros sanitarios, un ingeniero Civil, un arquitecto, un técnico de edificaciones, dos geólogos, dos Ingenieros Forestales, dos ingenieros Agrónomos, cinco biólogos, un ecólogo, un historiador; un equipo de "Apoyo Contable" con ocho contadores y un equipo de "Apoyo en Servicio Social y Psicología", con cinco asistentes sociales y una psicóloga³³⁵.

En Uruguay, el Ministerio Público está debidamente legitimado para accionar en defensa del interés difuso medio ambiente (que fuera lesionado o menoscabado). Ello surge en principio de lo establecido en el Artículo 42 del Código General del Proceso, "Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos, y en general que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que, según la ley o a juicio del tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido"³³⁶.

Mientras que en Italia, el Ministerio Público, en representación del Estado, puede exigir una indemnización de perjuicios por daños al medio ambiente, es decir, por el daño sufrido por la colectividad.

4.2. Las Acciones de Clase o *Class Actions*.

³³⁵ <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Documentos%20base/Doc%20Base-%20EI%20papel%20del%20Ministerio%20Publico.pdf>.

³³⁶ http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100010&script=sci_arttext

Esta solución proviene de la *jurisprudencia* del *Common Law*, especialmente la norteamericana, es la de la *Class Actions*, las Acciones de Clase, que permiten accionar en juicio a una persona en representación de un grupo, de otros interesados, pero de carácter colectivo o difuso. La *jurisprudencia norteamericana* las recoge inicialmente con la finalidad de evitar una multiplicidad de litigios. La acción popular constituye, todavía, una manifestación más amplia del ensanche de la legitimación que estamos presenciando. También se plantea en ese sentido que dicho interés sea defendido por el *Ministerio Público*, el cual vimos es el defensor natural de la causa pública³³⁷.

La acción colectiva³³⁸, (en EE.UU. se conoce como acción de clase), es una acción legal dirigido por una o más personas, miembros de la clase, pidiendo que la solución a un problema común de hecho o de derecho que tendrá lugar a partir imparcial para todos los componentes presentes y futuras de la clase.

La *class action* sería aquella acción que reúne todas las demandas de un elevado número de demandantes frente al mismo demandado o demandados. Es preciso señalar que la *class action* no debe identificarse con el litisconsorcio, ya que, además de tener que estar todos los interesados determinados, como en el caso de la representación, las acciones que compongan la *class action* pueden no nacer de un mismo título o causa de pedir³³⁹. Asimismo, de tenerse en cuenta a efectos prácticos, el litisconsorcio no es una verdadera acumulación de acciones en una sola, ya que cada litisconsorte conserva su independencia en lo que su actividad se refiere³⁴⁰.

Las acciones de clase o *class actions*, en Estados Unidos son aquellas que reúnen todas las demandas o demandados, cuando estos tienen, en su esencia, el mismo contenido, se admite cuando la clase o grupo al que pertenecen los sujetos perjudicados es tan numerosa que la unión de todos sus miembros es impracticable; ahora bien, la denominación *acción de clase*, viene de la pertenencia de todos los actores a un "grupo", aunque algunos de la clase puedan ser indeterminados, y, por tanto, no estén identificados³⁴¹.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=it&u=http://apple.hdblog.it/2010/07/01/prima-class-action-presentata-contro-apple-e-att-per-i-problemi-dellantenna-delliphone-4/&ei=xn5PTOuPL8H78AacovCIAQ&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CC4Q7gEwAA&prev=/search%3Fq%3DLas%2BAcciones%2Bde%2BClase%2BClass%2BActions.%26hl%3Des%26lr%3Dlang_it%26sa%3DG%26as_qdr%3Dall%26tbs%3Dir:lang_1it

³³⁹ DE MIGUEL DE PERALES, Carlos, *"La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente"*. Edit, Civitas, S.A, Madrid- España, 1994, pág., 311.

³⁴⁰ RAMOS MENDEZ, citado por DE MIGUEL DE PERALES, Carlos, op. Cit.

³⁴¹ GONZÁLES MÁRQUEZ, José Juan, *"La responsabilidad por el daño ambiental en México. El paradigma de la reparación"*. Edit. UNAM, México 2002, pág. 195.

En Estados Unidos la *class actions* tiene fundamento en la *Federal Rules of Civil Procedure*³⁴², que señala en su artículo 23 los siguientes requisitos:

1. Los miembros de la clase deben ser tan numerosos que hagan imposible un litisconsorcio;
2. Debe haber cuestiones debatidas comunes a la clase;
3. Los representantes de la clase deben tener cualidades necesarias para defender los intereses de clase;
4. Debe mediar una o varias razones de conveniencia para el tratamiento conjunto de las acciones, sean de sujetos miembros de la clase determinados o indeterminados.

En España, las primeras acciones colectivas de consumo surgieron en 1998, con el objetivo de apoyar a las asociaciones de consumidores, favoreciendo su acceso a la justicia, desincentivar los cobros indebidos de pequeña cuantía, coherencia y unidad en las resoluciones, restituir al consumidor los derechos que le garantizan las normas de consumo. Lo anterior tuvo como logro la invalidez de contratos abusivos de servicios, la devolución de cantidades ilegítimamente cobradas, imponer multas e indemnizaciones, obligar a la entidad condenada a constituir un fondo de compensación³⁴³.

Colombia. En su marco jurídico de 1999 integró una doctrina que distingue el “interés colectivo” que pertenece a un grupo organizado e “interés difuso” (acciones de grupo) que pertenece a una comunidad indeterminada (acciones populares). La Constitución Política de Colombia tutela los intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza.³⁴⁴

4.3. La legitimación activa de las asociaciones- ONGs

Las asociaciones, en el campo del medio ambiente tienen especial relevancia para su defensa pues representan el interés general y ayudan a suplir muchas deficiencias que afectan al individuo.

Muchas asociaciones que son creadas con el objeto de proteger el medio ambiente es suficiente fundamento para acceder a la justicia y demandar en representación de una determinada colectividad o por el interés general.

³⁴² Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos.

³⁴³ <http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/publicaciones/revista5/3.pdf>.

³⁴⁴ <http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/publicaciones/revista5/3.pdf>.

Cuando se presenta una acción dañosa contra el medio ambiente, es decir cuando afecta una *res nullius*.

Argentina registra por el contrario un balance histórico de iniciación de causas judiciales ambientales en una proporción del orden del 90%, en cabeza de las ONGs, afectados o damnificados directos, en general de la sociedad civil o del sector privado. La reciente creación de la UFIMA³⁴⁵, cuando aún no tiene un año de funcionamiento, arroja como resultado una considerable multiplicación de procesos ambientales, lo que demuestra la utilidad de este tipo de agentes especializados³⁴⁶.

Las asociaciones son consideradas los representantes naturales de los derechos de grupo, no en virtud de sus propias declaraciones en sus estatutos, sino porque existe una correspondencia natural entre el carácter transindividual del derecho que se exige ante el tribunal y la necesidad de un representante transindividual³⁴⁷. Más aún: las asociaciones deben estar autorizadas a iniciar acciones colectivas no porque representen los intereses de sus miembros, sino porque ellas a menudo pueden conservar aquellos derechos de grupo más efectivamente que los propios individuos.³⁴⁸

Frente a todo esto, muchas veces las organizaciones ecologistas tienen una legitimidad subsidiaria para el caso en que el Estado no actúe.

4.4. Legitimidad de los particulares

La legitimidad de los particulares para proteger el medio ambiente resulta del derecho que toda persona tiene derecho al medio ambiente sano y adecuado, es de este derecho que se desprende del derecho al acceso de justicia ambiental.

Se funda la legitimación de los particulares en el interés directo que le asiste dada su cercanía con el predio en cuestión. En orden a la responsabilidad colectiva que genera la contaminación ambiental, cada uno de los miembros de la comunidad afectados posee legitimación para obtener la preservación del medio ambiente.

En este orden de ideas el Principio 10 del Informe final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo realizada en Río

³⁴⁵ UFIMA: Unidad Fiscal para la investigación de los delitos ambientales.

³⁴⁶ <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Documentos%20base/Doc%20Base-%20El%20papel%20del%20Ministerio%20Publico.pdf>

³⁴⁷ ANTÚNEZ, LUÍS, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*, citado, por Gidi, Antonio, *Las Acciones Colectivas y La Tutela de Los Derechos Difusos Colectivos e Individuales En Brasil*, traducido por Lucio Cabrera Acevedo, UNAM, México del 2004. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1337/1.pdf>

³⁴⁸ Koch, Harald, , citado, por Gidi, Antonio

de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 establece que "el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda".

Muchas legislaciones del derecho comparado³⁴⁹, otorgan legitimidad para demandar daños ambientales puros a los particulares pero de qué manera pueden ejercer ese derecho.

Así en los Estados Unidos la Ley de Depuración Atmosférica (Clean Air Act, de 1974) faculta a cualquier ciudadano a demandar a todo agente contaminador, incluso al Estado ante los eventuales daños previstos en la ley. En la actualidad, dos son las maneras a través de las cuales los particulares pueden exigir la protección del medio ambiente: por un lado, acudiendo a la Administración exigiendo que cumpla con la obligación que la ley otorga³⁵⁰, por otro lado acudiendo directamente ante los tribunales.

Pero el problema surge cuando un acto dañoso afecta a una multitud de particulares y que los particulares muchas veces desiste acudir a los tribunales por los costes que implica un proceso generalmente largo y complicado y, además de resultado incierto, si a ello unimos el hecho de que muchas ocasiones la indemnización es de baja cuantía.

Pero, existe el planteamiento que cuando existen muchos perjudicados y todos ejercitan su derecho, piénsese en los miles de procesos que deberían de tramitarse, cuando al menos gran parte de ellos podrían reducirse a uno solo; piénsese además el peligro para la seguridad jurídica dar soluciones diferentes para situaciones similares.

4.5. Legitimidad de la Administración Pública

La Administración Pública sirve a los intereses generales a partir de ello la administración tiene legitimidad para proteger el medio ambiente cuando no hay perjudicado concreto.

“Dado que la mayoría, de ordenamientos imponen a aquella el deber de velar por el medio ambiente, es posible que muchos de los deterioros causados obliguen a la administración a dedicar un número mayor de recursos a la protección del medio ambiente. Si la administración pudiese una compensación por daños ecológicos puros, en cierta forma se estaría resarcido de los gastos que dichos daños les supondrían a la hora de

³⁴⁹ Las siguientes legislaciones otorgan legitimidad a los particulares: Perú; en el artículo 82 del Código Procesal Civil.; Bolivia, con la Ley General del Medio Ambiente o Ley 1333 en su artículo 102; Colombia, en el artículo 69 de la Ley 99; Costa Rica, artículo 50 de su constitución Política.

³⁵⁰ Ver ley orgánica de municipalidades y de gobierno regional.

restaurar el medio ambiente dañado. Al reconocerle legitimación activa para reclamar civilmente por daños al medio como tal, se estaría facilitando que el Estado cumpliera su cometido constitucionalmente impuesto de velar por el medio ambiente...³⁵¹.

En Europa es el Derecho Italiano, con la Ley italiana de 8 de julio de 1986, número 349 otorgando en su artículo 18, facultades al Ministerio del Ambiente para solicitar el resarcimiento al autor del daño.

Así, también Brasil ha determinado que la administración pública tenga legitimidad para demandar indemnización por daños ambientales puros, en lo que en Brasil tienen legitimidad el Ministerio Público de la Unión y de los Estados tendrá legitimación para proponer acción de responsabilidad civil por daños al medio ambiente.³⁵²

En Estados Unidos, la legislación federal ha creado organismos gubernamentales, a las que corresponde reclamar por daños al medio ambiente y reparar el medio por iniciativa propia cuando es preciso. Entran en su ámbito de actuación recursos naturales que no necesariamente son de titularidad pública se trata de *trustees* legales, que incluyen a las tribus por los daños a los recursos naturales de los que son responsables.³⁵³ A menudo, el mismo recurso está gestionado o controlado por distintos Gobiernos y *trustees*, como en el caso de la costa de Alaska. Esto supone el riesgo de un conflicto entre administraciones. La Ley se limita a prohibir que tenga lugar una *doble recuperación* de una indemnización (artículo 107.f.1 CERCLA).

Ahora cabe preguntarnos si esta legitimidad es adecuada para demandar daños ambientales puros. De la revisión de la legislación nacional, internacional, de la doctrina especializada confirman que la administración Pública es la causante muchas veces de daños ambientales por sus actuar omisivo, asimismo estas, actúan de "juez y parte", pues otorgan licencias a los titulares y también convierten en responsables.

4.6. En el caso específico del *Ombudsman*.

Que, es una figura nacida en Suecia (significa "hombre de trámite"), tiene por fin vigilar el funcionamiento de los trámites administrativos en especial, y en forma mediata la defensa del derecho de los ciudadanos. Para otros autores, el Ombudsman obraría como una suerte de fiscal público, que actuaría como

³⁵¹ RUDA GONZALES, Albert. Óp. cit.

³⁵² Art. 14.1 de la Lei, 6.398

³⁵³ WARD/DUFFIELD, Natural, citado por RUDA GONZALES, Albert. óp. Cit. pág. 514.

referencia a los problemas del entorno, del medio ambiente y estaría autorizado para demandar, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, de propia iniciativa o por denuncia de los damnificados, la adopción de medidas para hacer cesar el hecho u omisión de los depredadores del medio ambiente y pedir la aplicación de sanciones a los responsables, accionando no sólo contra los particulares, sino aun contra los organismos estatales que infringieran normas referidas al medio ambiente³⁵⁴. La Defensoría del Pueblo en el Perú, cuenta con varias oficinas de atención a temas y conflictos ambientales dentro el ámbito de sus competencias, pese a que no tienen legitimidad para demandar por daños ambientales.

4.7. La legitimación en el Perú,

Se encuentra regulado en el artículo 82 del Código Procesal Civil, que señala lo siguiente:

Artículo 82º.- Patrocinio de intereses difusos.-

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93º a 95º. En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que

³⁵⁴ <http://translate.google.com.pe/translate?>

publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia deberá ser entregada a las Municipalidades Distritales o Provincial que hubieran intervenido en el Proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.

Del análisis, se puede reconocer que se ha adoptado una legitimación extraordinaria restringida, en la que legitima a la Administración Pública, Ministerio Público, y las asociaciones sin fines de lucro, pero que se supera con la Ley General del ambiente, que señala en su artículo 143 lo siguiente:

“Cualquier persona, natural o jurídica está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con el artículo 3 del Código Procesal Civil”.

Con esta regulación en el país aparentemente, se ha solucionado el tema de la legitimación, sin embargo, existen problemas de delimitación de competencias entre los legitimados.

5. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DAÑO AMBIENTAL PURO

Con la prescripción extintiva se pierde un derecho, para ello basta el transcurso del tiempo. La acción para hacer efectivo un derecho se extingue por la prescripción del mismo derecho³⁵⁵.

Sin embargo, esta institución al trasladarse al derecho ambiental sufre fuertes embates que terminan por modificarla, por las características propias del daño ambiental.

Los daños ocasionados al medio ambiente no siempre son consecuencia de una acción localizada en un único punto temporal sino que muchas veces se trata de

³⁵⁵ Artículo 1989 CC.

consecuencias derivadas de todo un proceso dilatado en el tiempo, presentando así las características de continuidad, permanencia y progresividad.

La característica de continuidad significa que el daño ambiental se origina por una sucesión de actos que, a efectos de la prescripción, no tienen sustantividad propia para iniciar el cómputo del período prescriptivo, lo que implica que son considerados como elementos integrales de un acto complejo cuya realización se prolonga en el tiempo, mientras que la permanencia del daño ambiental consiste en que aun siendo originado por un acto único, plenamente identificable, sus efectos se dilatan a lo largo del tiempo. Finalmente, el daño ambiental puede ser progresivo cuando se produce por una serie de actos sucesivos cuya conjunción provoca un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente producidos por cada acto lesivo, generando lo que podemos denominar daño por sinergia.

En virtud de tales características, la acción para demandar la responsabilidad por el daño ambiental no puede estar sujeta a las mismas reglas de prescripción que la acción civil.

Así pues su tratamiento por la doctrina, la jurisprudencia y su regulación en los ordenamientos legales se hace distinta, sobresaliendo dos grandes sistemas:

5.1. Imprescriptibilidad de las acciones para prevenir y reparar el daño estrictamente ambiental.

La tesis de la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a la prevención, cesación y reparación del daño ambiental acaecido sobre bienes pertenecientes al patrimonio natural del Estado³⁵⁶, o bien declarados de interés público por parte del ordenamiento jurídico, puede ser sustentada en tres distintos argumentos jurídicos, por una parte, el carácter de derecho humano fundamental que posee la protección ambiental a nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, por otra, la naturaleza pública de los bienes ambientales de naturaleza colectiva, y por último, a las similitudes que guarda el daño ambiental de naturaleza colectiva con los delitos de lesa humanidad³⁵⁷.

³⁵⁶ Al respecto la LGA en su art. 5º prescribe:

“Artículo 5º.- Del Patrimonio de la Nación.- *Los recursos naturales constituyen Patrimonio de la Nación. Su protección y conservación pueden ser invocadas como causa de necesidad pública, conforme a ley”.*

³⁵⁷ Peña Chacón, Mario. “Daño ambiental y prescripción”. Revista electrónica Medio ambiente & Derecho. Disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

En cuanto al primer argumento o tesis de imprescriptibilidad, debemos recordar que dentro de los Derechos Humanos de tercera generación se encuentra el derecho a la protección del ambiente³⁵⁸. Así lo determinó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica por medio de la sentencia 4423-93³⁵⁹.

Por tanto, siendo el derecho al ambiente un derecho humano fundamental que obliga, tanto a particulares como al Estado, a prevenir, cesar y a reclamar la reparación de los daños ambientales, posee como característica inherente ser indisponible a raíz de su carácter no patrimonial, y por tanto, ser un derecho irrenunciable e imprescriptible³⁶⁰.

De esta forma, según Peña Chacón existe en Costa Rica un deber constitucional³⁶¹ de garantizar, prevenir y restaurar el medio ambiente degradado, el cual por su naturaleza de derecho social es irrenunciable e indisponible, lo que obliga tanto al Estado como a los particulares a ejercer acciones judiciales y/o administrativas tendientes a su prevención, cesación y recomposición, deber que a todas luces jamás podría ser consentido válidamente por sus víctimas, ni estar sujeto a plazos de prescripción, pues siempre y en todo momento éstos tienen la facultad de accionar en su defensa, lo que nos lleva necesariamente a deducir necesariamente la imprescriptibilidad de dichas acciones.

Existe un segundo argumento a favor de la tesis aquí expuesta respecto a la imprescriptibilidad de las acciones judiciales y/o administrativas que busquen la prevención, cesación y recomposición del medio ambiente degradado, lo es la naturaleza pública de los bienes ambientales colectivos.

Este tipo de bienes gozan además, de las prerrogativas de ser inembargables, imprescriptibles e inalienables, y su explotación se puede dar, siempre y cuando se garantice a todos los habitantes, el derecho a una calidad de vida dentro de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La imprescriptibilidad de los bienes de dominio público debe verse desde una doble perspectiva. Por una parte, se trata de bienes que no son susceptibles

³⁵⁸ El derecho fundamental a la protección del ambiente tiene su aparición a nivel internacional en el año 1972 a raíz de la promulgación de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano. Se ve desarrollado por la Carta de la Tierra del año 1982, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992 y por la Declaración de Johannesburgo del año 2002.

³⁵⁹ Sentencia 4423-93 de las doce horas del 7 de setiembre de 1993. Citado por Peña Chacón. Op. Cit. Pp.3

³⁶⁰ Se deduce del Voto Constitucional número No. 6898-97 de las 18:06 horas del 22 de octubre de 1997 emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Citado por Peña Chacón. Op. Cit. Pp. 4

³⁶¹ Esta obligación no sólo deviene de la Constitución Política, sino que también de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica, así como de la normativa de rango inferior.

de ser adquiridos por los particulares a raíz del transcurso del tiempo mediante la figura de la prescripción positiva o adquisitiva, de esta forma, ningún particular puede alegar que el transcurrir del tiempo lo faculta a inscribir a su favor bienes que forman parte del dominio público.

Por otro lado, la imprescriptibilidad también debe implicar que ni el Estado ni los particulares que actúan en defensa de un interés de incidencia colectiva, pierden a raíz del paso del tiempo, la obligación constitucional de reclamar, mediante acciones judiciales y/o administrativas, la defensa y tutela de aquellos bienes que forman parte del patrimonio de la Nación, o que se le han encomendado su administración o protección especial mediante la figura del interés público ambiental.

Un tercer aspecto recalcado también por Peña Chacón respecto de la imprescriptibilidad de las acciones tendientes a reclamar el daño ambiental puro o de incidencia colectiva, lo es la equiparación teórica que cierto sector de la doctrina ha realizado entre los daños ambientales de gran escala y magnitud, con respecto a los delitos de lesa humanidad contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos³⁶². De esta forma, algunos interpretan que por tratarse de un derecho humano el derecho a vivir en un ambiente sano, el hecho de contaminar el entorno que nos rodea con consecuencias negativas sobre la salud, la vida y el equilibrio ecológico conllevaría a una situación análoga a la tutelada por los delitos de lesa humanidad, y por tanto, las acciones tendientes a prevenir, cesar y recomponerlo serían imprescriptibles, tal y como lo son las acciones tendientes a perseguir este tipo especial de delitos³⁶³.

A Costa Rica se une el Derecho brasileño y el letón (§ 56 i.f. Ley de protección del medio ambiente), donde la acción de responsabilidad por daños ecológicos es imprescriptible.

³⁶² En especial la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 y entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, la cual en su artículo primero inciso b) dispone: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido..."

³⁶³ "Dado que el derecho a vivir en un ambiente sano, es un derecho humano, al contaminar el ambiente estaríamos ante un delito de lesa humanidad, por las enfermedades y las muertes que acarrea la contaminación, y por lo tanto imprescriptibles. Por ello, la acción de cese del daño como derivación del derecho constitucional de disfrutar de un ambiente sano y equilibrado y de la obligación de preservar la salud y la vida de los seres humanos es imprescriptible, al igual para nosotros, las acciones que se deriven de ellos". Capelluto, Marcelo y Lacovelli, Maria Victoria, Responsabilidad Civil por Daño Ambiental, accesible en la siguientes dirección electrónica: <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=1203>

La recientemente aprobada Constitución de Ecuador sigue un criterio de imprescriptibilidad de las acciones legales que persigan o sancionan daños ambientales, al respecto el artículo 396 dispone:

*Art. 396.- “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas... **Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles**”.* (Las negritas son nuestras).

También nos referiremos a la responsabilidad por contaminación del suelo en la Comunidad de Madrid³⁶⁴. Son igualmente imprescriptibles la responsabilidad medioambiental por daños a la salud en la Federación Rusa y la responsabilidad civil derivada de hechos que constituyan un crimen contra la humanidad conforme al Derecho francés. Según parte de la doctrina, la pretensión de responsabilidad civil medioambiental también sería imprescriptible en España, sobre la base de que afecta a un derecho de la personalidad y por tanto imprescriptible³⁶⁵. En cualquier caso, hay que añadir finalmente como casos de imprescriptibilidad la pretensión de responsabilidad por daños al dominio público forestal (art. 77.1 Ley de Montes)³⁶⁶ o a los espacios naturales protegidos de dominio público (art. 64.6 LEENP).

RUDA GONZALEZ³⁶⁷ también esboza algunos argumentos a favor de la imprescriptibilidad de la responsabilidad por daño ambiental puro. Así tenemos:

- Es el autor del daño ecológico puro, no la colectividad, quien debe soportar las consecuencias del daño. De hecho, algunas legislaciones prevén expresamente que el Estado compense a las víctimas de daños medioambientales cuando la acción contra el autor del daño haya prescrito, como se verá al tratar los fondos de compensación.

³⁶⁴ Art. 59.1 *i.f.* de la Ley 5/2003 de la Asamblea de Madrid, de 20 de marzo, de residuos (BO Comunidad de Madrid núm. 76, de 31.3.2003, p. 4; BOE núm. 128, de 29.5.2003, p. 20646).

³⁶⁵ RUDA GONZALEZ en su p. 483 cita a los siguientes: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 121 y 276; *id.*, «La responsabilidad civil por daños ambientales según la jurisprudencia civil», en AREA DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, J.M.Bosch, 1992, p. 218; María CÁRCABA FERNÁNDEZ, «Defensa civil del medio ambiente», *RDUyMA* 1999, núm. 171, p. 182, entre otros.

³⁶⁶ La ley valida el criterio de la jurisprudencia. Consúltase José ESTEVE PARDO, *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes*, Madrid, Civitas, 1995, p. 302.

³⁶⁷ RUDA GONZALEZ, Albert. Óp. Cit. p. 483-484.

- La imprescriptibilidad resulta preferible a la inseguridad derivada de dejar al órgano judicial que decidiese a su arbitrio alargar los plazos por un plazo «razonable» o fijo. La imprescriptibilidad también evitaría que transcurriese el plazo antes de que pudiese conocerse con suficiente exactitud el nexo causal o que las víctimas tuviesen que reclamar prematuramente cuando el alcance del daño todavía sea incierto. Hay que tener presente que, debido a la complejidad de los fenómenos naturales, puede ser incierto durante un largo período de tiempo si se ha producido un daño ecológico puro o no.
- Finalmente, la imprescriptibilidad sería más coherente con el hecho de que en algunos países los Tribunales han tenido que ingeniar vías para circunvenir la excepción de prescripción y poder así proteger a la víctima de daños medioambientales.

5.2. Prescripción del daño ambiental.

También existen ordenamientos legales que optan por establecer plazos de prescripción para los daños propiamente ambientales, así tenemos:

La Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile³⁶⁸, la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contados desde la manifestación evidente del daño.

En Panamá, la Ley General de Ambiente³⁶⁹ establece en su artículo 119 que "Las acciones ambientales civiles prescriben a los diez años de la realización o conocimiento del daño".

En México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente³⁷⁰ señala en su artículo 203 "...El término para demandar la responsabilidad ambiental será de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente". En contraste,

³⁶⁸ El 9 de marzo de 1994 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), que el Congreso chileno había aprobado en enero de ese año. Este cuerpo normativo llena, por lo tanto, un vacío muy importante en el ordenamiento jurídico de ese país, el que comienza, de esta manera, a estructurar un sistema normativo ambiental. Así, la ley regula una serie de intereses conflictivos, partiendo de la premisa de que ninguna actividad, por legítima que sea, puede desenvolverse a costa del medio ambiente. Puede verse en: <http://www.conama.cl/portal/1301/article-35081.html>

³⁶⁹ Ley No. 41 de 1 de julio de 1998. Por la cual se dicta la Ley General de Ambiente de la República de Panamá y se crea la Autoridad Nacional del Ambiente. Disponible en: <http://www.lawyers-abogados.net/es/recursos/Ley-41-1998-Ley-General-Ambiente.htm>

³⁷⁰ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988. Última reforma publicada DOF 06-04-2010. Sitio Web: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf>

la Ley General de Vida Silvestre³⁷¹ establece que la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre prescribirá a los cinco años a partir del momento en que se conozca el daño (art. 107).

La Directiva Comunitaria Europea sobre Responsabilidad Ambiental (2004/35/CE) en relación con la Prevención y Reparación de los Daños establece dos distintos plazos de prescripción. Por una parte, dispone un plazo de cinco años dentro del cual la autoridad competente se encuentra facultada de incoar procedimientos de recuperación de los costes en que ésta incurrió contra el operador o bien un tercero que haya causado los daños o la amenaza inminente de daños. Este plazo empieza a correr a partir de la última de las fechas siguientes: la fecha en que se haya llevado a término la aplicación de las medidas o la fecha en que se haya identificado al operador o al tercero responsable. Tal y como lo afirma el jurista español Jesús Jordano Fraga “este funciona como plazo de prescripción y es criticable porque desconoce que los bienes ambientales son bienes de dominio público y que en tanto tales son imprescriptibles, habiendo anudado a ello en ocasiones la jurisprudencia, la imprescriptibilidad de la acción”³⁷².

Además, la Directiva de rito no es de aplicación si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo. Esta limitación parece fundarse en la seguridad jurídica, pero puede ser peligrosa como cláusula de inmunidad en daños diferidos sobre todo en actividades nuevas³⁷³.

Por su parte, España incorporó dentro de su ordenamiento jurídico la anterior Directiva mediante la promulgación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental³⁷⁴ en cuyo artículo 4 dispuso respecto al ámbito temporal de responsabilidad medioambiental:

Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.

³⁷¹ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 2000. Última reforma publicada DOF 02-07-2010. Puede verse en: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146.pdf>

³⁷² Jordano Fraga, Jesús, La responsabilidad por daños en el derecho de la Unión Europea: análisis de la directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad Medioambiental, en Medio Ambiente y Derecho, revista electrónica de Derecho Ambiental, número 12-13 diciembre 2005, Puede verse en: <http://www.cica.es/aliens/gimadus>

³⁷³ Ídem.

³⁷⁴ Publicada en el BOE número 255 del 24 de octubre de 2007.

Como puede observarse, el legislador español a sabiendas que la Directiva transpuesta es de mínimos³⁷⁵, fue más allá respecto al tema de la prescripción, estableciendo como punto de inicio del plazo prescriptivo el día en que la emisión, suceso o incidente haya terminado por completo de producirse, o bien, desde que se haya producido por última vez.

6. LA VALORACION DEL DAÑO AMBIENTAL PURO

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 daño³⁷⁶, pero "el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales, es el de su expresión en términos de economía monetaria".³⁷⁷ Así, cuando los daños al medio ambiente se 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,³⁷⁸ pero cuando se trata de lo que hemos denominado daño ecológico puro, resulta muy difícil establecer cuál es el valor del medio ambiente dañado.³⁷⁹

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.³⁸⁰ Aunque en principio es válido sostener que:

³⁷⁵ El artículo 130 inciso t) del Acta Única Europea prescribe que las medidas de protección adoptadas conjuntamente no serán obstáculo para que cada Estado pueda adoptar y mantener medidas de mayor protección, siempre que sean compatibles con el propio Tratado.

³⁷⁶ 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 *et al.* La responsabilidad por daño ambiental. Buenos Aires, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, s/a. pp. 29.

³⁷⁷ 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.

³⁷⁸ En estos casos se ha dicho que "El valor de la indemnización debe ser igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimente con motivo de la no ejecución total o parcial, o la demora en la ejecución; y que ésta pérdida o perjuicio consiste en dos hechos diferentes que la indemnización debe comprender: una disminución real del patrimonio del acreedor, a que se ha dado el nombre de daño emergente; y la privación de una ganancia o utilidad que el acreedor tenía derecho de alcanzar en virtud de su crédito, llamado por eso lucro cesante. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Volumen V, T. XI. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1979. pp. 724 y 725.

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ "Un ejemplo: Actualmente se conocen un total aproximado de 6.000.000 de sustancias químicas, de las que unas 600.000 son utilizadas cotidianamente; pues bien de tan sólo 8.000 de ellas se conocen con más o menos certeza sus efectos (en el humo de un cigarrillo hay 5.000 agentes químicos). Piensen en la intoxicación que, posiblemente, se produjo por las anilinas adicionadas al conocido como *aceite tóxico*.

"La pérdida suele calcularse en función de la depreciación económica del bien agregado o del coste 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",³⁸¹ o la extinción de un bosque cuyas consecuencias pueden ser graves en función del incremento del efecto invernadero.³⁸²

Por otra parte, los daños ambientales son, en ciertos casos, de gran magnitud³⁸³ lo que vuelve muy complicada para los jueces la labor de examinarlos y evaluarlos plenamente tanto para efectos procesales como para efectos de dictar sentencia condenatoria, y cuando la valuación del daño ambiental es posible, el monto a indemnizar suele ser muy elevado.³⁸⁴ 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.³⁸⁵ 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 1976.³⁸⁶

En suma, la valoración del daño ambiental es muy compleja y puede decirse que hasta ahora en ningún sistema jurídico se ha establecido un método de evaluación económica capaz de hacer frente a la complejidad del daño ambiental.

Si bien corresponde a las ciencias económicas determinar los mecanismos idóneos para la valoración del daño, a la ciencia jurídica toca establecer la forma normativa que tales estrategias deben asumir dentro del orden legal.

Hoy, tras el trabajo de distintas comisiones internacionales de científicos, no se conoce aún el concreto proceso de la enfermedad ni, con certeza, su agente desencadenante". REAL FERRER, Gabriel. *Cobertura de riesgos ambientales*. En:

<http://www.ua.es/dda/cobertura.htm>.<http://www.ua.es/dda/cobertura.htm> p. 6.

³⁸¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al Medio Ambiente. Navarra, Aranzadi, 1996. P. 262.

³⁸² 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.

³⁸³ 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.* Óp. Cit. Tomo II. P. 62.

³⁸⁴ 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: Rivista giuridica dell' Ambiente. Núm. 2 anno VII. P. 245.

³⁸⁵ CHURCH, Thomas y NAKAMURA, Robert. Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund. Washington, The Brookings Institution, 1993.P. 3.

³⁸⁶ Seveso-Twenty Years After. en: <http://www.roche.com/about/esevese.htm>

Así, el derecho comparado y la doctrina *ius ambiental* muestran varias alternativas a este paradigma, a saber: que el valor de la indemnización sea igual al costo de la restauración; que el legislador establezca un parámetro indemnizatorio; que se negocie su monto; o, que el juez o la administración determinen su cuantía.³⁸⁷

Desde hace algún tiempo, se han elaborado varios métodos de valoración del daño ambiental por parte de algunos de los pocos autores que han abordado el tema. Los métodos generalmente más usados³⁸⁸ son los siguientes:

a) Método del precio de mercado: El valor se estima a partir del precio que ofrecen los mercados comerciales. La manera más usual de valorar o cuantificar el daño ambiental es aplicar el método del precio de mercado, método que tiene sus problemas añadidos pues no siempre el valor de mercado es el valor real de un bien ambiental. Obviamente, sólo puede aplicarse cuando el bien sea “de mercado”. No sirve para nada si se quieren valorar recursos colectivos o globales³⁸⁹ –como la ozonosfera– que se encuentran fuera del mismo, aunque tal vez sea de más ayuda en el caso de peces y otros recursos susceptibles de ocupación.

b) Método de reemplazo o sustitución: El valor se infiere de la permuta de la contaminación por el valor de su restitución. Así se puede estimar el coste de la separación del contaminante de un embalse de agua a partir del coste de la construcción y el funcionamiento de una depuradora de agua. Este método refleja el coste de los gastos que serían necesarios si el servicio proporcionado por el recurso natural no existiese –El daño causado a un árbol podría valorarse mediante el cálculo de lo que costaría un mecanismo técnico que renovase igual el aire, produjese el mismo material orgánico –fundamento del humus y esencial para la vida de nuevas plantas– y regulase la presencia de agua en el suelo de igual modo³⁹⁰.

c) Método de la estimación del precio hedónico: Se utiliza cuando los valores de los bienes ambientales afectan en el precio de los bienes que se comercializan en torno a ellos. Por ello se llama a este método en ocasiones como de precios por componentes. Se parte de la idea de que los bienes de mercado tienen diversos atributos que les permiten ser útiles y satisfacen

³⁸⁷ Véase: GOMIS CATALÁ. Óp. Cit. Pp. 265-274, 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. Pp. 20-25 y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al medio ambiente. Pamplona, Aranzadi, 1996. Pp.262-274.

³⁸⁸ CASTAÑON DEL VALLE, Manuel. “Valoración del daño ambiental”. PNUMA. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de México, diciembre de 2006. p. 57-58. Disponible en: http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Valoracion_Dano_Ambiental.pdf

³⁸⁹ RUDA GONZALEZ, Albert... Óp. Cit. p. 508.

³⁹⁰ Idem. Pp. 516.

varias necesidades a un tiempo Por poner un ejemplo, una casa con vistas panorámicas a paisajes tendrá más valor que otra que no las tenga.

d) Método del costo de viaje: Es un método que atiende al valor del bien ambiental a partir de la suma de dinero que desembolsan las personas para llegar a tal localidad. Se aplica a bienes ambientales como parques u otras áreas que permiten su uso directo. Define zonas concéntricas alrededor de cada parque, de manera que el coste del desplazamiento de cada lugar de una misma zona hasta el parque sea más o menos constante. Entonces clasifica a los visitantes anuales del parque, o una muestra representativa de los mismos, según su origen. Que lo visiten indica que los servicios del parque valen, por lo menos, el coste del viaje, cuantificable con cierta precisión. El coste del viaje viene a ser una especie de cuota de entrada que los visitantes están dispuestos a pagar. La relación entre el número de personas que visitan un lugar y los costes de viaje que tienen que desembolsar permite extraer una estimación de cuánto más estarían dispuestos a pagar los visitantes sobre su coste de viaje para conseguir acceder al lugar en cuestión³⁹¹.

e) Método de la transferencia de beneficios: El valor económico del bien se calcula transfiriendo las estimaciones de valores existentes realizadas en estudios ya completados en otras localidades, es decir, consiste en aplicar a un caso concreto las valoraciones derivadas de estudios realizados conforme a los métodos del coste del desplazamiento, los precios hedónicos, o las encuestas de la valoración contingente, en un caso similar. Por ejemplo, se podría utilizar el valor por día de practicar la pesca recreativa en un determinado lago, obtenido mediante el método del coste del desplazamiento, para valorar un incremento en la misma actividad en otro lago distinto³⁹².

f) Método de valoración contingente: Consistente en la realización de encuestas a la población en las que se les pregunta cuánto están dispuestas a pagar por un bien o servicio ambiental. Se basa en que los recursos medioambientales tienen valor económico en la medida en que la gente esté dispuesta a sacrificar otros bienes para adquirirlos o prevenir su destrucción. Si, por ejemplo, una persona está dispuesta a pagar 10 € para disfrutar de un día de pesca, está dispuesta a sacrificar 10 € –o lo que pueda comprar con ellos– para «comprar» un día de pesca.

g) Método de la productividad: Se estima el valor económico de productos o servicios ambientales que contribuyen a la obtención de bienes

³⁹¹ Ídem p. 509.

³⁹² Ídem p. 514.

comercializables. Consiste en considerar su valor como factores de producción de otros bienes, objeto de transacción en el mercado.

h) Método de la equidad: Ante las dificultades inherentes a la valoración del daño, una posibilidad consiste en permitir que el Juez lo valore conforme a criterios de justicia o equidad³⁹³.

i) Método del coste de la restauración: Establece el valor de un ecosistema según el coste que tiene restaurarlo al estado en que se encontraba antes de sufrir el daño.

Pero con independencia de las distintas opiniones doctrinales vistas que apuntan cómo valorar un determinado bien o servicio ambiental, tenemos que tener en cuenta que el problema de la valoración del daño ambiental no es determinar cómo hacerlo en la teoría, sino implementar parámetros (valoración abstracta)³⁹⁴ aplicables para que esa teoría sea efectiva y pueda ser aplicada en la práctica³⁹⁵.

Así, la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía³⁹⁶ ha realizado un interesante estudio denominado “Valoración Económica Integral de los Ecosistemas Forestales de Andalucía”. Establece el estudio que es una contradicción que la importancia de los bosques hoy en día, esté fundamentada principalmente en sus servicios ambientales o externalidades, y que éstos carezcan de valoración, precio cierto y mercado.

Por eso, la Consejería de Medio Ambiente ha llevado a cabo una valoración integral de los bienes y servicios que los montes andaluces proporcionan, estudio complejo del que se desprende la preeminente importancia que tienen los servicios ambientales y recreativos de los terrenos forestales para garantizar la calidad de vida de la sociedad del siglo XXI. Es decir, los montes son considerados por gran parte de la sociedad como guardianes de la biodiversidad, elementos imprescindibles del paisaje, lugares de recreo, ocio y esparcimiento y reguladores del cambio climático.

Conociendo el valor real de los montes, nos acercamos más al establecimiento de una economía ecológica, social y de mercado que posibilite la puesta en marcha de los mecanismos compensatorios necesarios que hagan realidad la Gestión Forestal Sostenible³⁹⁷.

³⁹³ Arts. 566.3 CC portugués, 42.2 OR y 1226 *Codice civile*; art. 12 COE

³⁹⁴ La valoración abstracta consiste en que el legislador y/o los tribunales, establezcan modelos, escalas, fórmulas o criterios abstractos de valoración. El daño se cuantifica en abstracto, al margen de la realidad. Se trata de una facilitación probatoria.

³⁹⁵ CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. op. Cit. p.74

³⁹⁶ www.juntadeandalucia.es/medioambiente/montes_publicos/val_forestal_and/val_forestal_and.html

³⁹⁷ CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. op. Cit. p.74-75

El Decreto 4/1986, de 22 de enero, por el que se amplía la lista de especies protegidas y se dictan normas para su protección en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (España)³⁹⁸, determina una valoración económica a determinadas especies de mamíferos, aves, reptiles y anfibios.

El esquema de valoración es el siguiente:

ESPECIES PROTEGIDAS ESPECIE/UNIDAD	VALORACIÓN CON INDEPENDENCIA DE SEXO Y EDAD
MAMÍFEROS:	
Foca Monje	9,015.18 Euros.
Otros mamíferos marinos	3,005.10 Euros.
Lince	6,010.12 Euros.
Lobo y nutria	3,005.10 Euros.
Gato montés y meloncillos	1,202.00 Euros.
Garduña y tejón	601.00 Euros.
Gineta, turón y comadreja	300.50 Euros.
Otros mamíferos protegidos	150.25 Euros.

AVES:	
Quebrantahuesos	6,010.12 Euros.

³⁹⁸ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) nº 9 de 1 de febrero de 1986. Corrección de errores BOJA nº 27 de 1 de abril de 1986.

Águila imperial, buitre negro y águila pescadora	3,005.10 Euros.
Águila real, búho real, halcón de Eleonor y alimoche	1,803.03 Euros.
Buitre leonado, águila culebrera, águila perdicera, elanio azul y halcón común	1,502.53 Euros.
Avutarda	1,803.03 Euros.
Gavilán, azor, alcotán, esmerejón y águila calzada	901.52 Euros.
Otras aves rapaces	601.00 Euros.
Cigüeña negra, malvasía, morito y focha cornuda	3,005.10 Euros.
Espátula	901.52 Euros.
Martinete, flamenco, cigüeña común y calamón	901.52 Euros.
Aves insectívoras	60.10 Euros.
Otras aves protegidas	300.50 Euros.
Los huevos de las aves tendrán la misma valoración que, por unidad, se asigna a la especie productora.	

REPTILES Y ANFIBIOS:	
-----------------------------	--

Tortugas marinas	3,005.10 Euros.
Otros reptiles protegidos y todos los anfibios protegidos	60.10 Euros.

Fuente: PNUMA³⁹⁹

La Directiva 35/2004/CE en su anexo II (Determinación de medidas reparadoras complementarias y compensatorias 1.2.3.) establece:

“Si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas. La autoridad competente podrá prescribir el método, por ejemplo la valoración monetaria, para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias necesarias. Si es posible valorar los recursos y/o servicios perdidos pero no es posible valorar los recursos naturales y/o servicios de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá optar por medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al valor monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios perdidos...”

La Ley española 26/2007 reproduce exactamente lo prescrito por el citado anexo de la Directiva.

Sobre el particular, la legislación ambiental latinoamericana establece sólo disposiciones dispersas, como se verá a continuación, pero en ningún caso se puede decir que en alguno de los países de la región se ha dado una solución adecuada al cálculo de la indemnización monetaria.

El Decreto N° 233, que recoge la Ley General de Medio Ambiente de El Salvador⁴⁰⁰, reconoce que el Gobierno es responsable de introducir medidas que den una valoración económica adecuada al medio ambiente acorde con el valor real de los recursos naturales, asignando los derechos de explotación de los mismos de forma tal que el ciudadano al adquirirlos, los use con responsabilidad y de forma sostenible. Además establece que la Administración, en consulta con las instituciones pertinentes y los sectores organizados, elaborará y aplicará un conjunto de mecanismos de mercado, que faciliten y promuevan la reforestación, tomando en cuenta la valoración económica del bosque, en la que se incorporen entre otros, los valores de uso no maderables, el de los servicios ambientales que presta como protector de los recursos hídricos, el suelo, la diversidad biológica, de la energía, la

³⁹⁹ CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. óp. Cit. p. 78

⁴⁰⁰ Diario Oficial de la República de El Salvador, América Central, Tomo 339, n° 79, San Salvador, lunes 4 de mayo de 1998.

fijación de carbono de la atmósfera, la producción de oxígeno y sus efectos como regulador del clima. También establece el Decreto que siempre que se imponga una sanción administrativa se ordenará al infractor la restauración, restitución o reparación del daño causado al ambiente, concediéndole un plazo prudencial para hacerlo. Caso de incumplimiento se procederá a determinar por peritos nombrados por el Ministerio el valor de la inversión que debe ser destinada a tales objetivos. La certificación del valúo y de la resolución que ordena la restauración, restitución o reparación del daño tendrá fuerza ejecutiva contra el infractor.

La Ley General del Ambiente de Panamá⁴⁰¹, determina como principio de la política nacional del ambiente incluir, dentro de las condiciones de otorgamiento a particulares de derechos sobre recursos naturales, la obligación de compensar ecológicamente por los recursos naturales utilizados, y fijar, para estos fines, el valor económico de dichos recursos, que incorpore su costo social y de conservación. Asimismo establece que es obligación del Estado valorar, en términos económicos, sociales y ecológicos, el patrimonio ambiental y natural de la Nación, y establecer, como cómputo complementario de la Cuenta Nacional, el valor de dicho patrimonio. En todo proyecto, sigue diciendo la Ley, que implique el uso, total o parcial, de recursos del Estado o que amerite un estudio de impacto ambiental, es obligatorio valorar el costo-beneficio de la actividad o proyecto relativo al ambiente.

La Ley de Bases Generales del ambiente de Chile en su artículo 3° indica:

“Sin perjuicio de las sanciones que señala la ley, todo el que culposamente o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”⁴⁰²

La Ley General de Ambiente de Perú N° 28611 de 2005, reconoce que el Estado debe incluir en las cuentas nacionales el valor del Patrimonio Natural de la Nación y la degradación de la calidad del ambiente, informando periódicamente a través de la Autoridad Ambiental Nacional acerca de los incrementos y decrementos que lo afecten. Asimismo, esta Ley establece, entre otras cosas, que se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la Ley.

⁴⁰¹ Vid. <http://www.anam.gob.pa/pdf/leygralambiental.pdf>

⁴⁰² GONZALEZ MARQUEZ, José Juan. “La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina”. PNUMA. Primera Edición. Diciembre 2003. México. pp. 78-79

No obstante, ninguna de estas normas dictan procedimientos de valoración o a los menos criterios comunes que sirvan para llevar a la práctica lo exigido en su articulado.

7. INDEMNIZACIÓN Y REPARACIÓN DE LA DEFORESTACIÓN COMO DAÑO AMBIENTAL PURO.

Dentro nuestra investigación la reparación o indemnización del daño ambiental puro, si bien es cierto que el medio ambiente se autoregenere por sí solo, eso no es óbice para hacer frente a las consecuencias del mismo. Que el ambiente tenga capacidad para recuperarse no debe ser excusa para que el responsable internalice las externalidades.

7.1. Formas de reparación

La reparación en especie, o *in natura* es la forma ideal de reparación dentro el derecho ambiental forma es por ello, que la mayoría de las legislaciones⁴⁰³ han preferido incluirlas en sus de regímenes de responsabilidad y también porque la valoración de los daños ambientales es bastante compleja. Por otro, la compensación o indemnización pecuniaria es otra modalidad prevista por la responsabilidad civil en general pero esta funciona cuando se valora todo el daño.

A. Reparación *in natura*

La reparación en especie, específica o *in natura* es la modalidad de reparación preferida por la mayoría de regímenes de responsabilidad ambiental. En algunos es incluso la única posible, debido a las dificultades de valorar el daño.

La reparación en especie que consiste en reponer las cosas al estado anterior, es decir que el medio ambiente vuelva a su mismo estado original o el estado que en hipótesis existiría si aquél no se hubiese producido.

La reparación *in natura*, consiste en la restitución del bien dañado al estado que se encontraba antes de sufrir una agresión⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Su preferencia, mientras dicha forma de reparación sea posible, resulta de diversas normas, ya se trate de las generales sobre responsabilidad civil (§ 1323 *ABGB* y 249 I *BGB*, art. 2058 *Codice civile*), o de las específicas relativas al medio ambiente (arts. 48 *LBA* y 18 *Legge* 349/1986; Anexo II § 1 Directiva) o a un determinado tipo de contaminación (art. 4.6 *Wmm* sobre contaminación marina).

⁴⁰⁴ GOMIS CATALÁ, Lucia, citado por Gonzales Márquez, José Juan, Óp. Cit. Pág. 209.

La reparación *in natura* implica, garantizar que la actividad que causa el daño ambiental debe cesar y por otro lado el inicio de las tareas tendientes a la reconstrucción del bien dañado.

Así se estableció en el régimen de responsabilidad por daños a los recursos naturales en los EUA (sección 311 de la Ley de agua Limpia o *Clean Water Act*⁴⁰⁵; asimismo, La Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental ⁴⁰⁶ (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act, CERCLA por sus siglas en inglés, sección 307).

A nivel de la Comunidad Europea, existe la Directiva 35/2004, que señala en su (Anexo III, sección 1 II), la reparación *in natura*.

En España se aprobó, la Ley de Responsabilidad Medioambiental 26/2007, en esta regula en el anexo II, sección 1 II, este tipo de reparación.

El principio «quien contamina paga» no significa que deba pagarse siempre una indemnización pecuniaria, sino que el responsable internalice los costes de la reparación, que puede ser en especie.

En la practica la reparación *in natura*, es muchas veces muy difícil, pues lo que la naturaleza ha tardado en siglos en crear, *verbi gratia*, un árbol milenario no puede reproducirse en un periodo breve de tiempo. Tampoco cabe recapturar el aire contaminado para depurarlo, ni devolver los residuos mineros a las profundidades de la tierra. Por el momento tampoco parece posible reproducir artificialmente cualquier especie extinguida.⁴⁰⁷

No se trata así de regresar al estado pasado del bien, sino de un verdadero regreso a un futuro hipotético. No se puede hacer como si nada hubiese pasado. Por ejemplo, si el daño consiste en la destrucción de unas plantas, no es suficiente con sustituirlas con otras que tengan el grado de desarrollo que tenían las destruidas en el momento de la

⁴⁰⁵ La Ley de Agua Limpia (CWA) es la piedra angular de la protección de la calidad del agua superficial en los Estados Unidos. (La Ley no trata directamente con el agua subterránea, ni con cuestiones de cantidad de agua.) El estatuto emplea una variedad de instrumentos reguladores y no reguladora como reducir drásticamente directo las descargas de contaminantes en cursos de agua, las finanzas municipales las instalaciones de tratamiento de aguas residuales y gestión de escorrentía contaminada.

⁴⁰⁶ Conocido comúnmente como *Superfund*, fue decretado por Congreso el 11 de diciembre de 1980. Esta ley creó un impuesto sobre las industrias petroleras de productos químicos y proveyó amplia autoridad federal para responder directamente a los escapes o a las amenazas de escape de sustancias peligrosas que podrían poner en peligro la salud pública o el ambiente. En un periodo de 5 años \$1.6 mil millones fueron recogidos. Los impuestos fueron al fondo de fideicomiso para limpiar, mejorar y restaurar los sitios abandonados o sitios que tenían desperdicios peligrosos fuera de control.

⁴⁰⁷ RUDA GONZALEZ, óp. Cit. pág. 465

destrucción, sino que deben tener aquel grado de desarrollo que hubiesen alcanzado ya, de no ser por el daño⁴⁰⁸.

A decir, de GONZALES MARQUEZ⁴⁰⁹, la reparación in natura del daño se logrará, si el medio ambiente dañado es recompuesto de tal forma que los elementos afectados, recobren la capacidad de seguir cumpliendo la función que realizaban previamente, independientemente de que existan o no normas jurídicas que establezcan un parámetro de reparación.

Aunque a reparación *in natura* es irrealizable, estrictamente hablando. Por lo que se debe dar paso a una recuperación o rehabilitación del ecosistema dañado mediante un sustituto aproximado.

La reparación in natura, es muchas veces imposible, por lo que se suele dar con mucha mayor frecuencia la reparación en dinero. Sin embargo, esta opción es subsidiaria, a la que solo se puede recurrir a ella cuando la reparación in natura no es posible.

B. Reparación por compensación o indemnización pecuniaria

A diferencia de la reparación in natura, la reparación por indemnización no trata de hacer que el daño desaparezca del mundo, sino más bien de compensar la pérdida experimentada por la víctima, expresada en términos patrimoniales, mediante una indemnización⁴¹⁰.

Cuando es imposible la restitución del ambiente al estado que guardaba antes de que se produjera el daño ambiental, se debe adoptar la solución de la responsabilidad civil clásica, esto es determinar el valor de la indemnización correspondiente. Sin embargo, la indemnización del daño ambiental como medio de reparación ofrece también varios problemas, entre ellos la determinación del monto indemnizar y la forma de traducir la indemnización en un beneficio para el medio ambiente⁴¹¹.

En el sistema de reparación por daño ambiental puro es la reparación in natura, lo primordial, sin embargo, muchas veces es la ideal para reparar adecuadamente el medio ambiente, por lo que, la reparación dineraria puede ayudar a recomponer el daño.

⁴⁰⁸ RUDA GONZALEZ... óp. Cit. pág. 541

⁴⁰⁹ GONZALES MÁRQUEZ, José Juan, Óp. Cit. Pág. 217.

⁴¹⁰ RUDA GONZALEZ... Óp., Cit. 475.

⁴¹¹ Gonzales Márquez, José Juan, Óp. Cit. Pág. 218

C. *Compensación ecológica*

La reparación, puede llevarse a cabo mediante un recurso diferente o en un lugar distinto. Este modo de reparación equivale a una especie de permuta en la que el bien dañado se sustituye por otro equivalente desde el punto de vista ecológico, a modo de intercambio o permuta –en sentido amplio– de recursos naturales⁴¹².

Se trata de permitir que, por ejemplo, en caso de destrucción de una especie en una determinada región, se pueda introducir otra de características similares, que pueda asumir en la medida de lo posible todas las funciones que venía cumpliendo la anterior, o bien que en caso de destrucción de un biotopo pueda crearse otro lo más equivalente posible en un lugar distinto⁴¹³. Que se compense el daño al medio ambiente con «más» medio ambiente. Se evita así la valoración económica conforme a los criterios estudiados arriba, todos los cuales tienen inconvenientes.

7.2. El destino de la indemnización

La indemnización corresponde atribuir a una autoridad pública, que será la encargada de reparar el daño tal como sucede en Brasil, Italia y los EUA.

En cuanto a los EUA, la legislación federal prevé que los fondos recuperados por un fiduciario o *trustee* sólo pueden destinarse a pagar los costes que se hayan generado en relación con los recursos naturales dañados . Ello es coherente con la idea del *public trust*, ya que –en tanto que mera guardiana de los recursos naturales– la Administración carece de libertad para disponer de dichos fondos.⁴¹⁴

Ley italiana obliga a que las sumas pagadas al Estado en concepto de indemnización.

En Brasil Los recursos del fondo se dedicarán prioritariamente a reconstituir los bienes lesionados así se encuentra regulado en la Ley de La Acción Civil Pública, Ley 7347/85, que regula en su artículo 13 lo siguiente:

“Si hay convicción en efectivo, a una indemnización por daños se acumularán a un fondo gestionado por un Consejo Federal o los Consejos de Estado que participan necesariamente los fiscales y los representantes de la comunidad y sus recursos para la restauración de los bienes dañados. (...) por daños

⁴¹² RUDA GONZALEZ... Óp. Cit. pág. 562

⁴¹³ FRIEHE, «Der Ersatz...» citado por Ruda Gonzales, óp. Cit. 563.

⁴¹⁴ RUDA GONZALEZ... Óp. Cit. pág. 570

medioambientales se destinen a un fondo específico (el llamado *fondo di rotazione*, art. 9 bis)⁴¹⁵.

En el Perú, el Código Procesal Civil en su artículo 82 respecto a la indemnización lo siguiente:

La indemnización que se establezca en la sentencia deberá ser entregada a las Municipalidades Distritales o Provincial que hubieran intervenido en el Proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.

7.3. La reparación de la deforestación como daño ambiental puro.

La reparación de la deforestación debe comprender la reparación in natura es decir reconstruir la área afectada mediante la reforestación, hacer todo lo posible para que los bosques afectados recuperen su funcionalidad de la manera idéntica al bosque destruido. Es cierto también que a veces, la reparación in natura, de la deforestación no es suficiente para recomponer en su totalidad el bosque dañado, por ello de manera subsidiaria se debe adoptar la reparación vía indemnización monetaria mediante una valoración económica de la pérdida de bosques.

⁴¹⁵ Art. 114.1 de la Legge 23 dicembre 2000, n. 388, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)* (G.U. n. 302 del 29.12.2000 - Supplemento Ordinario n. 219), <www.parlamento.it/parlam/leggi/00388102.htm#legge> (fc: 7.9.2005).

TITULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

I. RESULTADOS DEL CAPITULO I

1. El medio ambiente es considerado en la mayoría doctrinaria como un conjunto unitario, distinto de los elementos que lo conforman. No obstante, esa claridad en la doctrina aún no se ha trasladado a la ley, puesto que son muy pocos los ordenamientos jurídicos que dotan al ambiente del carácter de bien jurídico, es decir, muy pocas legislaciones le otorgan tutela jurídica por sí mismo.
2. Las actividades humanas han llegado a transformar seriamente al medio ambiente, hasta llegar al grado de representar una seria amenaza para el mantenimiento de la vida en la Tierra a largo plazo.
3. Nuestro país desde la Constitución de 1979 ha experimentado una gran evolución en cuanto a la protección del medio ambiente; sin embargo, las leyes peruanas no han tenido vigencia real, es decir, han sido ineficientes.
4. El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.
5. El ser humano resulta ser el titular del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado. Sin embargo, este derecho tiene doble carácter: individual y difuso a la vez.

II. RESULTADOS CAPÍTULO II

1. En la doctrina, algunas legislaciones y acuerdos internacionales, se determina la definición de bosques de acuerdo a la superficie, copas de los árboles y tamaño. Pero esta definición aún resulta restringida, puesto que no se considera a estos como seres vivos merecedores de protección jurídica, con respeto a su existencia o restauración; así también no incluye la función que estos cumplen. Además, las definiciones son en el marco de bosques para mecanismos de desarrollo limpio, mas no como seres vivos con derechos específicos.

2. Los bosques brindan múltiples bienes y servicios ambientales, para la humanidad, y para el medio ambiente, pero la protección o aprovechamiento legal de estos es escasa. Sólo algunos países lo regulan, como Costa Rica y Paraguay. Asimismo existe el aprovechamiento de los servicios ambientales de los bosques dentro del mercado de carbono voluntario y bajo el Protocolo de Kioto que no tienen un desarrollo legislativo nacional.
3. La deforestación definida como daño ambiental puro, no se encuentra regulado en nuestra legislación nacional, aun más la Ley General del Ambiente, no distingue entre daño ambiental por influjo ambiental (daño civil), con el daño ambiental puro. Nuestra Ley N° 27308 (ley forestal vigente) tampoco define la deforestación.
4. Las raíces de la deforestación comprenden causas políticas, como el escaso control del Estado sobre la tala ilegal; económica (pobreza, la minería informal, la agricultura migratoria, entre otros). Así, Los índices de la deforestación en el Perú, son alarmantes que corremos el peligro de que desaparezcan los bosques de la selva, sierra y la costa. Pero las autoridades nacionales aun no toman acciones para enfrentar esta problemática, que causa graves daños al medio ambiente y a la sociedad.

III. RESULTADOS CAPITULO III

1. La responsabilidad civil como institución del Derecho Civil, que tiene como consecuencia principal la reparación o indemnización del daño sufrido por la víctima, bajo determinados presupuestos: el daño, antijuricidad, causalidad y el factor de atribución. Pero estos elementos están elaborados para reparar los daños que afecta a una persona determinada, y no para cautelar derechos difusos donde no se puede individualizar a las víctimas.
2. El presupuesto, del daño es elemento indispensable en todo el régimen de la responsabilidad civil, que significa toda afectación o lesión a un bien jurídicamente protegido sufrido por una víctima determinada o determinable. Existe una clasificación general del daño, el daño patrimonial que se divide en el lucro cesante y el daño emergente; el daño extrapatrimonial, que comprende el daño moral y el daño a la persona. Por otro lado tenemos los otros daños especiales, como el daño intolerable, daño colectivo, el daño futuro, daño ambiental, daño punitivo, los cuales no pueden ser conocidos por la responsabilidad civil clásica.

3. La antijuricidad, como presupuesto de la responsabilidad civil, significa que para que el autor del daño responda su actuar debe estar en contra del ordenamiento jurídico, de ello, hablamos de una antijuricidad típica, cuando la conducta dañosa lo determina la ley y de una antijuricidad atípica como regla general cuando el hecho afecta todo ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la doctrina civil se viene gestando la tesis de exclusión de la antijuricidad y se viene hablando de la teoría del daño injusto.
4. La causalidad, como presupuesto de la responsabilidad civil es la relación que existe entre la conducta y el daño, es decir, la causa- efecto; este presupuesto nos ayuda identificar el responsable del daño para efectos de la indemnización. Se han, creado varias teorías para resolver el tema de la causalidad, la teoría de la *conditio sine qua non*, de la causalidad adecuada, de la causalidad preponderante, y de la causa próxima, teorías que han sido adoptadas en diferentes legislaciones, con mayor o menor aceptación. Como podemos ver existen diversas teorías en la responsabilidad civil clásica que solucionan el tema de la causalidad con menor o mayor arraigo en algunas legislaciones, pero estas teorías resultan muchas veces inoperables para resolver daños de alta complejidad.
5. El último presupuesto de la responsabilidad civil es el factor de atribución, que comprende la culpa entendida en sentido lato como, dolo negligencia, impericia, e imprudencia, y también como violación a las normas o todo el ordenamiento jurídico. Paralelo a esto tenemos producto de la sociedad de riesgos la responsabilidad objetiva, donde no se valora la culpa del responsable, sino solo el daño. El factor de atribución con que obra el responsable deja de interesarnos para prestar atención solo al daño, en base al principio de no causar daño a nadie.

IV. RESULTADOS CAPITULO IV

1. El daño ambiental es considerado como el detrimento, menoscabo o perjuicio al medio ambiente como tal, o algunos de sus componentes o elementos, entre ellos la persona humana (salud y/o bienes), debido a la contaminación.
2. El daño por influjo ambiental es aquel daño civil tradicional en el que se afecta a la salud de las personas o a sus bienes.
3. El daño ambiental puro es aquel que únicamente afecta al medio ambiente propiamente dicho, es decir, deteriora a un bien común de la generalidad, cuál

- es el interés de la colectividad en la utilización y en la conservación de los fundamentos naturales de la vida.
4. Las características de un daño ambiental puro son: Colectivo, perjudicial, irreparable, es puro, de titularidad colectiva, es el resultado tanto de la contaminación como del daño a la diversidad biológica.
 5. El daño ambiental puro es colectivo porque afecta a una colectividad indeterminada de personas, es difuso.
 6. Es perjudicial porque comporta una alteración negativa (detrimento, menoscabo, desventaja o pérdida) del medio ambiente.
 7. Un daño ambiental puro es irreparable en forma específica o *in natura*.
 8. Su carácter de puro denota que se excluyen los daños causados de “rebote”, es decir, aquellos que afectan a la persona humana o a sus bienes.
 9. En cuanto a la titularidad del medio ambiente, existe polémica en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada, pues se considera como: de titularidad colectiva o común, titularidad pública, ó “public trust”.
 10. En la mayoría de las legislaciones analizadas el coste de las medidas de reparación es resarcido por el causante de la contaminación o deterioro del medio ambiente; no obstante, en América Latina, no se regula expresamente, su resarcibilidad, sino que se desprende de la interpretación de la norma. Empero en nuestro país si se regula expresamente en la Ley General del ambiente.
 11. Los costes por la evaluación del daño sólo son resarcidos por algunas legislaciones europeas; en América Latina no se consideran estos costes, las leyes nacionales guardan silencio.
 12. El coste por la pérdida del uso del recurso natural (daños ambientales puros) no es resarcido en la mayoría de países europeos, con excepción de la Directiva 35/2004/CE y de la Ley 26/2007 de España (daños intermedios). La legislación norteamericana también lo considera. Sin embargo, América latina no se refiere al tema en cuestión.
 13. El resarcimiento del coste de las medidas preventivas es un tema polémico en la doctrina. Sin embargo, existen sistemas jurídicos que regulan esta cuestión, entre ellos la Directiva europea y otros convenios internacionales. El derecho latinoamericano no se ocupa del tema, salvo excepciones entre ellas, nuestra Ley General del Ambiente.
 14. Los costes de salvamento son considerados resarcibles en Europa; sin embargo, aún no está claro su aplicación a los daños ecológicos puros.

15. Para la doctrina mayoritaria las medidas preventivas pueden adoptarlas no sólo autoridades públicas sino también sujetos particulares u organizaciones ecologistas.
16. El lucro cesante es resarcible tanto si deriva de un daño tradicional como si lo hace de un daño ecológico puro.
17. La regulación de los daños patrimoniales puros aplicados a los daños ambientales puros es muy diversa en la legislación comparada: algunos países lo admiten, otros la excluyen, y otros la admiten sólo para ciertos casos.
18. El daño moral ecológico es muy discutido en la doctrina, existen posiciones a favor y en contra. En el mundo sólo algunos países lo han admitido, entre ellos Brasil.

V. RESULTADOS DEL CAPITULO V

- Los fundamentos de la responsabilidad civil por la deforestación, serían:

1. El desarrollo sostenible y la responsabilidad intergeneracional. La responsabilidad civil por la deforestación se fundamentaría en este principio, que comprende la atención de las necesidades del presente sin comprometer las del futuro dejando efectos negativos como contaminación, o escases de los recursos naturales. Este es un principio adoptado como directriz para las naciones unidas.
2. Algunas legislaciones, doctrinas, y jurisprudencia, han venido hablando de los derechos de la naturaleza, tal es la doctrina del derecho silvestre en Sudáfrica, la Constitución de Ecuador que otorga derechos a la naturaleza y algunas jurisprudencias recogidas en el mundo que marcan hitos importantes en el desarrollo de los derechos de la naturaleza. La naturaleza debe conservarse y mantenerse el equilibrio ecológico, y por ello su protección por el derecho es inevitable. Contrariamente, a este desarrollo legislativo, en la doctrina se discute fuertemente si en verdad la naturaleza tiene derechos subjetivos.
3. El derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado es reconocido en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional; este derecho fundamenta la conservación del medio ambiente y la reparación cuando resulta dañado. Sin embargo, pocas legislaciones son las que establecen que el medio ambiente se repare cuando éste no pertenece a nadie o son bienes públicos, tales como la destrucción de hábitats, deforestación, pérdida de secuestro de carbono.

4. Por el Principio “Quien contamina paga”, el autor de la contaminación soporta los gastos de las medidas adoptadas por las autoridades públicas para asegurar que el medio ambiente se encuentra en un estado aceptable. Así entendido, constituye un principio de atribución de costes (*cost-allocation*), costes que se reflejarían en el precio de los bienes o servicios que causan la polución durante su producción o consumo. Sin embargo, este principio para un sector de la doctrina es oscuro por tratarse de una mera regla económica de imputación de costes, asimismo lo desacreditan por su vaga, incoherente y contradictoria aplicación práctica.
5. Las legislaciones de los países han recurrido a políticas de “comando y control”, mediante las cuales se fijan ciertos estándares ambientales para que sean cumplidos por el sector productivo, castigando el incumplimiento con multas y otras penalidades, pero esta política resulta insuficiente porque no se logra una reparación total del daño ambiental. Pese a ello, la mayoría de países adoptan estas políticas de comando y control inmersas en el derecho público a fin de proteger el medio ambiente.
6. El análisis económico del derecho apoya la responsabilidad civil por el daño ambiental puro, pues su objetivo es que quienes deterioran el medio ambiente asuman (internalicen) plenamente su reparación, lo que se consigue mediante la responsabilidad. De este modo, una persona razonable sólo causará daños en el caso de que la utilidad que obtenga al hacerlo sea superior a los costes de su responsabilidad. No obstante, las críticas que recibe este fundamento son: el inconveniente para cuantificar económicamente los daños ecológicos puros, la inexistencia de precios en el mercado (muchas veces el valor del medio ambiente es incalculable), y, por último el objetivo del análisis económico del derecho no es que no se produzcan daños, sino que se evite la conducta que produce un daño cuando el coste de prevenirlo es menor que el coste de reparación.
7. Por el principio precautorio, la falta de certeza científica, no es razón para dejar de adoptar medidas de protección ambiental. Como fundamento de la responsabilidad civil por daños ambientales puros opera en el comportamiento que es exigible al responsable, es decir la conducta diligente que debe adoptar. Sin embargo, en la doctrina se opina que, la responsabilidad civil no opera en un marco de incertidumbre o ante un daño incierto.

- **Los presupuestos de la responsabilidad civil clásica se adecuarían de la siguiente manera:**

8. Con respecto al sujeto responsable del daño ambiental puro, la legislación comparada regula de dos maneras distintas: criterio de la cláusula general (cualquier persona puede ser responsable); y criterio de la lista cerrada (sólo aquellas que cumplen los requisitos establecidos por la ley).
9. Tradicionalmente se define al daño como la lesión a una persona o a su patrimonio. Sin embargo, esta definición va siendo superada por la realidad, pues resulta incapaz de albergar a otros tipos de daños (difusos o ambientales). Por ello la doctrina redefine el concepto de daño como: la lesión a un interés jurídicamente protegido.
10. En la doctrina del derecho civil se discute mucho la mantención de la antijuricidad (carácter contrario a derecho) como presupuesto de la responsabilidad civil, puesto que existen “daños lícitos”. Se habla así de una nueva categoría jurídica: “daño injusto”.
11. El nexo causal es definido la relación de causa efecto entre la acción del agente y el daño. Sin embargo, para los casos de daños ambientales puros su prueba es harto difícil como para encargárselo a la víctima. Para solucionar este problema la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada han venido desarrollando mecanismos como: la causalidad estocástica, la responsabilidad por cuota de mercado, responsabilidad por cuota de emisión, la inversión de la carga de la prueba, y, la presunción del nexo causal.
12. Usualmente la manera de atribuir la responsabilidad a un sujeto determinado es a través de de la culpa y el dolo. Sin embargo, ante las nuevas circunstancias tecnológicas e industriales y con ello, nuevas actividades potencialmente peligrosas se consolida en la doctrina la Teoría del Riesgo. Así, al daño ambiental no le es aplicable la responsabilidad subjetiva; sino la objetiva.

- Los demás problemas que presenta el daño ambiental puro se solucionarían de la siguiente forma:

13. Con respecto a la legitimación para obrar las legislaciones en el mundo han adoptado diversas soluciones: atribuyendo la legitimidad para obrar al Ministerio Público, las Acciones de Clase, legitimando a las ONG'S (cuyo objeto es la protección del medio ambiente), legitimando a los particulares, ó, legitimando a la Administración Pública.

14. Por la prescripción extintiva se pierde un derecho, debido al transcurso del tiempo (determinado por la ley). Sin embargo, la doctrina, la jurisprudencia y algunas leyes postulan la imprescriptibilidad de las acciones para reparar los daños ambientales puros. Otros ordenamientos legales optan por establecer plazos de prescripción para los daños propiamente ambientales.
15. Para valorar el daño ambiental puro en la doctrina se han elaborados diversos métodos: del precio del mercado, de reemplazo o sustitución, de la estimación del precio hedónico, del costo de viaje, de la transferencia de beneficios, de valoración contingente, de la productividad, de la equidad, del coste de la restauración, y, abstracto.
16. La reparación in natura de del medio ambiente dañado, es la forma más aceptada en las legislaciones para recomponer el medio ambiente. Sin embargo, muchas veces resulta imposible, hacer que el medio ambiente reparado recupere su valor original, por ello, se ha adoptado, la reparación sea también vía indemnización monetaria haciendo una valoración del medio ambiente perdido, aunque, esta resulta demasiado complicada para determinar una valorización económica.

Cuando la reparación se hace vía indemnización monetaria, estas indemnizaciones en la experiencia de algunos países, son destinados a un fondo el cual servirá para reparar el medio ambiente. Así también se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil en el artículo 82. Pero, sucede en algunas partes, el dinero recaudado por estos fondos creados para reparar el medio ambiente, no es utilizado para ese fin.

TITULO IV

DISCUSION DE RESULTADOS

I. DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO I:

1. Dotar al medio ambiente con el carácter de bien jurídico se hace más que necesario en nuestro país, donde sólo se protege al medio ambiente debido al derecho fundamental que todos tenemos a un ambiente sano y adecuado; sin embargo, no sólo es necesario que se plasme en la Constitución la protección del medio ambiente como bien en sí mismo, sino que se debe de ir más allá y otorgarle la calidad de sujeto de derecho. Esta idea que aparece como “descabellada” es de vital importancia para una mejor protección del medio ambiente. Es así que la primera Constitución en el mundo en reconocer los derechos de la naturaleza es la Constitución de Montecristi⁴¹⁶ (Ecuador). Nuestro país no puede ser ajeno e indiferente a la evolución del derecho, es tiempo de vencer los intereses corporativos e inclusive dogmas jurídicos que no aceptan esta gran evolución del derecho, y empezar un proceso serio de protección al medio ambiente.
2. Es muy bien sabido que el hombre y sus actividades⁴¹⁷ están degradando el medio ambiente a un ritmo alarmante, así se habla hoy del calentamiento global, el derretimiento de los polos, el aumento del nivel del mar, etc. Estos fenómenos tendrán consecuencias catastróficas para el planeta, sino se actúa ya, frenando la contaminación y restaurando lo dañado- de ser posible-. Es urgente la creación de nuevos instrumentos legales de protección al medio ambiente, ya que los existentes han fracasado totalmente. Sin embargo, lo anterior sin voluntad política ni conciencia ciudadana no funciona.
3. Es cierto que con la Constitución de 1979 en nuestro país se inició la carrera de protección a la naturaleza. Empero, las normas que se han venido generando-Constitución Política de 1993, Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales, La Ley General del Ambiente, Ley Forestal, etc.- no han tenido vigencia real, es decir, se ha seguido contaminando y deteriorando cada vez más al medio ambiente. Es por eso que urge de un mecanismo jurídico de protección eficaz y eficiente, que no sólo sancione, sino que sobre todo repare.

⁴¹⁶ Artículos 71-74 de la Constitución de Montecristi.

⁴¹⁷ Extracción de petróleo, deforestación, minería, vertidos al mar y suelos, etc.

Creemos que la dación de una Ley de Responsabilidad Ambiental se cae de madura en nuestro país.

4. Este resultado tiene mucha relación con el primero, puesto que actualmente se protege el medio ambiente, porque el ser humano tiene derecho a “gozar” de un medio ambiente adecuado; pero no se protege, porque la naturaleza “tiene derecho a ser protegida y preservada”. Reafirmamos nuestra posición de que urge reconocer en nuestro país los derechos de la naturaleza.
5. Volviendo a la naturaleza del derecho a un medio ambiente sano y adecuado. Coincidimos que es dual, puesto que todos (difuso) y cada uno (individual) tenemos la facultad de gozar y exigir que se preserve el mismo.

II. DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO II

1. Los bosques son de vital importancia para la supervivencia del hombre por los bienes y servicios que brindan, pero en las legislaciones no existen un concepto bien definido que señale los derechos que estos tienen como seres vivos, a su conservación, recomposición y restauración, es decir, los bosques además de reconocerse como conjunto de árboles de una área determinada, con una altura específica, o con un porcentaje de cobertura de copas, son seres vivos con derechos que permitan su existencia.
2. Tanto Costa Rica como Paraguay regulan el aprovechamiento de los bienes y servicios ambientales de los bosques, fomentando su protección y restauración mediante el pago por conservación de bosques. Asimismo el aprovechamiento de los servicios ambientales de los bosques dentro del mercado de carbono voluntario o bajo el Protocolo de Kioto, no cuentan con una regulación específica en cada país. La regulación de los servicios ambientales, es importante porque permite su protección, reconocer los derechos de aprovechamiento, medidas de conservación, recuperación y uso sostenible de la diversidad biológica y recursos naturales.
3. La deforestación, como daño ambiental puro, se define como la pérdida de grandes masas forestales, de biodiversidad, flora, hábitats, de bioprospección y de ecoturismo. La deforestación, es un tipo de daño ambiental puro, porque

afecta a los bosques que son de carácter público o colectivo, que pertenecen al Estado y/o a todos los ciudadanos, también afecta a los hábitats, la biodiversidad, la flora la bioprospección, que no pertenecen a una persona determinada sino a toda la sociedad. Pero la mayoría de legislaciones no regula a la deforestación dentro de esta categoría. Es por ello, que debe de establecerse una normativa especial sobre el daño ambiental puro en el Perú.

4. Para enfrentar las causas de la deforestación en el Perú, se requiere de políticas que disminuyan la pobreza, políticas y normas eficaces para controlar la tala ilegal, sanción a los depredadores del bosque. Asimismo, el Estado conjuntamente con la inversión privada deben auspiciar proyectos de conservación de bosques, de forestación y reforestación.

III. DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO III

1. Los elementos de la responsabilidad civil clásica están elaborados para reparar daños que afecten víctimas determinadas; pero no para cautelar derechos difusos, es por ello, que nace una responsabilidad medioambiental especial que este construida sobre la base de la responsabilidad civil clásica pero adecuada al daño ambiental puro, donde se repare el daño sea lícito o ilícito, donde se responda en base a la responsabilidad objetiva sin importar el dolo o culpa y la causalidad sea demostrada por el responsable del daño.
2. Para la responsabilidad civil, daño es la lesión a un bien jurídico protegido de una determinada persona, pero en la responsabilidad por daño ambiental no es sólo eso; es también, la afectación a bienes jurídicos protegidos de derechos difusos o bienes públicos que carecen de un titular, el cual es denominado daño ambiental puro.
3. La antijuricidad entendida como acción contraria a derecho, por regla general es base para hacer responder por daños en la responsabilidad civil clásica. Sin embargo, existen acciones donde no se da el requisito de la antijuricidad, pero que si hay responsabilidad por el daño lícito (*verbigracia*, los daños por la expropiación de un bien). Conforme a esto, en los daños ambientales puros se responde por actos ilícitos y lícitos.

4. Frente a la insuficiencia de las teorías de la causalidad de la responsabilidad civil clásica, para solucionar un problema especial como es el daño ambiental puro surge la teoría de la inversión de la carga de la prueba, que es estudiada en el tratamiento especial de los elementos de la responsabilidad, teoría por la cual nos inclinamos como adecuada para solucionar el problema.
5. El factor de atribución en la responsabilidad civil está construida sobre la base de la responsabilidad subjetiva así, como de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, por la naturaleza del daño ambiental solo se genera responsabilidad a partir de la responsabilidad objetiva.

IV. DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO IV

1. La definición de daño ambiental abarca tanto al daño por influjo ambiental, como al daño ambiental puro (materia de esta tesis). Se hace necesario distinguir expresamente en la Ley estos tipos de daños ambientales y darles su tratamiento correspondiente.
2. En este resultado sólo cabe comentar que en nuestro país este tipo de daño encuentra tutela bajo las normas del Código Civil⁴¹⁸, es decir, que procede la responsabilidad civil por daños a la salud y al patrimonio de una persona, como consecuencia, de la contaminación o deterioro ambiental, como por ejemplo, El año 2000, un derrame de mercurio metálico en la localidad de Choropampa, se evaporó en el ambiente y afectó la salud de más de mil campesinos, quienes, ocho años después, siguen sufriendo las consecuencias en su salud. Los pobladores afectados en su salud y en sus bienes; demandaron a la empresa minera Yanacocha propietaria del mercurio, por los daños y perjuicios sufridos.
3. El daño ambiental puro es la contraparte del daño por influjo ambiental; es decir, no se afecta a la persona humana individual de manera directa (salud o bienes); sino que, se vulneran derechos colectivos y difusos; verbi gratia, el 21 de junio de 2010 La empresa Pluspetrol derramó entre 300 y 400 barriles de petróleo en las agua del río Marañón⁴¹⁹. El tramo afectado del río Marañón bordea la reserva Nacional Pacaya Samiria, ligada directamente al beneficio económico de al menos 100 mil ribereños que dependen de sus recursos para

⁴¹⁸ Propiamente de la responsabilidad extracontractual (artículos 1969-1988 del Código Civil).

⁴¹⁹ Para más detalles del derrame véase:

<http://www.pucp.edu.pe/climadecambios/index.php?tmpl=articulo&id=941>

subsistir, siendo su relación con el medio ambiente su forma de vida. Pacaya es la segunda Reserva Nacional más grande del Perú, con más de 2 millones de hectáreas. Posee una gran abundancia de recursos acuáticos y tiene al menos 256 especies conocidas de peces de agua dulce como el paiche. Además, los lagos que se forman en la reserva albergan muchas especies amenazadas como los delfines rosados y grises, las nutrias gigantes de río, caimanes negros y tortugas de río.

Como vemos en este vertido resulta muy perjudicial para el agua del río y la biodiversidad, es evidente que se afecta el ecosistema de esta zona de nuestra selva. La “víctima” sólo es el medioambiente, empero el medio ambiente por sí mismo no tiene derechos, no es sujeto de derechos, he ahí el problema. Esto no significa que la naturaleza esté desprotegida, tampoco que estos tipos de daños sean indiferentes para el derecho, ni mucho menos que nadie tenga responsabilidad por estos hechos. Al contaminar el río marañón, al menoscabar su biodiversidad, o al alterar negativamente su ecosistema se están vulnerando derechos colectivos o difusos- a vivir en un medio ambiente sano y adecuado, el derecho a la conservación de la biodiversidad, se afecta nuestro interés en la preservación de los fundamentos naturales de la vida, el derecho a gozar de un paisaje estético, etc.-que todos los ciudadanos peruanos tenemos. Por lo que este tipo de detrimento al ambiente también genera responsabilidad que el sujeto agente del daño debe asumir.

4. Determinar el alcance de este daño es vital para el desarrollo de esta tesis. Es así que coincidimos plenamente con los caracteres esbozados: Colectivo, perjudicial, irreparable, es puro, es de titularidad colectiva, es el resultado tanto de la contaminación como del daño a la diversidad biológica.
5. El daño ambiental es colectivo, porque en este tipo de daños, no se puede hablar de una determinada persona como “víctima”, no se puede individualizar al afectado. Los intereses vulnerados son colectivos, ya que lo que en realidad se daña es la naturaleza misma, y como todos tenemos derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para la preservación de la vida, somos perjudicados con su deterioro.
6. El daño ambiental puro es perjudicial para el medio ambiente; se entiende por perjudicial a un tipo de menoscabo, detrimento, deterioro, desventaja o pérdida que experimenta el medio ambiente como consecuencia del daño. Sin

embargo, el problema radica en cómo valorar un daño al ambiente como perjudicial. Somos de la opinión en que deben de establecerse criterios en la ley para realizar esta tarea, nos inclinamos por el criterio de calidad y el del análisis económico.

7. Un daño al medio ambiente siempre va a ser irreparable en forma específica o in natura. Puesto que por más que se trate de volver al recurso natural estado pasado en que se encontraba antes del daño, no se va a lograr debido a que lo que la naturaleza ha tardado siglos en crear (un árbol milenario) no puede reproducirse en un periodo breve de tiempo, ó supongamos que se caza un otorongo, no hay manera de volver a la vida a ese felino. Entonces de lo que se trata y lo que se busca en realidad es de restaurar lo más cercano posible al estado inmediatamente anterior a la producción del daño. Es por ello la necesidad de que el sujeto agente asuma los costes de reparación o indemnice por el daño causado.
8. El daño ambiental es “puro” porque sólo alberga los daños al medio ambiente propiamente dicho; excluyendo a la persona humana del mismo. Esto tiene una explicación práctica, los daños causados a la salud o a los bienes de las personas tienen amparo por el derecho civil a través de la responsabilidad civil tradicional. En el daño ambiental puro encontramos los daños a la biodiversidad, la contaminación del mar, la desaparición de especies, la contaminación atmosférica, la contaminación de los suelos, la deforestación, etc. En este tipo de daños no se puede hablar de una “víctima”, puesto que el medio ambiente no es sujeto de derechos. ¿Entonces nadie resulta perjudicado con todas estas actividades en contra de la naturaleza? Creemos que en esta clase de daños no existe un “único” perjudicado; sino una colectividad indeterminada de perjudicados. Somos todos nosotros como ciudadanos peruanos quienes nos vemos lesionados en nuestro interés en la protección y en el disfrute de un medioambiente adecuado para la existencia de la vida.
9. En cuanto al criterio de la titularidad del medio ambiente creemos que lo más acertado es considerarlo como de dominio colectivo, esto no quiere decir que sea de naturaleza pública. El medio ambiente es un bien jurídico de naturaleza común o colectiva, en donde su degradación afecta tanto a todos los sujetos que conforman la colectividad, así como a la colectividad misma. Los bienes comunes o colectivos -como el agua- son necesarios para todos,

pero creemos que no son propiedad definida de nadie, a menos que se acepte que conforman el patrimonio común de la humanidad, y que sus titulares son las generaciones actuales y futuras. El medio ambiente forma un continuo en el que cuentan tanto los elementos de propiedad privada, como pública, como los que no son propiedad de nadie. En ese sentido en el artículo 5º del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre N° 4141/2009/PE, que distingue entre patrimonio forestal de la nación y plantaciones forestales comunales y privadas, no hace más que confirmar que el medioambiente no es ni público ni privado, sino colectivo. Por ello, no parece adecuado el criterio actual, que delimita el ámbito de la responsabilidad civil en función del criterio de la titularidad. Quizá esta insuficiencia sea suplida con la teoría de “los derechos de la madre tierra”⁴²⁰, por la cual el titular del medio ambiente sería nuestra Pachamama (Tierra) como sujeto de derechos.

10. Este resultado no merece más discusión puesto que nuestro país sí regula el resarcimiento del coste de las medidas de reparación:

Artículo 147º.- De la reparación del daño

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.

La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

11. El resarcimiento del coste de la evaluación del daño, es un vacío de la legislación peruana y latinoamericana. En cierta forma es bastante discutible su inclusión en los casos de evaluación de un posible daño. La doctrina critica que el presunto autor del daño asuma estos costes, ya que a veces se puede llegar a la conclusión de que no existe ningún daño. Sin embargo, creemos que sí es

⁴²⁰ **Los derechos de la madre tierra** fueron planteados por primera vez por el Presidente de Bolivia Evo Morales en el marco de la cumbre de la tierra realizada el 22 de abril de 2009. Evo planteó cuatro principios fundamentales: 1) El derecho a la vida. ¿qué significa el derecho a existir del planeta Tierra?; 2) El derecho a la regeneración de su bio-capacidad; 3) El derecho a una vida limpia; y 4) El derecho a la armonía y al equilibrio con todos y entre todos y de todo. Sin embargo, ya en 2008 Ecuador había reconocido constitucionalmente “los derechos de la naturaleza”, que a su vez se basaron en el trabajo del sudafricano Cormac Cullinan quien a través de su libro “Wild Law” logró que se reconozcan los derechos de los ecosistemas marinos en la Constitución Sudafricana.

importante su regulación, debido a que la evaluación del daño medioambiental es vital. El problema expuesto en la doctrina se puede solucionar con una norma específica que le otorgue la posibilidad al presunto autor del daño recuperar los costes de evaluación, cuando el “presunto daño ambiental”, resulta no serlo.

12. Como ya expresamos en el ítem 7º, los daños ambientales siempre van a ser irreparables, debido a que nunca se va a llegar a poder restaurar íntegramente el recurso natural dañado, quizás la reparación se asemeje mucho al estado inmediatamente anterior a la producción del daño, empero nunca va a ser exactamente igual. Esto justifica considerar, dentro del monto reparador, el coste por la pérdida de uso del recurso natural. Es por ello que este criterio debe ser acogido por una norma legal expresa en nuestro país.
13. Las medidas preventivas son muy relevantes para la protección del medio ambiente, de ahí el viejo adagio “prevenir antes que lamentar”. Nuestra Ley General del Ambiente acierta al regular de manera expresa el resarcimiento de estos costes:

Artículo 142º.- De la responsabilidad por daños ambientales

*142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a **asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.***

14. El salvamento marítimo aplicado a la protección del medio ambiente es algo novedoso. Recién se viene implementando en Europa donde los países con acceso al mar cuentan con este tipo de organizaciones. Un ejemplo claro es España donde el salvamento marítimo⁴²¹ depende del Ministerio de Fomento, este país tiene una política de bases estratégicas de salvamento y lucha contra la contaminación marina. El Perú no está a la altura del salvamento europeo ni mucho menos norteamericano. Aquí el salvamento marítimo está a cargo de la

⁴²¹ El salvamento marítimo en España está tan bien organizado que cuentan con 1 Centro Nacional de Coordinación de Salvamento (CNCS) en Madrid y 20 Centros de Coordinación (CCS) de Salvamento distribuidos a lo largo de la costa, cuya ubicación se ha determinado teniendo en cuenta las necesidades de cobertura de la franja litoral y de la zona SAR marítima española. Sitio oficial: <http://www.salvamentomaritimo.es/>

fuerza Aérea en coordinación con la Marina de guerra, el ejército, la policía nacional, la Dirección General de Aeronáutica Civil, Instituto Nacional de Defensa Civil, el Cuerpo Nacional de Bomberos, entre otros. En otras palabras las normas reguladoras del salvamento marítimo en el Perú son letra muerta⁴²². Por ello parecería utópico preguntarnos por los costes que se generan por esta actividad, cuando la realidad demuestra que en nuestro país el salvamento marítimo está prácticamente desactivado. Sin embargo, la contaminación de los mares está avanzando tanto, que pronto la realidad va a obligar al Estado que active este sistema de rescate de los mares, y para eso el Derecho Ambiental Peruano tiene que estar preparado. En ese sentido somos partidarios de que se incluya los costes generados por el salvamento marítimo aplicado a la contaminación del mar peruano, como parte del monto de las medidas preventivas o restauradoras, para lo cual tiene que haber norma legal expresa en el Perú.

- 15.** Es ampliamente conocido que no sólo el Estado es el preocupado por la protección del medio ambiente; sino que existe otras organizaciones ecologistas o sujetos particulares que realizan una campaña de prevención del daño ecológico. Es lógico, entonces, que se permita a estas ONG`S dedicadas a la protección del medio ambiente y a aquellas personas particulares interesadas en salvaguardar la ecología, adoptar las medidas preventivas correspondientes contra un posible daño ambiental. Consideramos que se le debe dotar a estas organizaciones de un mecanismo legal, para poder reclamar al autor del daño, el reembolso de los gastos en que ellos incurran por concepto de las medidas preventivas ejecutadas.

- 16.** El lucro cesante es resarcible para los casos de daños por influjo ambiental (salud y/o patrimonio de las personas individuales); sin embargo, en los casos de daños ecológicos puros, esto no resulta claro en la doctrina. Se conoce que cuando se deteriora un recurso natural, verbigracia, una laguna es contaminada por el arrojado de desechos tóxicos provenientes de una empresa industrial, no sólo se pierde el valor del recurso natural⁴²³, sino también los frutos del mismo recurso. En el ejemplo anterior, también se pierde el aporte futuro que dicha laguna ofrecía al sostenimiento del ecosistema de la región

⁴²² La Ley de Aeronáutica Civil N° 27261; La Ley Orgánica de la FAP; La Resolución Suprema N° 071 del 12-02-98; y el El Plan de Búsqueda y Salvamento Marítimo DICAPI N° 028-97.

⁴²³ Aunque parte de la doctrina niegue rotundamente que los elementos del medio ambiente tengan valor en el mercado; sin embargo, más adelante, cuando tratemos la valorización del daño ambiental puro, se señalarán los métodos para valorizar este tipo de daño.

afectada. Este ejemplo nos demuestra que el lucro cesante también está presente para el caso de daños ambientales propiamente dichos. Es por eso que creemos que nuestra Ley General del Ambiente ha omitido regular esta trascendental figura jurídica como parte del monto reparador.

17. El daño patrimonial puro es una novedad en la doctrina civil. Empero se trata de un daño individual. Aquí no se lesiona directamente a la persona ni a sus bienes; sino que en forma abstracta se afecta su patrimonio. Su aplicación a los daños ecológicos puros es poco clara. La doctrina ambiental se pregunta si son resarcibles estos tipos de perjuicios cuando deriva de un daño ambiental puro. Se podría dar el caso de la contaminación de la playa de punta sal, como consecuencia el aflujo de turistas a esa zona del norte del país disminuiría considerablemente. Este hecho puede desencadenar una acción contra el sujeto contaminador por daño patrimonial puro debido a que se ha afectado considerablemente a la industria hotelera de la zona. Sin embargo, como se puede apreciar es un problema que el derecho civil tradicional puede resolver. Por lo que no estaríamos en el caso de un daño propiamente ambiental, ya que las víctimas son determinadas.

18. El daño moral ecológico es el derivado de un daño ambiental puro. No se trata, pues, de un daño moral derivado de una lesión de intereses individuales, sino que se referiría a una lesión de la dimensión moral de la persona, considerada desde el punto de vista social, o de la colectividad misma. Esta clase de daño lo observaríamos en el siguiente ejemplo: Como sabemos el ave símbolo del Perú es el gallito de las rocas, pero que sucedería si se caza todos los ejemplares hasta desaparecer este animal. Es obvio que como peruanos experimentaríamos un grande pesar (sufrimiento psíquico social), algunos más que otros pero todos al fin y al cabo, por el sólo hecho de ser ciudadanos peruanos.

Sin embargo, existe parte de la doctrina que rechaza resarcir el daño moral ecológico debido a: el carácter individual del daño, la dificultad para determinar el quantum indemnizatorio, el destino de la indemnización, generaría reclamaciones frívolas, alejamiento del concepto *pretium doloris*.

Somos convencidos que el daño moral ecológico debe ser regulado en nuestro país. Las reticencias descritas anteriormente se superarían de la siguiente manera:

- i. Una posible solución al primer argumento en contra, consistiría en buscar algún aspecto moral que siempre resultase afectado en caso de deterioro del medio ambiente. El deterioro del medio ambiente comportaría siempre, en cierto modo, un daño duplicado o concomitante a cada persona singular indeterminada.⁴²⁴ Este daño afectaría a un interés moral de la misma, como es el del libre desarrollo de su personalidad.
- ii. Un daño no deja de ser indemnizable simplemente porque dicha tarea sea difícil de hacer. Ya se ha visto que el daño moral es, por principio, indemnizable en nuestro Derecho.
- iii. El destino de la indemnización sería algún fondo estatal ambiental. Se puede otorgar la legitimación activa al Estado como representante de la colectividad indeterminada.
- iv. Quien ejerce una pretensión frívola se expone a consecuencias perjudiciales, como son la condena en costas o que se considere que ha ejercitado su pretensión de modo temerario y de mala fe. En cuanto a la inseguridad, sólo puede combatirse si se comienzan a resolver reclamaciones de este tipo y los Tribunales van fijando algún criterio que pueda servir, si no de precedente en el sentido de guía u orientación.
- v. En cuanto al argumento basado en el concepto de *pretium doloris*, también se ha visto que el daño moral va más allá del simple dolor o sufrimiento y comprende otras situaciones. En el caso del deterioro del medio ambiente, más que de un verdadero *pretium doloris* –que se refiere al aspecto interno o inmanente del individuo– cabría hablar de daño moral como aquel que afecta al aspecto externo y trascendente del individuo. Dicho daño comprendería la esfera externa al individuo y se concretaría en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior.⁴²⁵

⁴²⁴ LEITE, «Daño Ambiental», cit., p. 66. Parecidamente, Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, «La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo», *ADI* 1998, 112-200, p. 182. Sobre lo que sigue, José Francisco ALENZA GARCÍA, *Manual de Derecho ambiental*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2001, p. 34-35.

⁴²⁵ Véase sobre esta doble faceta del daño moral Miquel MARTÍN CASALS, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil II*, Madrid, Ceura, 1990, 1231-1273 p. 1234, con más referencias.

V. DISCUSION DE RESULTADOS DEL CAPITULO V

1. La responsabilidad por la deforestación encuentra su fundamento tanto en el desarrollo sostenible como en el derecho de las generaciones futuras, porque cuando se ocasiona la deforestación se responde con una reparación ya sea in natura (restaurar o recomponer el medio ambiente devolviéndolo a su estado anterior), o mediante la indemnización que será destinado para proyectos de reforestación o forestación, de esta manera se hace sostenible el medio ambiente para las generaciones futuras. Si bien es cierto que al derecho de las generaciones futuras para muchos lo consideran una entelequia, estos son derechos que surgen en el presente como deber de protección del medio ambiente.
2. Los derechos de la naturaleza podrían fundamentar la responsabilidad por la deforestación como daño ambiental puro, pues mediante esta moderna teoría se le reconoce derechos a la naturaleza, tales como el derecho a la vida, a la conservación y de restauración. Estos derechos vienen siendo reconocidos por algunas legislaciones, para fundamentar las acciones en defensa del medio ambiente. Sin, embargo, aún es bastante discutido en el desarrollo doctrinario y legislativo pues no se concibe que otros seres vivos diferente al hombre sean considerados sujetos de derechos como tales; es muy posible y necesaria, que en el futuro sea desarrollado esta interesante teoría.

Concebido así, no es posible aún⁴²⁶ fundamentar la responsabilidad civil por la deforestación como daño ambiental puro en el sentido que toda la naturaleza tiene derecho a la vida, a la conservación y a la restauración que puede darse mediante la reparación *in natura* o en especie.

Sin embargo, para fundamentar la necesidad de proteger los bosques atribuyéndoles personalidad y derechos resulta que los bosques tienen un valor para las personas con independencia de si, en un caso concreto, son objeto de relaciones jurídicas, por el simple hecho de que forman parte de un todo más complejo, que se conoce como medio ambiente y posibilita la existencia humana en la Tierra. La ficción de que el medio ambiente como tal tiene interés en su propia protección es redundante si se tiene en cuenta que las personas tenemos ya un interés en dicha protección. De acuerdo con este punto de vista,

⁴²⁶ En nuestro país todavía no contamos con ninguna norma legal que proteja los derechos en la naturaleza. Sin embargo, es una fuerte corriente ecocéntrica que pronto va ganando adeptos. Así ya existe un Proyecto de Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra. Para más información véase: <http://cmpcc.org/2010/04/24/conclusiones-finales-grupo-de-trabajo-3-derechos-de-la-madre-tierra/>

por ejemplo, un daño que afecte a la diversidad biológica no sería irrelevante por el simple hecho de que el ejemplar desaparecido no perteneciese a nadie, puesto que la colectividad probablemente tenga un interés en la protección de dicho ejemplar, como componente del todo, como recurso valioso desde el punto de vista genético o como algo que podría haber satisfecho necesidades humanas. Lo relevante no es que se respeten los derechos de la naturaleza, sino los derechos o intereses de los demás.

3. El derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y adecuado fundamenta nuestra tesis, no porque el medio ambiente tenga derechos propiamente dicho, sino porque el medio ambiente es objeto de tutela del Derecho en la medida que sea necesario para el desarrollo de la vida de hombre; es decir, que sería un bien jurídico tutelado no en razón de sí mismo, sino sólo en función de su adecuabilidad al desarrollo de las personas; entonces es a partir de los derechos al medio ambiente otorgados a las personas, que hace posible fundamentar la responsabilidad civil por la deforestación, pues las personas pueden solicitar la tutela de los bosques para su conservación, restauración, recomposición y reparación a partir del derecho fundamental al medio ambiente que les asiste.
4. El principio quien contamina paga, principio fundamental del derecho ambiental que fundamenta la responsabilidad de los sujetos responsables a fin de que éstos asuman los costos o las externalidades de sus actividades. Es en este sentido que los responsables de la deforestación deben asumir los costos de reparación de los bosques destruidos.
5. La responsabilidad civil por daño ambiental puro con respecto a la deforestación se apoya también en el argumento que el derecho público es insuficiente para solucionar los problemas ambientales. Es cierto, que la prevención, sanción y reparación del daño ambiental siempre se ha encargado regular al derecho penal⁴²⁷, derecho administrativo, y/o constitucional. Frente a la regulación de estas ramas del derecho público nos preguntamos ¿Estas ramas del derecho público han sido eficaces para proteger los bosques?, ¿las normas del derecho público son medioambientalmente sostenibles, respecto a la deforestación?

⁴²⁷ Artículos 309, 310, 313 del Código Penal

Nos preguntamos también si el sistema actual de regulación ambiental de comando y control es económicamente más eficiente o se está desperdiciando los recursos en el control de la deforestación.

Frente a la pregunta anterior los economistas critican el carácter poco científico de tales procesos, que no relaciona las normas con los beneficios y los costos. Además no se conocen con precisión los costos del control de la contaminación, y que los beneficios son muy inciertos por lo que toca a su medición. A pesar de este problema “toda norma debe implicar algo acerca de beneficios y costos”⁴²⁸.

La respuesta a ambas interrogantes son negativas por las siguientes razones:

a) El derecho administrativo carece de recursos económicos, humanos, y legales para ser eficaz, por ejemplo ahora el Ministerio de agricultura a través de la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre (DGFFS) y los gobiernos regionales dentro de sus competencias) estas instituciones a cargo de controlar, prevenir, reparar la deforestación ha sido ineficiente pues la función que cumple es de controlar la tala ilegal para su comercialización en madera, pero deja sin controlar la deforestación por la agricultura migratoria culpable del mayor porcentaje de la deforestación⁴²⁹.

Sin embargo, contrariamente a lo que afirma Elsa Galarza, El Informe del Banco Mundial sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo, señala que existen Generalizaciones erróneas sobre deforestación y pobreza⁴³⁰.

❖ **La pobreza causa deforestación**

Los pobres deforestan, pero también lo hacen los ricos. El aumento de los ingresos no necesariamente disuade a los pobres de deforestar.

❖ **La deforestación provoca pobreza**

Según quién la lleve a cabo y por qué, la deforestación puede destruir o crear bienes para los pobres.

❖ **Las zonas muy boscosas suelen ser también muy pobres**

⁴²⁸Pearce, DW 1990. *El enfoque económico para salvar los bosques tropicales*. Documento de debate 90-06, Londres, Londres Centro de Economía Ambiental. Citado por Marco E. Salusso en *Regulación Ambiental: Los Bosques Nativos, Una visión Económica*. Disponible en <http://www.eumed.net/libros/2009b/551/index.htm>.

⁴²⁹ ELSA GALARZA, Elsa. Y otro. “*La Política Forestal en la Amazonia Andina, estudio de casos: Bolivia, Ecuador y Perú*”. Consorcio de Investigación Económica y Social, Lima- Perú 2005, pág. 65-68.

⁴³⁰Kenneth M. Chomitz. “*Informe del Banco Mundial sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo. ¿Realidades antagónicas? Expansión agrícola, reducción de la pobreza y medio ambiente en los bosques tropicales*”. Washington, D.C. 2007. Disponible en www.worldbank.org.

Muchos factores complican esta relación. Las zonas alejadas suelen tener una importante cubierta forestal y tasas de pobreza elevadas, pero también tienen, por lo general, bajos números absolutos de pobladores pobres. Los habitantes de los bosques pueden gozar de prosperidad si cuentan con acceso productivo a los recursos forestales o resultar perjudicados cuando esos recursos son exiguos o están bajo el control de otros.

❖ **La deforestación causa inundaciones y reduce el caudal en la estación seca.**

Los efectos de la deforestación varían considerablemente dependiendo del tamaño y la pendiente de la cuenca y de la forma en que se use posteriormente la tierra. En general, el caudal aumenta en la estación seca, pero en algunos casos podría disminuir.

❖ **Los altos precios de la madera fomentan la conservación de los bosques**

Los elevados precios de la madera incitan a la extracción excesiva de árboles en los bosques maduros no protegidos, pero también pueden aumentar los beneficios de la explotación regulada y estimular la gestión de los bosques secundarios y las plantaciones en zonas explotadas previamente.

El proceso administrativo sancionador que aplica la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre- DGFFS, para sancionar a los responsables de la deforestación son el decomiso de madera, la multa que no son nada significativas puesto que la valoración del daño de la deforestación no es realizada por profesionales especialistas como pueden ser economistas, biólogos, ecologistas, ingenieros agrónomos y forestales, oct., quienes pueden realizar una valoración exacta del daño que causa la deforestación, sin embargo dicha institución no cuenta con dichos profesionales.

Si bien es cierto que el DGFFS desarrolla varios proyectos de forestación y reforestación pero es verdad que resulta insignificante frente a las miles de hectáreas que se deforestan cada año en el país.

Por otro lado, las normas de derecho administrativo referente a la protección de bosques y del control de la deforestación no son sostenibles medioambientalmente por que con sus normas no se logra la totalidad de la reparación del daño ambiental causado por la deforestación, dejando que lo soporte la colectividad.

Los instrumentos de comando y control en estudio de Isabel Calle⁴³¹, señala lo siguiente:

- Se deben establecer sanciones apropiadas y proporcionadas a las violaciones de las normas ambientales, de modo que fomenten el cumplimiento haciendo que el incumplimiento resulte más costoso que el cumplimiento.
- Existe un régimen de fiscalización y sanción. Pero la “carga de la prueba” está en manos del Estado, quién está en la obligación de perseguir la falta y demostrar que puede imponer la sanción.
- La supervisión forestal se encuentra a cargo de OSINFOR.
- Problemas:
 - i. -Escasez de recursos humanos y económicos para efectuar la fiscalización en la zona.
 - ii. -Los incentivos para la tala ilegal son altos: económicos y sociales.
 - iii. -La necesidad de la coordinación entre autoridades.
- Por lo tanto, se requiere mejorar la fiscalización. Necesidad de dotar al Estado de un fuerte equipo de fiscalización, bien preparado y equipado para poder fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales.

Frente a ello, el Derecho civil opera *ex post*, cuando el daño ya se conoce, por lo cual parte de una situación individual y concreta. Incluso *ex ante*, las empresas disponen de mejor información sobre los riesgos y los costes para prevenirlos, lo que supone un argumento a favor de que se emplee el instrumental del Derecho privado –al menos, conforme a los postulados del análisis económico.

Así, también un argumento en contra de las normas de derecho administrativo es que la administración no es dueña de los bosques por lo que cual sería el incentivo de sus funcionarios en proteger dicho daño ambiental puro, lo único incentivo sería la ética ambiental de ese funcionario.

- b) El derecho penal** también resulta ineficaz para proteger el medio ambiente, aunque se pueda creer a simple vista que cumpla un papel disuasorio, sin embargo, los indicadores de delitos ambientales existentes al nivel nacional de las fiscalías ambientales señalan una poca eficacia de sanción penal a

⁴³¹CALLE VALLADARES, Isabel. “*Experiencias del sector forestal: Perú*”. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Disponible: <http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/Reunionpreviaderecho/Isabelle%20Calle%20Presentacion.pdf>

los responsables pese a las miles de hectáreas que se deforestan en el Perú⁴³².

Estadísticas actualizadas hasta el año 2008, señalan que el total de los casos en materia ambiental registrados a nivel nacional asciende a 1,725 reflejándose 875 (50.72%) provenientes de fiscalías especializadas en materia ambiental y 850 (49.28%) de fiscalías de prevención del delito.

El Distrito Judicial de Madre de Dios fue el que obtuvo mayor participación con 345 (20%) casos, seguido de Arequipa con 153 (8.87%) casos, Lima con 146 (8.46%) casos, mientras que los otros distritos están por debajo al 8%. Por otro lado el Distrito Judicial de menor participación Huancavelica con 4 (0.23%) casos⁴³³.

La imposición de una pena no repercute en la reparación del daño de la deforestación, considerando aun más que la reparación que obligan en la sentencia los jueces penales es insignificante pues la función del derecho penal es la sanción al autor mas no la reparación del daño por lo que resulta insuficiente para reparar la deforestación con trabajos de reforestación y forestación a favor del medio ambiente.

La responsabilidad civil no va sancionar el daño sino a repararlo es su función primordial por lo que resulta de gran importancia para reparar la deforestación, lo que no puede hacer la responsabilidad penal.

Otra razón a no ser para que la responsabilidad sea más eficaz es que la responsabilidad puede utilizar la inversión de la carga de la prueba para probar el nexo causal, lo que no se puede hacer en el derecho penal en donde el fiscal tiene que probar la responsabilidad del autor del delito ambiental y de utilizar la inversión de la carga de la prueba sería un atentado al principio de presunción de inocencia.

Otra razón por la que, el derecho penal sería insuficiente para reparar por el daño ambiental de la deforestación sería que en el derecho penal se rige por el principio de legalidad en la cual solo constituyen delitos lo que la ley lo sanciona, a diferencia de la responsabilidad civil puede hacer responder

⁴³² La Fiscalía provincial de Delitos contra la Ecología, tiene su sede en la Fiscalía Provincial de Tambopata en el departamento de Madre de Dios y tiene competencia en las provincias de Tambopata, Tahuamanú y Manu, y conoce de los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente. En el año 2000, esta Fiscalía provincial realizó un total de 101 operativos, correspondiendo el mayor porcentaje (64.4%) a Depredación de bosques Protegidos, seguido de Alteración del Medio Ambiente con el 12.9% (13), Depredación de Especies Protegidas con 11.9% (12), Vertido Ilegal de Residuos con 7.9% (8) y Vertido Ilegal de Desechos y Extracción Ilegal de Especies Acuáticas con el 1.0% y 2.0% respectivamente. Disponible en: http://www.mpfm.gob.pe/estadistica/espec_anuario_otros.php

⁴³³ http://www.mpfm.gob.pe/estadistica/anuario_est_08.pdf

cuando la conducta es típica o atípica con mayor razón en la responsabilidad ambiental.

- c) El **derecho constitucional** cumple un papel importante en el sentido que se orienta por el principio de precaución y de prevención, es decir opera *ex ante* y no *ex post* por lo que no ordena una indemnización por el daño causado dejando sin reparar la deforestación.

Esto se interpreta del artículo 1 del Código procesal Constitucional que señala que los procesos constitucionales tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional....”

Hay que considerar que en el caso del daño de la deforestación es imposible reponer las cosas a su estado anterior, por lo que, frente a este tipo de daños el juez constitucional se vería impedido de hacer efectivo una indemnización por que escapa de sus competencias.

Como podemos ver el Derecho Público con sus políticas de comando y control, han resultado insuficientes es por ello, que se da paso a la responsabilidad civil como mecanismo legal eficiente para resolver el tema de la deforestación.

6. La responsabilidad civil por la deforestación como daño ambiental puro está justificada por su conformidad con los postulados del análisis económico del Derecho. Resultaría desacertado que el ordenamiento previese la responsabilidad sólo para unos supuestos de daños al medio ambiente (por ejemplo, daños a recursos naturales que fuesen propiedad de alguien) pero no para otros (daños a *res nullius* o a *res communes omnium*), ya que entonces la internalización de los costes de la contaminación sería sólo parcial y por ende insuficiente.

Por ello, haciendo un análisis económico a la responsabilidad por la deforestación como daño ambiental puro, se encuentra que la responsabilidad conduce a que quien destruye los bosques prevea en primer lugar que su actividad es menos beneficiosa económicamente frente a la obligación de reparar el daño que resulta demasiado costosa recomponer el área deforestada por el valor del bien afectado. Si bien es cierto que es difícil hacer una valoración de los bienes y servicios ambientales, esto está siendo superado por la economía ambiental.

7. El principio precautorio, como medida anticipada para proteger el medio ambiente, aunque no exista certeza científica del daño, fundamenta la responsabilidad por la deforestación cuando exista una amenaza de daño, el responsable debe adoptar las medidas económicas preventivas para proteger el medio ambiente y así, no causar daños al medio ambiente, esto podría darse, frente al incumplimiento de Estudios de Impacto Ambiental (EIA), de Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).
8. Con respecto a la modulación de los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, para que pueda aplicarse a los daños ambientales puros. Somos de la opinión de que es más favorable mantener un sistema abierto (artículos 142-147 de la Ley General del ambiente) en cuanto al sujeto responsable, puesto que de no ser así se restringiría innecesariamente la responsabilidad, quedando muchos agentes contaminadores o deterioradores del ambiente impunes; es decir, se librarían de responder. Como ejemplo de lo anterior citamos el siguiente caso: En agosto de 2009, más de 4.000 metros cúbicos de petróleo crudo se derramaron de un oleoducto subterráneo en dos hectáreas de la reserva de la naturaleza *Coussouls Crau*, que está adyacente al parque nacional de *Camargue*, en el sur de Francia. La autoridad competente- el Ministerio de Ecología, Energía, Desarrollo Sostenible y el Mar- está consultando con el operador y sus aseguradores en relación con la rehabilitación de los daños al medio ambiente. Sin embargo, debido a que la explotación de la tubería no es una actividad con arreglo al anexo III (actividades profesionales) de la Directiva 2004/35/CE⁴³⁴, el operador será responsable en virtud de la Directiva sólo si fue negligente⁴³⁵. En otras palabras no le es aplicable la responsabilidad objetiva. Lo que es una clara desventaja para la autoridad francesa (Ministerio de Medioambiente) quién se tendrá que “esmerar” para probar la negligencia de la empresa operadora.

⁴³⁴ DIRECTIVA 2004/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

⁴³⁵ **Comisión Europea (DG ENV)**. ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN EFICACIA DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DIRECTIVA (ELD) y disposiciones conexas CUESTIONES FINANCIERAS DE SEGURIDAD (ELD Implementation Efficiency and related Financial Security issues). Noviembre 2009 p. 83. Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/ELD%20Study%20November%202009.pdf>

9. El avance de la sociedad, de la tecnología, la ciencia, industria, etc.; ha comportado también el surgimiento de nuevas formas de daños. Entre estas nuevas formas de daños encontramos al daño ambiental puro, que como ya hemos visto no es individual sino colectivo. Este panorama ha sido propicio para que en la doctrina se venga discutiendo la mantención de la definición tradicional de daño-menoscabo o perjuicio a la persona individual o a sus bienes-; y así se empieza a hablar del daño como la lesión a un interés jurídicamente protegido. Compartimos esta posición pues abarca a los daños ambientales tradicionales y a los puros. Así en el caso específico de la deforestación se estaría vulnerando el interés que todo ciudadano peruano tiene a la conservación de los bosques patrios.
10. La antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad civil está siendo sujeta de fuertes embates en la doctrina especializada. Como ya se ha mencionado, en el desarrollo de esta tesis, gran parte de las críticas son debido a la existencia de daños causados por actos justos, legítimos y/o amparados en derecho. Apareciendo así la antijuricidad como un concepto insuficiente. Las nuevas tendencias del derecho civil pregona la exclusión de la antijuricidad, y se habla así del concepto de “daño injusto”. Es conveniente ahora analizar si en el artículo 1969 de nuestro Código Civil de 1984 se excluye la antijuricidad:

Artículo 1969:

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Este artículo está regido por el **principio de la atipicidad**, esto es, de la **ausencia de una predeterminación de figuras conductuales** que puedan ser las únicas admisibles para la reclamación resarcitoria por responsabilidad extracontractual.

A lo que, Leysser León⁴³⁶ es enfático al afirmar que el artículo 1969º de nuestro Código Civil contiene una cláusula normativa general, con el siguiente análisis:

“La proposición ‘aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo’, acaso presente en todos los códigos civiles del mundo, es una cláusula normativa general (...) o sea un enunciado cuyo contenido tiene que

⁴³⁶ LEÓN, L. (2004). La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Jurista Editores, Lima.

ser establecido por los intérpretes; en cuanto tal, no contiene una enumeración precisa de los supuestos de daño en los cuales surge la responsabilidad extracontractual, sino que posterga la determinación de estos hasta el momento de la apreciación hermenéutica.

Esta solución clara de atipicidad ha sido recogida del Código Civil francés de 1804, que en su artículo 1382 reza: “cualquier hecho del hombre, que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido a repararlo”.

Esto es lo que la doctrina italiana ha denominado *clausola generale di responsabilità*.

De acuerdo al análisis hecho a este artículo se concluye que el Código Civil respecto a la responsabilidad extracontractual adopta el criterio de la antijuricidad atípica, por lo que no excluye antijuricidad. Sin embargo tal como venimos señalando en materia de responsabilidad ambiental se debe adoptar la concepción de daño injusto⁴³⁷, en el cual no significa que ese daño deba provenir de una conducta antijurídica, ni mucho menos, que, siempre sea menester la culpa del agente, pues hay deber de reparar el daño proveniente de actos ilícitos, y también hay deber de reparar de actos lícitos; así como hay deber de reparar por culpa del responsable, y hay deber de reparar sin culpa del responsable o mejor aún, supuestos de responsabilidad civil en los que se hace abstracción de toda idea de culpa, es decir, supuestos de responsabilidad objetiva, por lo tanto, es el carácter injusto del daño lo que determina que no sea la víctima quien deba soportarlo y el que justifica su pretensión resarcitoria en contra del responsable.

En La Ley General del Ambiente parece prescindir de la antijuricidad cuando en su artículo 142.2 prescribe:

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

Sin embargo, en su artículo 146° literal “c” se contradice y/o genera confusión al regular las causas de justificación.

No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos:

⁴³⁷ Es injusto el daño cuando deriva de la lesión de intereses merecedores de tutela, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota con lo legal: la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños”, Edit. Hammurabi, t. 4, pág.124).

a)(...);

b)(...),

c) *Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por **una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable**, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión (la negrita es nuestra).*

Si hacemos una interpretación conjunta de las contenidas en el artículo 142.2, que nos habla de un daño causado contraviniendo o no disposiciones legales, y el daño a que se refiere el artículo 146 literal c), *Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por **una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable***, existe una evidente contradicción del legislador, el cual genera un gran problema porque no se puede determinar si se considera daño ambiental solo cuando contraviene normas o aun sin ellas. Por lo que, en La Ley General del Ambiente, urge una modificatoria que esté de acuerdo a las consideraciones que venimos desarrollando.

De todo lo anterior se concluye que se requiere simplemente de la lesión de dicho deber de *neminem laedere*; es decir, de la violación del deber de no dañar al medioambiente. Por eso no es preciso que el demandado haya cometido un delito o falta o una infracción administrativas, sino que basta que haya causado el daño, aunque el acto fuese conforme a derecho, excluyéndose de esta manera la antijuricidad.

Entonces la responsabilidad civil medioambiental: “es la obligación de reparar todo daño injusto causado al medio ambiente”, excluyendo de su contenido el presupuesto de la antijuricidad⁴³⁸.

En la responsabilidad civil por la deforestación no tendría relevancia alguna la antijuricidad, es decir, que no necesitamos que sea vulnerada ninguna disposición legal ni reglamentaria de protección a los bosques para que el daño al ambiente se configure, basta que con el sólo hecho de destruir los bosques, para que se configure un daño injusto al medioambiente, que la colectividad en general no tiene porqué soportar.

⁴³⁸ La recepción de las nuevas ideas que privilegian la reparación de todo **daño injusto**, nos parece que es la herramienta adecuada para superar una muy estrecha tipicidad del ilícito resarcible que solo condena o descalifica la violación de los derechos expresamente reconocidos en la ley. Y seguramente hará posible que se atiendan en el pretorio las quejas de tantas víctimas que exhiben lesión en sus afectos, en su espíritu o en su patrimonio, aunque no se encuentren revestidas del ropaje del derecho subjetivo absoluto.

11. Como podemos observar la doctrina y el derecho comparado dan diversas soluciones a la problemática del nexo causal en los daños ambientales puros. Sin embargo, consideramos que las soluciones más adecuadas son: la inversión de la carga de prueba-como producto de la aplicación del principio precautorio- y las presunciones legales de responsabilidad que trasladan la carga de la prueba hacia el demandado, por las siguientes razones:
- i. Las teorías clásicas basadas en la causalidad adecuada o en la equivalencia de condiciones explican la causa a partir de datos puramente fácticos, pero estos enfoques no sólo dificultan la prueba del nexo causal sino que introduce un elemento de confusión, porque el nexo causal al ser un concepto jurídico, un elemento del instituto de la responsabilidad, no tiene naturaleza fáctica sino jurídica. Una cosa es determinar desde un punto de vista fáctico si un daño es consecuencia de una determinada actividad y otra distinta decidir si ese daño se puede o no imputar jurídicamente a un acto determinado, como afirma GOMIS CATALÁ⁴³⁹: “la incertidumbre científica no debe conducir a la incertidumbre jurídica”.
 - ii. El asunto de determinar la relación de causalidad entre el hecho individual y el daño ambiental colectivo, no es tarea fácil para el derecho ambiental y resulta imposible determinarlo recurriendo a los presupuestos de la responsabilidad civil común. Normalmente los agentes concurren en conjunto en la contaminación, son varios los contaminadores del aire y del agua. En este caso podemos hablar de contaminadores difusos, muchos de estos difíciles de precisar o determinar. Es sabido que los daños ambientales, puede ocurrir, como al efecto ocurre, que son realizados en un tiempo determinado, sin embargo sus efectos son padecidos y sentidos mucho tiempo después y en zonas alejadas del lugar donde se produjo o se inició, pudiendo transcurrir años para que sus efectos sean vistos. Esta situación dificulta aún más la tarea de identificar el autor del daño ambiental.
 - iii. Los avances técnicos, adelantos científicos, el empleo de nuevas sustancias, como los organismos genéticamente modificados, pueden generar nuevos riesgos, en parte desconocidos, lo que está más a favor de que se facilite la prueba del nexo causal.

⁴³⁹ GOMEZ CATALÁ, L. “Responsabilidad Por Daños al Medioambiente”. Pamplona, 1998

- iv. Es el régimen más favorable para la víctima porque le ahorra todas las complicaciones de la prueba del nexo causal, que a veces resulta imposible y muy oneroso. En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño.
- v. Incentiva a los potenciales responsables para que adopten un mayor grado de cuidado. Las empresas que realizan actividades riesgosas para el medioambiente son adecuadas para producir contaminación, daños ambientales y además perfectos para crear riesgos ambientales. Como cada empresa contamina o produce contaminación y de por sí es riesgosa y capaz de producir el daño que se le imputa, es lógico pensar que si existe contaminación debe ser una de ellas la que contamina, y si esta no contamina, entonces podrá demostrar mediante su cumplimiento ambiental, que no es la empresa que está concurriendo a la contaminación o a la producción de daños al ambiente.
- vi. Verdaderamente la responsabilidad no puede imponerse sólo sobre la base de consideraciones de tipo causal, porque el nexo causal será en muchas ocasiones incierto, tienen que entrar en juego otros criterios como, por ejemplo, el del fin protector de la norma fundadora de la responsabilidad. Así pues hoy en día se habla del principio INDUBIO PRO NATURA⁴⁴⁰.

No obstante los argumentos anteriores a favor de la inversión de la carga probatoria en los daños ambientales, nuestros legisladores se muestran reacios a incluir dicha solución en un precepto legal. Es así que en el proyecto de creación de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, su artículo 147°, contenía una norma de este tipo, es decir que recogía una presunción legal del nexo causal y a la vez invertía la carga de la prueba:

"En materias distintas a la penal, si por los antecedentes del caso o las responsabilidades legales atribuidas, el daño ambiental pudo haber sido originado por una acción u hecho atribuible a un agente, se

⁴⁴⁰ **Criterio precautorio o indubio pro natura:** cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.

presumirá la relación de causalidad entre éste y el daño ambiental. En estos casos el descargo corresponde al agente".

Este artículo no se incluyó en la Ley General del Ambiente. El poder ejecutivo lo observó por las siguientes razones:

- ✓ Primero, el artículo sólo hace mención a los daños ambientales. No hacía referencia el artículo a los daños a la salud o al patrimonio a través del ambiente, generando confusión.
- ✓ En segundo lugar, el problema de inconstitucionalidad derivado del hecho de extender este mecanismo a los procesos administrativos (en tanto la propuesta original sólo se excluían los procesos penales)⁴⁴¹.

Posteriormente, se han presentado dos proyectos de ley para regular la inversión de la carga de la prueba por presunción; primero el Proyecto de Ley N° 400/2006-CR⁴⁴², que propone “asignar la carga de la prueba a los titulares de las actividades mineras denunciadas por transgresión de las normas de protección del medio ambiente...”; el segundo Proyecto de Ley N° 2076/2007-CR⁴⁴³, que propone una “Ley que incluye el artículo XII del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, Principio de inversión de la carga de la prueba” que señala lo siguiente:

“Artículo XIIº.- Principio de inversión de la carga de la prueba

En materias distintas a la penal y a la administrativa, cuando se produzca un daño ambiental y éste haya podido ser originado por una

⁴⁴¹ <http://blog.pucp.edu.pe/item/4444/es-la-ley-general-del-ambiente-una-norma-disminuida>.

⁴⁴² Período: Período de Gobierno 2006- 2011. Legislatura: Primera Legislatura Ordinaria 2006 Número: 00400/2006-CR Fecha Presentación: 12/10/2006 Proponente: Congreso Grupo Parlamentario: Partido Aprista Peruano Título: MINERÍA: L. 27474/ASIGNA CARGA DE PRUEBA TITULARES DE ACTIVIDADES... Sumilla: Propone asignar la carga de la prueba a los titulares de las actividades mineras denunciadas por transgresión de las normas de protección del medio ambiente, así como incorporar el artículo 20º a la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras. Autores (*): Rebaza Martell Alejandro Arturo, Calderón Castro Wilder Félix, Vílchez Yucra Nidia Ruth, Benites Vásquez Tula Luz, Falla Lamadrid Luis Humberto, Flores Torres Jorge León, Sánchez Ortiz Franklin Humberto Adherentes(**) (Actualmente en trámite) Disponible en [:http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf)

⁴⁴³ Período de Gobierno 2006- 2011. Legislatura: Primera Legislatura Ordinaria 2007 Número: 02076/2007-CR Fecha Presentación: 22/01/2008 Proponente: Congreso Grupo Parlamentario: Multipartidario Título: AMBIENTE: L. 28611/INCLUYE ARTÍCULO XII A LA LEY GENERAL DEL... Sumilla: Propone incluir el artículo XII del Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, Principio de inversión de la carga de la prueba. Autores: Mayorga Miranda Víctor Ricardo, Otárola Peñaranda Fredy Rolando, Cabrera Campos Werner, Sumire de Conde María Cleofé, Abugattás Majluf Daniel Fernando, Venegas Mello Rosa María, Ordóñez Salazar Juvenal Ubaldo Adherentes: Silva Díaz, Juvenal Sabino. (Actualmente en trámite) <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

acción, omisión u hecho atribuible a un agente determinado, se presume la relación de causalidad entre este agente y el daño ambiental. En estos casos, la carga de la prueba corresponde al agente.

Estos proyectos de ley han sido criticados en diversos dictámenes sus principales opositores son el Ministerio de la Producción, el Ministerio de energía y minas, y La Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía así:

- El Ministerio de Energía y Minas, mediante Oficio N° 0312-2008-MEM/DM, de fecha 3 de marzo de 2008, suscrito por el señor Ministro, Arqto. Juan Valdivia Romero, remite el Informe N° 038-2008-MEM-AAE-NAE/KPV, de fecha 21 de febrero de 2008, suscrito por la Dra. Katherine Paredes Vásquez, abogada de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos. El informe señala que "...si exigiéramos prueba en contrario para desvirtuar una construcción imaginativa basada en unos pocos hechos, estaríamos vulnerando la garantía constitucional de la presunción de inocencia garantizada por la constitución del Estado." y que "...con la propuesta planteada se estaría promoviendo irracionalmente la presentación de las demandas judiciales y denuncias ambientales."

Asimismo, adjunta el Informe N° 206-2008-MEM-AAM/IGS/RC, de fecha 25 de febrero de 2008, suscrito por los Dres. Inés Gutiérrez Spelucín y Raul Camborada Vejarano, que cuenta con la conformidad del Ing. Fredesbindo Vásquez F., Director General de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. El informe concluye emitiendo su opinión favorable a la propuesta, siempre que ésta sea acotada de la siguiente manera:

"En los casos de responsabilidad subjetiva, y en materias distintas a la penal, se presume iuris tantum la responsabilidad del agente del daño ambiental, si existe infracción a las normas de estándares nacionales de calidad y salud ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales y aprovechamiento sostenible, establecidas en la presente ley o en otras

disposiciones legales, reglamentarias o administrativas cuyo cumplimiento le fuera exigible.”

Finalmente, acompaña el Informe N° 034-2008-MEM/OGJ, de fecha 14 de febrero de 2008, suscrito por el Dr. César Zegarra Robles, Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica. El informe sostiene que con “...un proyecto como el que se pone a consideración, se corre el riesgo de legitimar un mecanismo que viabilice denuncias sin mayor sustento...”; adicionalmente estima que “...dada la inversión de la carga de la prueba, el titular del proyecto de inversión deberá asumir los costos y costas de este procedimiento, sin contemplar la posibilidad que el referido titular sea efectivamente inocente (y que para entonces ya ha pagado todos los gastos que requirió para demostrarlo), sin poder repetir contra aquél que lo denunció.”

- El Ministerio de la Producción, con Oficio N° 099-2008-PRODUCE/DM, de fecha 15 de abril de 2008, suscrito por el señor Ministro, Ing. Rafael Rey Rey, remite el Memorando N° 019-2008-PRODUCE/DVI-MRB, de fecha 15 de febrero de 2008, suscrito por el Sr. Martín Rosas Bazán, Asesor del Viceministerio de Industrias, que concluye opinando desfavorablemente respecto de la propuesta dado que “En un contexto de conflictos sociales que innecesaria o injustamente se suelen provocar, con propósitos políticos desestabilizadores, el Proyecto de Ley N° 2076/2007-CR nos parece sumamente peligroso para la estabilidad económica, social y política de nuestro país, ya que podría ser fácilmente utilizado para desincentivar nuevas inversiones nacionales y extranjeras, como también para trabar o afectar las inversiones existentes,...”
- La Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, mediante Carta PR-C-096-07, de fecha 18 de octubre de 2007, suscrito por su Presidente Isaac Cruz Ramírez se pronuncia porque el proyecto de ley “...resulta contrario a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. El principio de razonabilidad exige encontrar una justificación lógica en las conductas y circunstancias que motivan todo acto de los poderes públicos, no puede tolerarse la realización o expedición de actos o normas arbitrarias. El principio de proporcionalidad establece que debe existir un balance o equilibrio adecuado entre el fin que se quiere alcanzar por una norma y los

medios a emplear para llevar a cabo dicho fin.”; en este sentido se considera que la propuesta “...atenta contra el principio de presunción de inocencia...” razón por la cual se opina que “...debe ser ARCHIVADO.”

Como podemos ver las principales preocupaciones de los opositores es que: a) se vulnere el principio de presunción de inocencia; y b) se incentive una avalancha de demandas sin mayor sustento.

Al respecto cabe precisar lo siguiente:

- 1) Al invertir la carga de la prueba, no se vulnera el principio constitucional de presunción de inocencia. Es incorrecto porque nuestro ordenamiento jurídico, desde el propio Código Civil, que data de 1984 y las normas procesales civiles y administrativas establecen claramente la posibilidad de invertir la carga de la prueba, cuando la Ley así lo considere conveniente sin mayor requisito que la voluntad del legislador. La regla general es que quien alega algo tiene que probarlo; empero, esa regla admite excepciones⁴⁴⁴.

En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera también excepciones a este principio⁴⁴⁵. Asimismo, diversas legislaciones del mundo acogen las presunciones de responsabilidad⁴⁴⁶.

Además, se cita incorrectamente, a nuestro criterio, la violación del artículo constitucional sobre la presunción de inocencia y la referencia

⁴⁴⁴ Código Procesal Civil (Arts196 y 501°); los artículos 370°, 1273° y 1969° del Código Civil; literales 2° y 3° del artículo 27° de la Ley N° 26636 (Ley General del Trabajo); El párrafo cuarto del artículo 39° de la Ley N° 27809 (Ley General del Sistema Concursal); El artículo 44° de la Ley N° 27811, Ley del Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de la Propiedad Intelectual vinculados a los Recursos Biológicos; El artículo 24° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-98-CD-OSIPTEL; En materia electoral la Resolución N° 657-2002-JNE; el párrafo 7 del artículo 5° de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Todas estas normas invierten la carga de la prueba.

⁴⁴⁵ En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión ha encontrado tres situaciones en las que la carga de la prueba no recae exclusivamente en la acusación: (a) infracciones relacionadas con la responsabilidad objetiva, (b) infracciones en las que se ha invertido la carga de la prueba, y (c) cuando se ha dictado una orden de incautación. En este caso, la acusación debe presentar pruebas que demuestren que el acusado cometió el acto material (*actus reus*) de la infracción, pero no tiene que mostrar que su intención era actuar de esa manera o producir ese resultado. Estas infracciones están reguladas en el CEDH, pero el Estado no está obligado a demostrar la "intención dolosa" (*mens rea*) del acusado. El Tribunal de Derechos Humanos ha comprobado que las legislaciones penales de los Estados tipifican las infracciones de responsabilidad objetiva²¹. En lo que respecta a estas infracciones, sólo debe demostrarse el hecho de que el acusado cometió el acto y, si se demuestra, puede existir una presunción en su contra. Puede verse en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0174es01.pdf

⁴⁴⁶ Así tenemos, Chile, Brasil, Argentina, México, Costa Rica, España, Ecuador.

a que este dispositivo constitucional estaría siendo violentado. La presunción de inocencia está consagrada en nuestra Constitución en el literal e) del numeral 24 del artículo 2º, que a la letra dice:

“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”

Violar este principio implicaría establecer que en determinada circunstancia alguien resulta culpable en tanto no se haya declarada judicialmente lo contrario. Sin embargo, no tiene nada que ver, el principio de presunción de inocencia con la carga de la prueba. Como ya hemos dicho antes, la presunción de inocencia protege al acusado o demandado en tanto no haya un pronunciamiento judicial firme que confirme o no tal inocencia, pero no existe en la Constitución previsión alguna respecto de sobre quién debe recaer la carga de la prueba.

- 2) Respecto de la posibilidad de enfrentar un mayor número de denuncias al no requerirse para ello la presentación de prueba alguna, ello es solamente una presunción y no constituye una razón de orden legal o constitucional que pueda impedir la aprobación de las propuestas materia del presente dictamen. Ahora el argumento de que las partes que estuvieron en la obligación de probar y efectivamente probaron su inocencia judicialmente no podrían repetir en contra de los denunciantes para obtener un resarcimiento por los gastos en que incurrieron para probar su inocencia.

Ello no es cierto ya que, en efecto, cualquier persona acusada o demandada por cualquier hecho, que resulte exculpada o liberada de responsabilidad judicialmente, está en la plena capacidad de iniciar una acción por daños y perjuicios contra quien lo demandó, lo cual resulta ser, además, el parámetro objetivo que puede contribuir a que, en efecto, no se presenten denuncias injustificadas⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ **Artículo 1982º.- (Responsabilidad por denuncia calumniosa).**Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

Al respecto cabe señalar que estos proyectos de ley han recibido también opiniones favorables⁴⁴⁸, que esperamos que al final inclinen la balanza a favor de su aprobación.

Corresponde ahora referirnos a la inversión de la carga de la prueba aplicada a los problemas de deforestación en nuestro país. Así planteamos las siguientes presunciones legales:

1. El dueño de un predio es presunto responsable de la deforestación allí acaecida.
2. Se presume responsable al titular de una concesión forestal:
 - De la madera ilegal procedente del lugar de la concesión (concordado con el artículo 41 de Proyecto ley N°4141-2009-PE).
 - De la extracción o movilización de recursos forestales no autorizados.
 - Del cambio no autorizado del uso de la tierra.
 - De la realización de actividades distintas a las otorgadas en virtud del título habilitante
3. Se le presume responsable al que adquiere, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, vende, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especímenes forestales maderables de origen ilícito, protegidos o no por la legislación nacional. La responsabilidad es solidaria en caso de concurrencia de sujetos.

Debemos señalar que el Proyecto de ley N° 4141/2009/PE (Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre) acoge en su Título Preliminar la inversión de la carga de la prueba:

ARTICULO XII: ORIGEN LEGAL

*El origen legal de los bienes, productos y subproductos del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación **deberá ser acreditado** por las personas naturales y jurídicas que los tengan en su poder.*

⁴⁴⁸ Entre ellas tenemos: La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental; La Defensoría del Pueblo; La Contraloría General de la República; El Ministerio Público; El Ministerio de Salud; El Ministerio de Transportes y Comunicaciones; El Ministerio del Ambiente. Todas estas instituciones han opinado favorablemente por la inclusión de la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental.

12. Nuestro país acoge la responsabilidad objetiva para los casos de daños ambientales. Creemos que es un gran paso; sin embargo, se hace necesario la adopción de un régimen constitucional⁴⁴⁹ basado, como norma general, en la responsabilidad objetiva por los daños ambientales, se hace necesario plasmar en nuestra Constitución esta institución, así como precisar en nuestra LGA qué tipo de responsabilidad objetiva acogemos (la amplia o la restringida).
13. Consideramos que la legitimación para demandar por los daños ambientales puros deberán tenerla las siguientes instituciones:

A. EL MINISTERIO PÚBLICO

La legitimidad del Ministerio Público para proteger el medio ambiente nace producto de las competencias otorgadas por nuestra Constitución Política:

Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

- 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.*
- 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.*
- 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.*
- 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.*
- 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.*

“ ... ”

Las fiscalías ambientales en el Perú creadas por resolución de junta de fiscales supremos N° 038-2008-MP-FN-JFS, con la finalidad principal de estas fiscalías es la defensa del medio ambiente y los recursos naturales, en concordancia con el derecho fundamental a tener un ambiente sano y equilibrado.

Las fiscalías especializadas en materia ambiental tienen competencia para conocer la investigación de los delitos ambientales tipificados en el Título XIII de la Parte Especial del Código Penal⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Como Ecuador lo ha sintetizado en su norma fundamental, la Constitución de Montecristi de 2008 (art. 396)

⁴⁵⁰ Artículos: Contaminación del ambiente (artículo 304), Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos (artículo 306), Tráfico ilegal de residuos peligrosos, (artículo 307), Tráfico

Según el Boletín del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público⁴⁵¹, en los operativos realizados al nivel nacional se ha registraron:

- ✓ Se han realizado 450 operativos de prevención y persecución de delitos ambientales a nivel nacional.
- ✓ Se han decomisado 1´518,200 pies tablares de madera de cedro, caoba, tornillo, shihuahuaco, lupuna, bolaina, entre otras.
- ✓ Se han decomisado 4,060 especies de fauna silvestre, tales como águilas, monos, piguichos, osos de anteojos, loros de cabeza roja y amarilla, añujes, pericos esmeralda, tortugas, guacamayos, entre otras.

De acuerdo a las atribuciones concedidas por la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público, se encuentra legitimado para interponer acciones civiles por daño ambiental en defensa del medio ambiente, por defender los intereses públicos, y representar a la sociedad. Si embargo, no se otorga competencias a fiscalías ambientales y/o civiles para demandar este tipo de daños.

Asimismo, de la experiencia de las fiscalías ambientales recogidas de enero a diciembre del 2009, demuestran el trabajo de las Fiscalías Ambientales en materia penal pero no respecto a la materia Civil.

Por ello, se necesita desarrollo legislativo para crear el reglas de juego para proteger el medio ambiente de esta manera.

B. LEGITIMIDAD DE LAS ONGs

Las ONGs (organizaciones no gubernamentales) se presentan, por definición, como entes independientes de los Estados y representantes de la ciudadanía.

Para asegurar la representación adecuada y preservar los derechos del grupo, las asociaciones deben tener un programa bien definido. En consecuencia, una asociación debería poder promover una acción

ilegal de especies de flora y fauna, silvestre protegidas (artículo 308), Tráfico ilegal de especies acuáticas de flora y fauna silvestre protegidas (artículo 308-A), Extracción ilegal de especies acuáticas (artículo 308-B), Depredación de flora y fauna silvestre protegidas (artículo 308-C); Tráfico ilegal de recursos genéticos (artículo 308-D) Delitos contra los bosques o formaciones boscosas (artículo 310); Tráfico ilegal de recursos forestales maderables (artículo 310-A), Obstrucción de procedimiento (artículo 310-B), Utilización indebida de tierras agrícolas (artículo 311), Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley (artículo 312), Alteración del ambiente o paisaje (artículo 313), Responsabilidad del funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos (artículo 314), Responsabilidad por información falsa contenida en informes (artículo 314-B).

⁴⁵¹ http://www.mpfn.gob.pe/descargas/boletines/Boletin_Observatorio_Mayo2010.pdf

colectiva solamente para proteger intereses esencialmente relacionados con los fines institucionales establecidos en sus estatutos⁴⁵².

Las asociaciones son consideradas los representantes naturales de los derechos de grupo, no en virtud de sus propias declaraciones en sus estatutos, sino porque existe una correspondencia natural entre el carácter *transindividual* del derecho que se exige ante el tribunal y la necesidad de un representante *transindividual*⁴⁵³.

Tal como venimos diciendo estos organismos no gubernamentales creadas para proteger el medio ambiente, son representantes de grupos indeterminados, por ello, tienen legitimidad para demandar por los daños ambientales puros, pues en el Perú cumplen un papel importante en la promoción y defensa del medio ambiente, convirtiéndose en activistas ambientales que luchan para proteger el medio ambiente.

C. LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

Creada por la Constitución de 1993, esta institución que defiende los derechos fundamentales y a la comunidad, supervisa la prestación de los servicios públicos a la población.

Dentro de ello puede ejercer acciones como iniciar o proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación para el esclarecimiento de los actos y resoluciones de la administración estatal y sus agentes que manifiesten un ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo, o excesivo(...) y que afectan la vigencia plena de los derechos constitucionales de la persona y de la comunidad.

Es cierto que la defensoría del pueblo, realiza investigaciones diferentes a la investigación del Ministerio Público, y el Poder Judicial, ya que su finalidad es contribuir a la defensa de los derechos fundamentales, así como a la vigencia de los valores y principios que rigen el Estado Democrático de Derecho.

La idea de que la Defensoría del Pueblo tenga legitimidad para demandar responsabilidad por daños ambientales no desnaturaliza sus funciones toda vez que lo haría dentro un canal especial de intervención en el ámbito de la administración de justicia que corresponde a su facultad para iniciar y

⁴⁵² Barbosa Moreira, Véase Barbosa Moreira, "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988", *Revista de Processo*,

núm. 61, 1991, pp. 187 y 191; Milaré, Édis.

⁴⁵³ Antunes, Luís, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*, 1989, pp. 26 y 27; Cresti, Marco, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, 1992, p. 59; Mancuso, Rodolfo, *Ação civil pública*, 2001, p. 101.

seguir procesos constiucionales, de igual manera en defensa del derecho fundamental a un derecho sano y equilibrado puede iniciar procesos de reponsabilidad por daño ambiental puro.

La misión de la Defensoría del Pueblo de velar porque se respeten los derechos de las personas y de la comunidad, es el sustento para que tenga legitimidad.

Por otro lado, cabe precisar que no creemos conveniente otorgar la legitimación activa a los particulares debido a que la reclamación por daños ecológicos puros plantea diversas dificultades procesales. Así tenemos: a) la falta de incentivos para reclamar por daños en apariencia poco graves o que exigen del demandante una fuerte inversión para probar su pretensión; b) el proceso judicial tradicional, de “uno contra uno”, puede resultar inadecuado si el deterioro del medio ambiente lleva a miles, tal vez millones, de víctimas, a reclamar; c) los procesos relativos a daños medioambientales suelen ser complejos y penosamente largos; d) la falta de una jurisdicción especializada completa un panorama que invita poco a litigar en defensa de recursos o bienes colectivos; y e) el destino del monto de la reparación ó la indemnización no puede ser un particular, sino, un fondo público de reparación ambiental o invertirse en las medidas de prevención y restauración del daño.

Tampoco la Administración Pública debería estar legitimada, dado que otorgarle la legitimación activa podría conducir:

- i. A que nadie reclamase por daños ambientales causados por las Administraciones sobre sus propios bienes o que la Administración bloquease la reparación de los daños al medio ambiente en otros casos.
- ii. A veces existe una coincidencia de intereses entre el Estado y la víctima. Es decir, que pueden surgir situaciones en que el Estado sea causante del daño y víctima a la vez, como podría ser el caso del vertido del *Prestige*⁴⁵⁴, lo que es una clara desventaja para el medio

⁴⁵⁴ El 13 de noviembre de 2002 el barco se encontraba transitando, con 77.000 Tm de fueloil a 28 millas (52 km) de Finisterre, cuando se vio inmerso en un temporal y sufrió una vía de agua. El 19 de noviembre, tras intentar alejarlo de la costa, se partió en dos a las 8 de la mañana, hundiéndose a una profundidad de 3.850 m. El petrolero, que estaba en ese momento a unos 250 km de la costa española, provocó las primeras manchas negras en la costa. Según informaciones difundidas últimamente, el capitán del ‘Prestige’ no es el responsable del hundimiento del barco. Partiendo de los datos de ABS y Smit Salvage, confirman que el capitán puso el barco a salvo y que la decisión española de arrancar la máquina contribuyó a la catástrofe. Para más información consulte: http://mare nostrum.org/ecologia/medio_ambiente/prestige/

ambiente ya que frustra la indemnización. Así el Estado español ve reducida o excluida su reclamación indemnizatoria contra el propietario del barco o el FIDAC⁴⁵⁵ por los daños causados por el vertido del *Prestige* (arg. art. 3.3 CRC), por el hecho de haber actuado con culpa (regla de la culpa de la víctima), en aquellos regímenes de responsabilidad que comprenden también el daño ecológico puro.

- iii. El Estado debe representar los intereses de los ciudadanos, por lo que debiera ser más responsable que la empresa privada, tanto en términos sociales como ambientales. Sin embargo, el Estado es una fuente de contaminación más peligrosa que las privadas, debido a que es juez y parte en la solución y tiene mayor poder de presión ante los entes fiscalizadores y funcionarios del mismo Gobierno. Así tenemos a Chile donde la minería estatal emite más elementos contaminantes que la industria privada. La mayoría de los planes de descontaminación que se han llevado a cabo en el país se han generado por saturación de cuencas donde opera la minería estatal.⁴⁵⁶ Otro claro ejemplo lo encontramos en Norteamérica, en 1991, el Pentágono de USA señaló que había 17.400 sitios contaminados con desechos tóxicos provenientes de 1.850 instalaciones gubernamentales. Estos se filtraban a aguas subterráneas contaminando terrenos agrícolas. Cuando los ciudadanos intentaron demandar al Estado, descubrieron que no era posible debido a que el Gobierno tiene “inmunidad soberana”⁴⁵⁷. Nuestro Estado Peruano también tiene lamentables antecedentes de contaminación⁴⁵⁸. Asimismo, las operaciones militares

⁴⁵⁵ España no sólo se arriesga a afrontar en solitario los 968,5 millones de euros que gastó en la catástrofe del *Prestige* si finalmente el ex alto cargo imputado, José Luis López Sors, sale condenado del juicio. También tendrá que devolver buena parte de los 115 millones de euros que ya ha recibido del Fondo Internacional de Indemnización de Daños por Contaminación (Fidac), dependiendo del nivel de culpabilidad de los distintos imputados que el tribunal dictamine en su momento. Tampoco podrá acceder como país afectado por la marea negra a la totalidad de los 22,5 millones depositados en una cuenta del juzgado de Corcubión por la aseguradora del buque, el London P&I Club, en concepto del límite de responsabilidad que la normativa otorga al propietario.

Esta curiosa situación legal se explica en el doble papel de España como afectado y presunto culpable de parte de la contaminación, materializado tras el auto en el que se vuelve a imputar al ex director de la Marina Mercante, José Luis López Sors. Pero también en dos artículos de los convenios internacionales por los que se rige tanto la responsabilidad civil por los vertidos como el fondo de 1992 para complementar el pago de las indemnizaciones. Véase:

http://www.lavozdeg Galicia.es/galicia/2009/10/09/0003_8024939.htm

⁴⁵⁶ Para más información consúltese: http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/ta-83-julio-septiembre2006.pdf

⁴⁵⁷ Di Lorenzo, Thomas; *Why Socialism causes Pollution?*, *The Freeman: Ideas on Liberty*, Vol 42, N° 3, Marzo 1992.

⁴⁵⁸ Las entidades que manejaban el abastecimiento de agua y el alcantarillado de las ciudades continuaron con la modalidad de verter sus aguas servidas a los cursos de agua más cercanos, sin ningún tratamiento, al igual que lo venían haciendo las demás empresas públicas, con lo que el propio Estado Peruano se convirtió en otro contaminador del ambiente. Puede verse:

pueden suponer una hecatombe, no sólo para las personas, sino también para el medio ambiente.

- iv. La posibilidad de interferencias políticas y la ineficiencia de la Administración también se cuentan entre los aspectos negativos de concederle legitimación activa.

14. En materia de daños ambientales puros es mejor adoptar la imprescriptibilidad de la acción para reparar estos menoscabos al medioambiente. Por los siguientes fundamentos:

- La consideración del derecho a un medio ambiente sano adecuado como un derecho humano.
- La naturaleza colectiva del medio ambiente.
- La equiparación de los daños al medio ambiente en gran escala y magnitud con los delitos de lesa humanidad (que son imprescriptibles).
- Evitaría que transcurra el plazo antes de que se conozca el nexo causal, o se tenga certeza de la existencia del daño ecológico puro.
- Es el autor del daño ambiental puro quien debe afrontar la reparación, no la colectividad.
- Evitaría el complejo problema del inicio del cómputo del plazo prescriptorio.

Nuestra Ley General del Ambiente carece de norma al respecto, es un gran vacío que se tiene que llenar, demasiado relevante como para obviarlo y dejarlo a la incertidumbre de la interpretación.

15. Como puede verse, existen varios métodos para valorar el daño al medio ambiente. Sin embargo, resulta difícil determinar cuál de ellos es preferible o afirmar que uno deba preferirse definitivamente a los demás. Ninguno de ellos permite medir el valor con una exactitud científica y falta, por tanto, un método universal o perfecto. De lo que se trata es de aunar esfuerzos, y valerse de todos los métodos posibles para valorar adecuadamente un daño al medio ambiente. Estamos convencidos que la valoración abstracta- mediante la cual el legislador o los Tribunales establecen tablas, fórmulas o baremos de

<http://www.google.es/url?sa=t&source=web&cd=6&ved=0CCQQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.ciplima.org.pe%2Fsanitaria%2Fconta.doc&rct=j&q=EI%20Estado%20peruano%20contaminador&ei=eJqaTMmMCs7fOIO98ZQP&usg=AFQjCNFj-aO9g8YqrqgQOV7yj5dFo84lw>

valoración- también solucionaría muchos problemas, sobre todo para los daños más frecuentes. Sin embargo, es el Juez quien en una Resolución debidamente motivada aplicará los métodos de valoración que él considere necesarios para una justa reparación (método de la equidad).

El Proyecto de ley N° 4141/2009/PE (Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre) recoge la importancia de establecer parámetros o esquemas de valoración de los servicios forestales:

Artículo XI T.P.: Valoración integral del patrimonio nacional forestal y de fauna silvestre

Es deber prioritario del Estado Peruano la evaluación y valoración del Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre de la Nación y la inclusión de la valoración en las cuentas nacionales; así como la promoción de esquemas de pago o compensación por los bienes y servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre y otros instrumentos económicos y financieros en beneficio de la gestión de patrimonio.

16. En conclusión, no parece que pueda decidirse en términos absolutos entre la reparación en especie o mediante equivalente pecuniario. Si bien la primera parece preferible, en la medida en que restituya al medio ambiente a su estado normal, puede ser prohibitivamente cara o fomentar la litigiosidad sobre su correcta ejecución. Frente a ello, la indemnización pecuniaria puede permitir que la víctima haga reparar el daño adecuadamente, a costa del responsable. Lo importante no parece tanto que se pague en dinero o se repare en especie sino, en el primer caso, que la indemnización se destine al fin para el que se pagó.

La idea es también que las dos formas de reparación sean excluyentes sino que se complementen de hecho, aunque se adopten las primeras medidas indispensables de reparación de los daños ecológicos en especie, es posible que hagan falta sumas de dinero complementarias para asegurar que el daño quede reparado a largo plazo. La indemnización no sustituye aquí, sino que complementa, a la reparación *in natura*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Así, la Ley de Aragón 6/1998, de 19 de mayo, sobre espacios naturales protegidos,³⁴² prevé que, al margen de la restauración del medio ambiente, el infractor deberá pagar una indemnización *en todo caso* (art. 79 *i.f.*; cf. parecidamente art. 37.5 LCENP). En efecto, algún tipo de compensación parece necesaria, en la línea de lo que nuestra ley prevé (arts. 95 y 100. Ley de Costas; art. 36 LR). Normas parecidas se encuentran en otras muchas leyes sobre protección de la naturaleza, tanto autonómicas (*v.gr.* art. 55 Ley de la Comunidad Valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, sobre espacios naturales protegidos)³⁴³ como extranjeras (*v.gr.* art. 145 LGMA Nicaragua y § 8.2 *Grunen-UHG-E*). Incluso, con carácter general, el CC italiano. prevé que la indemnización complementa a la reparación *in natura* cuando ésta no sea completamente posible (art. 2058).

La reparación efectivamente serviría para instalar no solo los elementos del medio ambiente desaparecidos sino para que recupere las funciones perdidas.

TITULO V

PROPUESTA LEGISLATIVA

LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Artículo 1.- Objeto.

Esta ley regula la responsabilidad de los operadores de un bien riesgoso o peligroso, del que ejerce una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, y de cualquier persona natural o jurídica, de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 2 inciso 22 y 68 de la Constitución y con los principios de prevención, precautorio y de que «quien contamina paga».

Artículo 2.- Definición de daño medioambiental

«Daño ecológico»: Es el cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente.

A efectos de la presente ley, se entenderá por «Daño medioambiental»:

- a) Los daños a las especies silvestres y a los hábitat, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies, sea lícito o ilícito.
- b) Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas.
- c) Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo.
- d) La contaminación atmosférica, entendida como las emisiones a la atmósfera fuera del nivel permitido por la ley.

Artículo 3.- Ámbito de Aplicación.

Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por los operadores de un bien

riesgoso o peligroso, del que ejerce una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, y de cualquier persona natural o jurídica, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

Artículo 4.- Excepciones.

1. La presente Ley no se aplicará a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de tales daños provocados por:

- a) Un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección;
- b) Un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;

Artículo 5.- *Ámbito temporal de la responsabilidad medioambiental.*

Esta ley es de aplicación a los daños medioambientales sin límite de tiempo siendo imprescriptibles.

Artículo 6.- *El nexo causal*

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

En materia civil, si por los antecedentes del caso o las responsabilidades legales atribuidas, el daño ambiental pudo haber sido originado por una acción u hecho atribuible a un agente, se presumirá la relación de causalidad entre éste y el daño ambiental. En estos casos el descargo corresponde al agente.

Artículo 7.- *Daños a particulares.*

Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental.

Artículo 8.- *Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas.*

Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, así como a la reparación de los daños medioambientales

causados por los operadores de actividades económicas o profesionales, o cualquier persona, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.

Artículo 9.- Atribución de responsabilidades

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Los causantes o presuntos causantes del daño están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos.

El cumplimiento de los requisitos, de las precauciones y de las condiciones establecidas por las normas legales y reglamentarias o de los fijados en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el ejercicio de una actividad económica o profesional, en particular, en las autorizaciones ambientales integradas, no exonerará a los causantes o presuntos causantes de responsabilidad medioambiental.

Artículo 10.- La Legitimidad

La legitimidad para demandar la reparación de los daños ambientales puros, corresponde al Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y las Organizaciones no Gubernamentales que tengan como objeto la protección del medio ambiente. Los sectores públicos del área que se produjo el daño están obligados a contribuir con los demandantes.

Todos los ciudadanos respecto a los daños ambientales puros pueden solicitar por escrito o verbalmente a las instituciones legitimadas para que demanden la reparación de un determinado daño ambiental puro.

Artículo 11.- Valoración del daño ambiental

Para valorar el daño ambiental puro y determinar el monto reparador o indemnizatorio el Juez se valdrá de todos los métodos existentes en la doctrina ambiental, de los estándares establecidos por la ley. Siendo obligatorio detallar mediante resolución motivada la aplicación de los métodos de valoración que él considere necesarios para una justa y equitativa reparación.

Artículo 12.- La reparación

- a) *Reparación primaria:* Toda medida correctora que restituya o aproxime al máximo los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados a su estado básico.

b) *Reparación complementaria*: Toda medida correctora adoptada en relación con los recursos naturales o los servicios de recursos naturales para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados.

c) *Indemnización compensatoria*: Cuando el daño al ambiente sea irreparable el sujeto agente responderá mediante compensación económica, la cual será determinada por el juez teniendo en cuenta el valor del recurso natural, la pérdida del uso del mismo, la pérdida de los servicios ambientales, los costes de evaluación del daño, así como el daño moral ecológico.

Artículo 13.- Fondo estatal de reparación de daños medioambientales.

El destino de la indemnización compensatoria será el Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales, dedicado adoptar medidas de prevención, de evitación y de reparación de los daños al ambiente. Dicho Fondo será gestionado por el Fondo Nacional del Ambiente y se dotará con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado.

Artículo 14.- Seguro obligatorio ambiental

Es obligatorio que cualquier persona (natural o jurídica) operadora de un bien riesgoso o peligroso, y del que ejerce una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa contratar un seguro ambiental.

El Estado Peruano adoptará medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- El Estado se compromete a desarrollar en el plazo de 90 días el reglamento de la presente Ley.

SEGUNDA.- Deróguese toda norma legal que contravenga a lo estipulado por la presente Ley.

TITULO VI

CONCLUSIONES

1. La consideración del ambiente como bien jurídico exige como primera premisa que el orden legal distinga con claridad entre éste y los elementos que lo integran. Es decir reconocerlo como un bien unitario en el cual confluyen, en un *unicum* indistinto todos los recursos naturales, como la Corte Constitucional Italiana ha señalado: un bien jurídico inmaterial unitario.
2. La deforestación y la degradación de los bosques implica la vulneración de derechos fundamentales, en particular el derecho a gozar de un ambiente adecuado donde vivir. Esto afecta directamente a las condiciones de vida presentes y futuras de las poblaciones, disminuyendo sus posibilidades de prosperidad y sostenibilidad.
3. Los bosques cumplen un papel importante, en la protección del medio ambiente y para mitigar, evitar los efectos del cambio climático, sin embargo, en nuestro país su protección es ineficiente, por ello, es urgente implementar una ley de responsabilidad medioambiental y otras más.
4. La actual Ley de Flora y Fauna Silvestre (Ley 27308) es ineficiente. Tener un ordenamiento forestal eficiente requiere tener una normatividad acorde con la realidad, y utilice una adecuada fiscalización, evaluación y supervisión por las instituciones involucradas. En ese sentido el Proyecto de Ley N° 04141/2009-PE, así como la Política Nacional Forestal en proceso de elaboración, deben incluir definiciones respecto del nivel jerárquico de la Autoridad Nacional Forestal, su adscripción sectorial. Se debe otorgar a la Autoridad Nacional Forestal un nivel jerárquico dentro del Poder Ejecutivo acorde con la importancia del Sector. Por otro lado, en razón de su vinculación con la biodiversidad, los servicios ambientales y la agenda del cambio climático global, resulta apropiado adscribir el sub Sector Forestal al Sector Ambiente.
5. La responsabilidad civil tradicional no puede solucionar a los daños ambientales puros, debido a la peculiaridad de este tipo de daño, por presentar problemas de la determinación del sujeto responsable; del concepto clásico de daño como menoscabo a la salud o a los bienes de la persona individual; sobre la antijuricidad, ya que muchos daños ambientales son producto de conductas lícitas; respecto a la gran complejidad de la prueba del nexo causal; sobre el factor de atribución; la legitimación activa aun no definida; la difícil valoración; el destino de la reparación; y, el cómputo del plazo prescriptorio. Por ello,

- adoptar una ley de responsabilidad medioambiental especial es importante porque soluciona todo estos problemas.
6. El daño ambiental puro es aquel que únicamente afecta al medio ambiente propiamente dicho, es decir, deteriora a un bien común de la generalidad, cuál es el interés de la colectividad en la utilización y en la conservación de los fundamentos naturales de la vida.
 7. Las características del daño ambiental puro son: Colectivo, perjudicial, irreparable, es “puro”, es de titularidad colectiva, es el resultado tanto de la contaminación como del daño a la diversidad biológica.
 8. El contenido de la reparación de un daño ambiental puro deberá considerar: el coste de las medidas de reparación; los costes por la evaluación del daño; el coste por la pérdida del uso del recurso natural; el coste de las medidas preventivas; el lucro cesante; y la indemnización por el daño moral ecológico (de lograrse probar este último).
 9. La responsabilidad civil-medioambiental por la deforestación se fundamenta en: el desarrollo sostenible; el derecho de las generaciones futuras; el derecho a gozar de un medioambiente sano y adecuado; el principio “quien contamina paga”; el argumento de la insuficiencia del derecho público; el análisis económico; y, el principio precautorio.
 10. Los derechos de la naturaleza es una teoría moderna y revolucionaria del derecho. Parte del ecocentrismo y no del antropocentrismo, tal como se ha venido diseñando los actuales sistemas jurídicos del mundo. Esta teoría viene siendo adoptada por algunas legislaciones del mundo, como la reciente Constitución de Ecuador. Además, y plantea reconocer al medioambiente como sujeto de derechos, es decir, reconocerlo como una forma cultural de vida, como un “alguien” y no como un recurso.
 11. Los problemas de la responsabilidad civil clásica para tratar los daños ambientales puros se solucionan modulando sus presupuestos de la siguiente manera: El sujeto responsable es cualquiera que cause daño al medioambiente; entendiendo al “daño” como la lesión a un interés protegido; excluyendo la antijuricidad; invirtiendo la carga de la prueba; y, acogiendo la responsabilidad objetiva.
 12. La legitimación activa para reclamar por estos daños al medio ambiente deberán tenerla: El Ministerio Público por mandato de la Constitución en defensa de los intereses públicos, La Defensoría del Pueblo porque defiende el derecho a un medio ambiente adecuado como derecho fundamental. y las

ONGs cuyo objeto sea la protección del medioambiente, por ser defensores del medio ambiente.

13. Por la misma naturaleza del daño ambiental puro, la acción para reclamar sería imprescriptible, por la complejidad del daño por lo que permitiría que se accione contra los pasivos ambientales en cualquier momento.
14. Para valorar el daño ambiental puro deberán aplicarse todos los métodos existentes. Lo que se determinará por una pericia valorativa de varios profesionales especializados.
15. Lo prioritario para la reparación del daño ambiental puro es la reparación *in natura* o en especie pudiendo complementarse con la indemnización pecuniaria. Salvo que la reparación *in natura* sea imposible su realización se optará solo por la indemnización.

TITULO VII

RECOMENDACIONES

1. Exhortamos al Poder Ejecutivo y los facultados a presentar un proyecto de ley de responsabilidad medioambiental por daños ambientales puros, de acuerdo a lo estudiado en la presente tesis.
2. Se requiere un estudio específico sobre la viabilidad en nuestro país del reconocimiento de los derechos de la naturaleza.
3. Se ruega al Congreso de la República priorizar el debate de la nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre presentada por el Poder Ejecutivo.
4. Se requiere a las autoridades públicas a evaluar y diagnosticar los casos de daños ambientales puros en nuestro país, así como hacer un inventario de todos nuestros bosques.
5. Recomendamos un trabajo de investigación sobre el daño moral ecológico.
6. Es necesario realizar un trabajo especial sobre los seguros y tributos ambientales.
7. Se necesita definir las competencias del Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, para demandar daños ambientales puros.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

1. ALPA, Guido, "*Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*". Traducido del italiano por LEYSSER L. LEON. Editorial Jurista Editores. Lima- Perú 2006.
2. ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. "Manual de Derecho Ambiental". Editorial Pro-Terra, Lima-Perú, 2006.
3. ANTÚNES, LUÍS, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimção procedimental*, citado, por Gidi, Antonio, Las Acciones Colectivas y La Tutela de Los Derechos Difusos Colectivos e Individuales En Brasil, traducido por Lucio Cabrera Acevedo, UNAM, México del 2004.
4. BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto. "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Academia de la Magistratura. Lima - Perú 2001.
5. BESALÚ PARKINSON, Aurora, Responsabilidad por daño ambiental, Hammurabi, Buenos Aires, 2005. (641pp.)
6. BUSTAMANTE ALCINA, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil". Citado por Atilio Franza, Jorge . "Tratado de Derecho Ambiental: Una visión holística, sistémica y transversal dl Derecho como instrumento del desarrollo sustentable. Edit. Ediciones Jurídicas, segunda edición, Buenos Aires, 2007, T.3 Pag. 99.
7. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al Medio Ambiente. Navarra, Aranzadi, 1996
8. CALLE VALLADARES, Isabel. "*Experiencias del sector forestal: Perú*". Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
9. CAILLAUX Jorge. "El medio ambiente y su protección jurídica en el Perú. Un primer análisis" PUCP, Lima 1978, págs. 62 y 63
10. CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente*. Jurista Editores, Lima, 2004, p.470
11. CASTAÑON DEL VALLE, Manuel. "Valoración del daño ambiental". PNUMA. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Ciudad de México, diciembre de 2006.
12. CHOMITZ. Kenneth M. Informe del Banco Mundial Sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo. ¿Realidades antagónicas?, Expansión agrícola, reducción de la pobreza y medio ambiente en los bosques tropicales. 2010
13. PERALES de Miguel C. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, Civitas, Madrid 1994.
14. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Temis, Bogotá, 2002.

15. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Vol. IV Tomo I Biblioteca para leer el código civil. 7ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú 2005, pag. 312
16. DIAZ VARGAS, Hugo. “La deforestación”, Trabajo monográfico para optar el título de ingeniero forestal, Universidad nacional de Cajamarca-Sede Jaén, 2004, p.24 y 25.
17. DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón: Sistema de Derecho Civil, vol II, Tecnos, 1989. ISBN 84-309-0813-7 (Obra completa), pag. 591
18. DOUROJEANNI Marc, y otros, “Amazonía Peruana en 2021”, estudio realizado con el apoyo de Pro Naturaleza, DAR, SPDA e ICAA, 2010.
19. ESPINOZA ESPINOZA, JUAN,” *Derecho de la Responsabilidad Civil*”. Edit. Gaceta Jurídica. 2ª Edición. Lima- Perú 2003.
20. E. Salusso Marco, en *Regulación Ambiental: Los Bosques Nativos, Una visión Económica*.
21. FERRAZ, Sergio. «Responsabilidade por dano ecológico», *Revista de Direito Publico* 1979, núm. 49-50
22. FRANCARIO, Lucio. *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, Jovene Editore, 1990— «Il risarcimento del danno all’ambiente dopo la legge 349 del 1986», *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1987.
23. GALARZA Elsa y ykarlos La Serna. En *¿son sostenibles las concesiones forestales?*, artículo publicado en la revista *economía y sociedad*. Vol.56. Editado por el CIES, junio 2005.
24. GALARZA, Elsa. Y otro. “La Política Forestal en la Amazonia Andina, estudio de casos: Bolivia, Ecuador y Perú”. Consorcio de Investigación Económica y Social, Lima- Perú 2005
25. GALDÓS, Jorge M., “Derecho Ambiental y Daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, J.A. 1998-IV- 982. Ver del mismo autor, “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, p. 113, en *Revista de Derecho de Daños*, N ° 6, Daño moral, Rubinzal- Culzoni Editores.
26. GONZALEZ MARQUEZ, José Juan, “La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina”, PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Diciembre, 2003.
27. GONZÁLES MÁRQUEZ, José Juan, “La responsabilidad por el daño ambiental en México. El paradigma de la reparación”. Edit. UNAM, Mexico 2002
28. GOMIS CATALÁ, L: *Responsabilidad por daños al medio ambiente* .Pamplona , 1998.
29. HANS, Jonás, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. del original *Das Prinzip Verantwortung*, por Javier Ma

- Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995., p. 29. Este autor afirma que toda ética tradicional es antropocéntrica.
30. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - INEI Perú: Anuario de Estadísticas Ambientales, 2009. Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales LIMA - PERÚ Mayo, 2009.
 31. JORDANO FRAGA, Jesús. La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medio ambiental. En Revista electrónica de derecho ambiental. Número 12- 13, diciembre, 2005.
 32. KENNETH M. CHOMITZ. "Informe del Banco Mundial sobre Investigaciones Relativas a las Políticas de Desarrollo. ¿Realidades antagónicas? Expansión agrícola, reducción de la pobreza y medio ambiente en los bosques tropicales". Washington, D.C. 2007.
 33. LAFAILLE, Héctor, citado por Roberto A. Vázquez Ferreyra en Actualidad Jurídica. Tomo 62 –Editado por Gaceta Jurídica. Enero 1999.
 34. LARSSON, Marie-Louise. The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation, p. 502 ; para quien el problema es precisamente cómo delimitar esta responsabilidad.
 35. LEÓN JIMÉNEZ, Fernando. ¿Derecho de las Generaciones Futuras?. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, disponible en: www.cica.es/aliens/gimadus
 36. LETTERA, Francesco. Lo stato ambientale e le generazioni future. En: Rivista giuridica dell' Ambiente. Núm. 2 anno VII.
 37. LORENZETTI, Ricardo Luis, "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial", J.A, 1997-III-237.
 38. LORENZETTI, Ricardo L, en "La protección jurídica del ambiente", LL, 1997-E-1463.
 39. MARTÍN MATEO, Ramón: "Valoración de los daños ambientales", en Revista de Derecho Ambiental, publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, diciembre 2003.
 40. 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
 41. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Daño ambiental" Tomo I. Rubinzal-Culzoni, 1999, Buenos Aires Argentina, 447 pp
 42. MORENO TRUJILLO, Eulalia. «La responsabilidad civil por deterioro del medio ambiente», en Germán GÓMEZ ORFANEL (Coord.), Derecho del medio ambiente, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, 47-70. p. 59 y María José REYES LÓPEZ (Coord.), Derecho ambiental español, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

43. ORGAZ, Alfredo citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual". Vol. IV , Tomo I Biblioteca para leer el código civil. 7ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú 2005.
44. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas", publicado en el libro la responsabilidad en homenaje al Dr. Isidoro Gondenberg, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1995.
45. PEÑA CHACON, Mario. Daño responsabilidad y reparación ambiental. Veracruz, México, agosto de 2005.
46. PÉREZ CARRILLO, Agustín. "La Responsabilidad Jurídica, Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho" UNAM. 1979.
47. GIUSEPPE MONATERI, Pier. La responsabilita civile, Torino, UTET, 1998, p. 922 y COSTANZO/VERARDI, «La responsabilità...», cit., p. 720 n. 62.
48. PRIEUR MICHEL, Droit De L' Environnement. 2da. Edición, Paris, Dalloz. 1991. Pág.931.
49. RAMOS NUÑEZ, Carlos. Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento.3era. Ed. Gaceta Jurídica S.A. Lima 2005.pp. 422.
50. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones". México. Editorial Porrúa. 1977.
51. RUDA GONZALEZ, Albert. "El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente". Tesis doctoral de la facultat de Dret Universidad de Girona, España, 2005
52. RUDA GONZALEZ, Albert. "El Daño Ecológico Puro. La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental". Edit. Aranzadi SA, España, 2008.
53. SÁNCHEZ, Antonio. La reparación de los daños al medio ambiente. Pamplona, Aranzadi, 1996
54. SEMINARIO STULPA, Eduardo. algunas consideraciones acerca del daño generador de responsabilidad civil. En Actualidad Jurídica Tomo 91. Editorial Gaceta Jurídica. Junio 2001.
55. SILVER, Donald Cameron. ¿Cuándo un árbol tienen derechos?.
56. TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Elementos de la responsabilidad civil". Editora Jurídica Grijley. 2ª Edición. Lima- Perú 2003.
57. TRAZGENIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual". Fondo Editorial de la PUCP, VOL, IV-TOMO II biblioteca para leer el Código Civil. Lima – Perú, 2005.

58. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y PETRÓLEOS MEXICANOS. La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1998.
59. YANGGEN, David. “Deforestación en la selva Peruana”. Disponible en:<http://blog.pucp.edu./category/1119/blogid/411>

LEGISLACIÓN

1. Constitución chilena:
2. Constitución de Argentina;
3. Constitución peruana;
4. Constitución nicaragüense;
5. Constitución brasileña
6. La Constitución de Ecuador de 2008
7. Código Civil Peruano
8. Código Procesal Civil Peruano
9. Ley General del Ambiente.
10. Ley 27308, Ley de Flora y Fauna Silvestre.
11. LEY 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.
12. Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
13. ley n. 349 349 de responsabilidad ambiental de ambiental de italia, 8 de julio de 1986.
14. La ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (ComprehensiveEnvironmental Response Compensation and LiabilityAct, CERCLA por sus siglas en inglés).
15. Ley 8/1998 de la Asamblea de Extremadura, de 26 de junio, sobre espacios naturales protegidos.
16. Ley N° 217, de 2 de mayo de 1996, General del medio ambiente y los recursos naturales de Nicaragua (La Gaceta N° 105, 6 de junio de 1996, p. 2121-2138).
17. En Portugal los arts. 48 LBA y 48 Decreto-Lei no 74/1990, de 7 de Março, da Agua (en adelante, Lei da Agua); en Italia, art. 18 Legge 349/1986.
18. La Ley de Contaminación por Hidrocarburos (101 HR1465, PL 101-380 de Estados Unidos.
19. WaterResourcesAct 1991; La Ley de Recursos Hídricos 1991 (WRA) del Reino Unido.
20. La Ley de Protección Ambiental de 1990 (sigla: EPA), ley del Parlamento del Reino Unido.
21. La Ley de Seguros (ICA) es una ley federal que rige en Alemania.
22. Ley General del Ambiente" Bien jurídicamente protegido -Ley N° 25.675.

23. Ley No. 41 de 1 de julio de 1998. Por la cual se dicta la Ley General de Ambiente de la República de Panamá y se crea la Autoridad Nacional del Ambiente.
24. Ley de Agua Limpia (CWA) de los Estados Unidos.
25. Proyecto de Ley 4141.PE.
26. Ley No. 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas
27. Ley de responsabilidad ambiental de Alemania de 10 de diciembre de 1990
28. La Ley 7.347 1985, disciplina la Acción Civil Pública de responsabilidad por daños causados al medioambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico de Brasil.

JURISPRUDENCIA

1. STC: EXP. N° 0048-2004-PI/TC
2. STC: EXP. N° 0018-2001-AI/TC
3. STC.EXP.N° 048-2004-AI/TC,
4. STC. EXP. N° 03610-2008-PA/TC.
5. Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia
6. STC. EXP. N° 03610-2008-PA/TC.
7. STC. Exp. N° 03448-2005-PA/TC.
8. STC. Exp. N° 0048-2004-PI/TC.
9. STC. EXP. N.° 0964-2002-AA/TC
10. CAS. N° 2683-2002
11. EXPEDIENTE N°. 0048-2004-PI-TC

PÁGINAS WEB'S

- www.basel.int/legalmatters/regworkshops/Argentina/11.ppt.
- <http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Articulos/AbrahamBastidaAguilar/derechoambiental/capituloprimero.asp>.
- http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/u_schad_g.pdf
- www.biodiv.org.
- http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/u_schad_g.pdf
- http://www.courts.sa.gov.au/courts/environment/judgments/2006_7-12/micklyn_v_diggers_aust.html *Umweltschaden*, Leipzig [s.e.], 1996.
- <http://www.cybertesis.edu.pe/sdx/sisbib/notice.xsp?id=sisbib.2008>.
- <http://blog.pucp.edu.pe/category/1119/blogid/411>
- http://www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ_art57.PDF
- http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=medio ambiente
- <http://es.wikipedia.org>
- <http://www.fao.org/forestry/>
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0066:FIN:ES:PDF>.
- www.fonamperu.org/general/bosques/d-mdl-lulucf.pps
- <http://www.iucn.org/es>
- http://es.wikipedia.org/wiki/J%C3%BCrgen_Habermas#Bibliograf.C3.ADa
- <http://www.areasprotegidasperu.com/sinanpe.htm>
- <http://www1.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0800/Libro.pdf>
- http://www.indret.com/pdf/040_es.pdf
- http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad_civil_pdf/responsabilidad_civil_responsabilidad_objetiva.pdf
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Deforestaci%C3%B3n>
- <http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/Deforest.htm>
- <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?id=333>
- [www.penuma.org/.../No. 5laresponsabilidadporDa% F1oAmbiental.doc](http://www.penuma.org/.../No.5laresponsabilidadporDa%F1oAmbiental.doc)

- http://www.predes.org.pe/ayudatematica_pdf/deforestacion_reforestacion.pdf
- <http://www.sanagustin.edu.pe/revista/3-4/concepto.html>
- <http://www.proyectopv.org/1-verdad/deforestacion.htm>
- <http://www.portaldeabogados.com.ar/colaboraciones/1812deramb.htm>
- <http://www.sanagustin.edu.pe/revista/3-4/causas.html>
- <http://blog.pucp.edu.pe/index.php?blogid=411>
- <http://www.sanagustin.edu.pe/revista/3-4/causas.html>
- www.bancomundial.org.pe
- http://es.wikipedia.org/wiki/Calentamiento_global
- <http://www.astromia.com/tierraluna/erosion.htm>
- www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-81.htm
- <http://faolex.fao.org/docs/pdf/bol6919.pdf>
- <http://www.epa.gov/history/topics/mprsa/>
- http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1991/ukpga_19910057_en_1
- <http://www.epa.gov/espanol/>
- <http://www.jus.uio.no/lm/imo.salvage.convention.1989/index> (fc : 27.4.2004).
- www.indret.com/pdf/284_es.pdf
- <http://www.elcine.pucp.edu.pe/idea/docs/m5.pdf>
- [http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/Constituciones/BRASIL%20\(CASTELLANO\).htm](http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/Constituciones/BRASIL%20(CASTELLANO).htm)
- [http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/Constituciones/BRASIL%20\(CASTELLANO\).htm](http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/Constituciones/BRASIL%20(CASTELLANO).htm)
- <http://www.elcine.pucp.edu.pe/idea/docs/m5.pdf>
- http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf
[http://www.directemar.cl/spmaa/Medio%20Ambiente%20\(Internet\)/download/Conv_Internac/Convenio_de_Londres_72.pdf](http://www.directemar.cl/spmaa/Medio%20Ambiente%20(Internet)/download/Conv_Internac/Convenio_de_Londres_72.pdf)
- http://www.cybertesis.edu.pe/sdx/sisbib/notice.xsp?id=sisbib.2006.corilloclla_tp_principal&qid=pcdq&base=documents&dn=1&id_doc=sisbib.2006.corilloclla_tp_principal&query=DERECHO%20AL%20AMBIENTE&isid=sisbib.2006.corilloclla_tp_principal&idcorreo=@@ @ @ @
- <http://www.ambientediritto.it/Legislazione/V.I.A/L%201986%20n%20349.htm>

- <http://studiocelentano.it/codici/cc/IIvtIX.htm>
- <http://www.eumed.net/libros/2009b/551/index.htm>.
- www.worldbank.org.
- <http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/Reunionpreviaderecho/Isabelle%20Calle%20Presentacion.pdf>
- http://www.mpfm.gob.pe/estadistica/espec_anuario_otros.php
- <http://www.mbigua.org.ar/uploads/File/CartaMundialNaturaleza.pdf>
- http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml.
- <http://www.isa.org.jm/files/documents/ES/6Sess/Ass/ISBA-6A-18.pdf>
- http://www.alipso.com/monografias/responsabilidad_civil/
- <http://bdigital.eafit.edu.co/bdigital/PROYECTO/P346.022CDA687/marcoTeorico.pdf>
- <http://bdigital.eafit.edu.co/bdigital/PROYECTO/P346.022CDA687/marcoTeorico.pdf>.
- http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf
- <http://www.eco2site.com/leyes/leyes-eco/ley-gral-ambiente2.asp>
- <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>
- <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/Documentos%20base/Doc%20Base%20EI%20papel%20del%20Ministerio%20Publico.pdf>
- <http://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=it&u=http://apple.hdblog.it/2010/07/01/prima-class-action-presentata-contro-apple-e-att-per-i-problemi-dellantenna-delliphone>
- <http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/publicaciones/revista5/3.pdf>
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1337/1.pdf>
- <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=1203>
- www.pnuma.org/.../No.5LaResponsabilidadporDañoAmbiental.doc
- <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43s.pdf>
- http://www.access.gpo.gov/uscode/title42/chapter103_.html
- http://foris.fao.org/static/data/fra2010/FRA2010_Report_S.pdf.

ANEXOS

ANEXO I

EL DAÑO AMBIENTAL PURO EN EL DERECHO COMPARADO

A. LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

1. PAISES QUE APLICAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL DAÑO AMBIENTAL

1.1. NICARAGUA

LEY GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 141.- Toda persona que por acción u omisión deteriore el ambiente, está obligada a reparar los daños y perjuicios que ocasionen a los recursos ambientales, al equilibrio del ecosistema, a la salud y calidad de vida de la población.

Artículo 145.- La reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho, en los casos que sea posible, en la compensación económica del daño y los perjuicios ocasionados al ambiente, a las comunidades o a los particulares.

1.2. COSTA RICA

LEY ORGÁNICA DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 101: Responsabilidad de los infractores

Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión.

Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.

1.3. HONDURAS

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 86. Todas las acciones u omisiones que infrinjan lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones que la complementen, serán sancionadas conforme se determina en este Título, sin perjuicio de la exigencia, en su caso, de la correspondiente responsabilidad civil.

1.4. PERU

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 142. - De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

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

2. PAISES QUE INCLUYEN REGLAS COMPLEMENTARIAS AL SISTEMA CIVIL DE DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

3.1 BOLIVIA.

Ley 1.333 del Ministerio del Ambiente de

DE LA ACCION CIVIL

ARTICULO 102º.- La acción civil derivada de los daños cometidos contra el medio ambiente podrá ser ejercida por cualquier persona legalmente calificada como un representante apropiado de los intereses de la colectividad afectada. Los informes elaborados por los organismos del Estado sobre los daños causados, serán considerados como prueba pericial preconstituida. En los autos y sentencias se determinará la parte que corresponde de la indemnización y resarcimiento en beneficio de las personas afectadas y de la nación. El resarcimiento al Estado ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente y se destinará preferentemente a la restauración del medio ambiente dañado por los hechos que dieron lugar a la acción.

3.2 CUBA

LEY 81 DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 70.- Toda persona natural o jurídica que por su acción u omisión dañe el medio ambiente está obligada a cesar en su conducta y a reparar los daños y perjuicios que ocasione.

Artículo 71.- Están facultados para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios:

- a) la Fiscalía General de la República;
- b) el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente;
- c) quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio.

Los sujetos expresados en los incisos a) y b) del presente artículo podrán actuar en defensa del interés social en la protección del medio ambiente.

Artículo 73.- En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente se procurarán de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente.

Artículo 74- El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Finanzas y Precios y el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, dictará las regulaciones pertinentes para el establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para cubrir daños al medio ambiente causados accidentalmente.

3.3. ECUADOR

LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL DE LAS ACCIONES CIVILES

Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común, y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

3.4 EL SALVADOR

LEY DE MEDIO AMBIENTE RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACION Y DAÑOS AL AMBIENTE

Art. 85.- Quien por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, ponga en riesgo o causare un daño al medio ambiente, o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados.

3. PAISES QUE REGULAN LA LEGITIMACION ACTIVA EN MATERIA AMBIENTAL

La máxima del derecho procesal civil según la cual está legitimado para reclamar la reparación del daño aquél que lo ha sufrido, no puede ser aplicable al ámbito de la responsabilidad por el daño ambiental, pues en la medida en que el daño ambiental afecta a una multiplicidad de personas, se plantea el problema de quién tiene el interés jurídico reconocido para actuar en juicio y, en consecuencia, para accionar el aparato judicial que habrá de proveer la tutela del ambiente.

En este caso, la víctima del daño es el propio medio ambiente, que como hemos dicho es un bien jurídico de titularidad colectiva y por lo tanto, deberían estar legitimados para reclamar su reparación todos los titulares del derecho a un medio ambiente adecuado.

3.1. ARGENTINA

LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

ARTICULO 30. — Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

3.2. BOLIVIA

LEY DEL MEDIO AMBIENTE

ARTÍCULO 102º.- La acción civil derivada de los daños cometidos contra el medio ambiente podrá ser ejercida por cualquier persona legalmente calificada como un representante apropiado de los intereses de la colectividad afectada.

3.3. CHILE

LEY DE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE- Ley 19-300

Artículo 28.- Las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes, y las personas naturales directamente afectadas, podrán imponerse del contenido del estudio y del tenor de los documentos acompañados.

Con todo, la Comisión mantendrá en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estimare necesario substraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad a que se refiere el estudio presentado.

3.4. COLOMBIA

LEY 99 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1993, Por la cual se crea el MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental -SINA- y se dictan otras disposiciones.

TITULO X DE LOS MODOS Y PROCEDIMIENTOS DE PARTICIPACION CIUDADANA

ARTICULO 69.- Del Derecho a Intervenir en los Procedimientos Administrativos Ambientales. Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.

3.5. COSTA RICA
CONSTITUCION POLITICA
Artículo 50.-

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

3.6. CUBA
LEY 81 DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 71.- Están facultados para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios:

- a) la Fiscalía General de la República;
- b) el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente;
- c) quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio.

Los sujetos expresados en los incisos a) y b) del presente artículo podrán actuar en defensa del interés social en la protección del medio ambiente.

3.7. ECUADOR
LEY DE GESTION AMBIENTAL

Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

3.8. EL SALVADOR
LEY DE MEDIO AMBIENTE

Art. 101.- La acción civil de reparación de daños ambientales causados a la comunidad podrá ser ejercida por:

- a) La persona natural o jurídica que haya sufrido el daño de manera directa e inmediata;
- b) Por cinco ciudadanos miembros de una comunidad que carezca de personalidad jurídica, debiendo adjuntar a la demanda los nombres y apellidos, número de cédulas, lugar de residencia, firma o huella digital del pulgar de la mano derecha de las personas que conforman la comunidad; y
- c) El Fiscal General de la República así como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

3.9. HONDURAS
LEY GENERAL DEL AMBIENTE

ARTICULO 19. Las acciones civiles y criminales en materia ambiental serán realizadas directamente por la Procuraduría del Ambiente. El Procurador del Ambiente tendrá las facultades de un Apoderado General en la forma que lo establece el Artículo 19 regla primera de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

3.10. MEXICO
LEY GENERAL VIDA SILVESTRE

Artículo 107. Cualquier persona física o moral podrá denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente daños a la vida silvestre y su hábitat sin necesidad de demostrar que sufre una afectación personal y directa en razón de dichos daños.

La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente evaluará cuidadosamente la información presentada en la denuncia y, en caso de ser procedente, ejercerá de manera exclusiva la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre y su hábitat, la cual será objetiva y solidaria.

En el caso de que el demandado sea algún órgano de la administración pública federal o una empresa de participación estatal mayoritaria, la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre y su hábitat, podrá ser ejercida por cualquier persona directamente ante el tribunal competente.

Esta acción podrá ser ejercitada sin perjuicio de la acción indemnizatoria promovida por los directamente afectados y prescribirá a los cinco años contados a partir del momento en que se conozca el daño.

3.11. MEXICO

LEY AMBIENTAL DEL DISTRITO FEDERAL

Artículo 221.- Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente, o afecte los recursos naturales de competencia del Distrito Federal será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil aplicable al Distrito Federal y esta Ley.

La acción por daños al ambiente se ejercerá sin perjuicio del ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria promovida por el directamente afectado.

La acción para demandar la responsabilidad por daños al ambiente prescribirá cinco años después de que hayan cesado los efectos del daño en cuestión.

Cualquier persona física o moral de las comunidades afectadas tendrá derecho a ejercer la acción de responsabilidad por daño al ambiente, siempre que demuestre en el procedimiento la existencia del daño y el vínculo entre éste y la conducta imputable al demandado. En consecuencia, los tribunales del Distrito Federal le reconocerán interés jurídico en los procedimientos de que se trate, sin necesidad de probar que el daño le afecta directamente en sus personas o en sus bienes.

3.12. PANAMÁ

LEY GENERAL DEL AMBIENTE, LEY 41 DE 1998 DICTA LA LEY GENERAL DE AMBIENTE DE LA REPÚBLICA DE PANAMA Y CREA LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AMBIENTE

Artículo 109. Toda persona natural o jurídica que emita, vierta, disponga o descargue sustancias o desechos que afecten o puedan afectar la salud humana, pongan en riesgo o causen daño al ambiente, afecten o puedan afectar los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, tendrá responsabilidad objetiva por los daños que puedan ocasionar graves perjuicios, de conformidad con lo que dispongan las leyes especiales relacionadas con el ambiente.

4. PAISES QUE RECONOCEN COMO PRIORITARIO LA REPARACION IN NATURA

5.1. ARGENTINA

▪ CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

▪ LEY GENERAL DEL AMBIENTE LEY 25.675

ARTICULO 28. — El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se

crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

5.2. CUBA

LEY Nº 81 DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 73.- En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente se procurarán de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente.

5.3. ECUADOR

LEY DE GESTION AMBIENTAL

Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Sin perjuicios de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Además condenará al responsable al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago que por reparación civil corresponda se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

5.4. DE EL SALVADOR

LEY DEL MEDIO AMBIENTE

Art. 85.- Quien por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, ponga en riesgo o causare un daño al medio ambiente, o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados.

5.5. HONDURAS

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

ARTÍCULO 87.- Cualquier acción u omisión de la normativa ambiental que constituya delito o infracción administrativa, dará lugar a la aplicación de las sanciones siguientes:

(...)

f) Indemnización al Estado o a terceros por los daños y perjuicios ocasionados al ambiente y a los recursos naturales, y;

g) Reposición o restitución de las cosas y objetos afectados a su ser y estado naturales, si fuera posible.

5.6. MEXICO

▪ LEY GENERAL DE EQUILIBRIO ECOLOGICO Y PROTECCION AL AMBIENTE.

ARTÍCULO 152 BIS.- Cuando la generación, manejo o disposición final de materiales o residuos peligrosos, produzca contaminación del suelo, los responsables de dichas operaciones deberán llevar a cabo las acciones necesarias

para recuperar y restablecer las condiciones del mismo, con el propósito de que éste pueda ser destinado a alguna de las actividades previstas en el programa de desarrollo urbano o de ordenamiento ecológico que resulte aplicable, para el predio o zona respectiva.

▪ **LEY GENERAL DE VIDAS SILVESTRES DE MEXICO**

Artículo 108. La reparación del daño para el caso de la acción de responsabilidad por daño a la vida silvestre y su hábitat, consistirá en el restablecimiento de las condiciones anteriores a la comisión de dicho daño y, en el caso de que el restablecimiento sea imposible, en el pago de una indemnización la cual se destinará, de conformidad con lo establecido en el reglamento, al desarrollo de programas, proyectos y actividades vinculados con la restauración, conservación y recuperación de especies y poblaciones, así como a la difusión, capacitación y vigilancia.

▪ **LEY AMBIENTAL DEL DISTRITO FEDERAL**

Artículo 222.-. La reparación del daño consistirá en la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de producido el daño y sólo si ello no fuere posible, en el pago de una indemnización.

Cuando en un juicio en el que se ejerza la acción de responsabilidad por daño al ambiente el juez determine que ha lugar al pago de una indemnización, el monto de la misma pasará a integrarse a los recursos del fondo ambiental a que se refiere esta Ley.

5.7. NICARAGUA

LEY GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 145.- La reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho, en los casos que sea posible, en la compensación económica del daño y los perjuicios ocasionados al ambiente, a las comunidades o a los particulares.

5.8. PANAMA

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículos 118. La acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o la indemnización por el daño causado.

5. PAISES QUE SEÑALAN CRITERIOS PARA LA VALORACION DE LA INDEMNIZACIÓN COMO OTRO MECANISMO DE REPARACION

Finalmente, cuando es imposible la restitución del ambiente al estado que guardaba antes de que se produjera el daño, ni tampoco es viable la reparación sustituta, se debe entonces optar por la solución prevista en la teoría clásica de la responsabilidad civil, esto es, determinar el valor de la indemnización correspondiente.

6.1. CHILE

LEY DE BASES GENERALES DEL AMBIENTE

Artículo 3°.- Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley.

6.2. ECUADOR

LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL

Art. 43.- "...En todo caso, el juez determinará en sentencia, conforme a los peritajes ordenados, el monto requerido para la reparación del daño producido y el monto a ser entregado a los integrantes de la comunidad directamente afectada. Establecerá además la persona natural o jurídica que deba recibir el pago y efectuar las labores de reparación.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria."

6.3. EL SALVADOR

LEY DE MEDIO AMBIENTE

Art. 5.- Para los efectos de esta ley y su reglamento, se entenderá por:

OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO: deber legal de restablecer el medio ambiente o ecosistema, a la situación anterior al hecho, que lo contaminó, deterioró o destruyó, cuando sea posible, o en dar una compensación a la sociedad en su conjunto, que sustituya de la forma más adecuada y equitativa el daño, además de indemnizar a particulares por perjuicios conexos con el daño ambiental, según corresponda.

6.4. NICARAGUA

LEY GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 143.- Cuando en la comisión del hecho participen dos o más personas, éstas serán responsables solidariamente de la totalidad de los daños y perjuicios económicos causados. En el caso de personas jurídicas, la responsabilidad prevista en este artículo se establecerá previa investigación para determinar las personas que participaron en estos daños.

En el caso de personas jurídicas creadas ad hoc y que causen estos daños, la autoridad competente investigará los niveles de responsabilidad de terceros en esta simulación de contrato.

6. PAISES QUE SEÑALAN EL DESTINO DE LA INDEMNIZACIÓN

El otro problema que entraña la reparación económica del daño es ¿a quién debe indemnizarse?, dado que, como hemos señalado, el medio ambiente como bien jurídico propiamente tal no tiene un titular individual⁴⁶⁰. Es decir, en el caso de daños ambientales normalmente se trata de daños sociales consustanciados en un tiempo durante el cual la sociedad fue privada de disfrutar ciertos recursos naturales dañados y de las circunstancias benéficas que tales recursos, en conjunto con los demás, le proporcionaban. La condena impuesta a un causante de daños ambientales puede determinar, por tanto, que sea pagada una indemnización por los referidos daños sociales.

Por ello se dice, que en materia ambiental, se produce una verdadera disociación entre el titular del derecho a la acción reparadora, el legitimado activo, que tiene acceso a la justicia, y el titular del derecho a la indemnización, aquél que puede ingresar la suma de dinero de la condena a su propio patrimonio⁴⁶¹.

7.1. ARGENTINA

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

ARTICULO 28. — El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

7.2. LEY DEL MEDIO AMBIENTE DE BOLIVIA

LEY DEL MEDIO AMBIENTE Ley 1333, 27 abril, 1992

ARTÍCULO 102º.- La acción civil derivada de los daños cometidos contra el medio ambiente podrá ser ejercida por cualquier persona legalmente calificada como un representante apropiado de los intereses de la colectividad afectada.

Los informes elaborados por los organismos del Estado sobre los daños causados, serán considerados como prueba pericial preconstituida.

En los autos y sentencias se determinará la parte que corresponde de la indemnización y resarcimiento en beneficio de las personas afectadas y de la nación. El resarcimiento al Estado ingresará al Fondo Nacional para el Medio Ambiente y se destinará preferentemente a la restauración del medio ambiente dañado por los hechos que dieron lugar a la acción.

⁴⁶⁰ MARQUES SAMPAIO, Francisco José. Op. cit. P. 239. Citado por GONZALES MARQUEZ JUAN JOSE, Op. Cit. Pag. 79

⁴⁶¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño ambiental en el derecho privado. En: MOSSET ITURRASPE, Jorge, et al. Op. Cit. P. 130. Citado por GONZALES MARQUEZ JUAN JOSE, Op. Cit. Pag. 79

7.3. EL SALVADOR

LEY DEL MEDIO AMBIENTE

Art. 85.- Quien por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, ponga en riesgo o causare un daño al medio ambiente, o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados.

7.4. NICARAGUA

LEY GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 145.- La reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho, en los casos que sea posible, en la compensación económica del daño y los perjuicios ocasionados al ambiente, a las comunidades o a los particulares.

7.5. BRASIL

LEY 7. 347

Si hay convicción en efectivo, a una indemnización por daños se acumularán a un fondo gestionado por un Consejo Federal o los Consejos de Estado que participan necesariamente los fiscales y los representantes de la comunidad y sus recursos para la restauración de los bienes dañados. (Véase la Ley N ° 12 288, 2010) (Solicitud)

Parágrafo único. Si bien el Fondo no está regulado, el dinero será depositado en la cuenta de crédito del gobierno con la indexación.

B. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO AMBIENTAL EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

1. LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE⁴⁶²

La responsabilidad por el daño ambiental comenzó a ser regulada en Estados Unidos en 1980 con la promulgación de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, que estableció el Programa del *Superfund* la *Resource Conservation and Recovery Act*.

Las leyes ambientales más importantes de los Estados Unidos son leyes federales, administradas principalmente por la Agencia de Protección Ambiental (EPA). No obstante, una gran parte de la administración de esas leyes ha sido delegada a ciertos estados que han implementado leyes que son por lo menos tan estrictas como las leyes federales. Al delegar la administración federal, la EPA continúa dando su apoyo con fondos monetarios, investigación, creación de normas y métodos, al tiempo que funge como una autoridad secundaria para hacer cumplir la ley. Los Gobiernos locales (como municipalidades y alcaldías) también tienen leyes que complementan, pero que no pueden contradecir las leyes federales y estatales. Aunque hay estados y municipalidades que tienen muchas leyes ambientales que no siguen las pautas de la legislación federal.

Las leyes ambientales y sus reglamentaciones correspondientes son amplias y detalladas. Cada ley se enfoca a un problema ambiental diferente y asimismo cada una de ellas tiene sus propias medidas para hacerla cumplir. Por lo general, esas leyes requieren que se mantenga un registro completo y se pasen informes periódicos. También estipulan la realización de inspecciones y la imposición de multas y medidas reparadoras, de carácter

⁴⁶²Presentamos un resumen, del proyecto desarrollado por **Luis M. Nido** en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC), con la colaboración de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y el Fideicomiso de Conservación de Puerto Rico. Disponible: www.pnuma.org/.../No.5LaResponsabilidadporDañoAmbiental.doc

civil, administrativo y aún penal. Aunque las leyes ambientales se hacen cumplir principalmente por medios administrativos, frecuentemente se imponen multas civiles y de carácter penal. Las acciones de carácter criminal y encarcelamiento han aumentado considerablemente en estos últimos cinco años.

Bajo una variedad de estatutos federales y ambientales, las personas pueden demandar a quienes sean responsables por daños ambientales para remediar una gran variedad de agravios no indemnizables. Esas acciones ciudadanas se hacen bajo la autoridad de un estatuto específico, como la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos,⁴⁶³ la Ley del Aire Limpio⁴⁶⁴ y la Ley de Aguas Limpias.⁴⁶⁵ Esos estatutos autorizan: multas civiles que deben ser pagadas a la tesorería de los Gobiernos federales y estatales, ciertos gastos de ejecución, indemnizaciones por mandato judicial, correcciones, costas del tribunal y honorarios.

Las personas o entidades perjudicadas también tienen el derecho de interponer demandas civiles contra contaminadores para recibir compensación por mandato judicial. Esas demandas son llamadas "toxicotortsclaims" y dependen de como el *commonlaw* que protege a la ciudadanía contra molestias públicas o privadas, infracciones, negligencia y actividades anormalmente peligrosas. Las demandas en estos casos son por daños causados por polución o sustancias tóxicas.

Las cinco principales leyes ambientales federales son: la Ley de Política Nacional Ambiental,⁴⁶⁶ la Ley de Conservación y Recuperación de Recursos,⁴⁶⁷ la Ley de Acción y Compensación Ambiental Total,⁴⁶⁸ la Ley del Aire Limpio⁴⁶⁹ y la Ley de las Aguas Limpias.⁴⁷⁰ Luego de una presentación general tendremos una breve discusión de las demandas por agravios tóxicos.

Existen dos escenas que se describen a continuación permanecen claras en la memoria de quince años de trabajo en materia ambiental y permiten además resaltar principios claves del esquema sobre responsabilidad por daño al ambiente.

Escena 1: Es 1983 y se encuentran alrededor de diez personas en la sala de conferencias de cierta compañía petrolera en New Jersey. Las negociaciones sobre la compraventa de una refinería por (US) \$30MM ya llevan tres días y el punto final en conflicto es el costo potencial de la limpieza del terreno y aguas subterráneas debajo y alrededor de la refinería. De que hay contaminación después de cuarenta años de operaciones no hay duda, pero se discute animadamente entre varios abogados, técnicos y personas de negocios de ambas partes, hasta donde llega, cuánto costaría eliminarla, y, más importante, cuánto significa ese costo (más el riesgo de que finalmente sea mucho más en el precio de venta). La ley de *Superfund* es relativamente nueva, pero ya su dictamen, el cual impone responsabilidad por daño al ambiente a cualquier dueño de terrenos aún sin culpa, afecta significativamente la transacción. Ante varios estimados de limpieza que amenazan alcanzar el precio inicial de compraventa, el vendedor sugiere: "*Está bien, le vendo la refinería por (US) \$1.00, pero tiene usted que aceptar toda la responsabilidad futura sobre ella, respecto a daño al ambiente.*"

Escena 2: Es 1986 en un restaurante al tope de un rascacielos en el estado de Indiana. Con una vista espectacular al fondo, dos abogados y dos hombres de negocios discuten la posible resolución de una demanda por un grupo de vecinos de una planta petroquímica. Los vecinos no alegan daño al ambiente, pero sí múltiples violaciones técnicas de los reglamentos sobre la protección del agua y el permiso de la planta para descargar aguas usadas. Buscan que se imponga una multa de más de (US) \$10MM. El abogado de la parte demandante alega: "No tengo razón alguna para considerar una multa menor que el máximo total con respecto a cada una de las violaciones, excepto en el caso de que se haga el pago a nuestra organización ambientalista en vez de a la Tesorería federal". Tanto la agencia ambiental estatal como la federal no habían decidido comenzar procedimientos significativos en contra de la planta petroquímica.

⁴⁶³ RCRA §§ 1002-11012; 42 U.S.C.A. §§ 6901-6992k (1995).

⁴⁶⁴ CAA §§ 101-618; 42 U.S.C.A. §§ 7401-7671q (1995).

⁴⁶⁵ CWA §§ 101-1386; 33 U.S.C.A. §§ 1251-1387 (1995).

⁴⁶⁶ NEPA §§ 2-209; 42 U.S.C.A. §§ 4321-4349 (1995).

⁴⁶⁷ RCRA §§ 1002-11012; 42 U.S.C.A. §§ 6901-6992k (1995).

⁴⁶⁸ CERCLA §§ 101-405; 42 U.S.C.A. §§ 9601-9675 (1995).

⁴⁶⁹ CAA §§ 101-618; 42 U.S.C.A. §§ 7401-7671q (1995).

⁴⁷⁰ CWA §§101-607; 33 U.S.C.A. §§ 1251-1387 (1995).

Las situaciones descritas surgen a propósito del sistema legal en los Estados Unidos que impone amplia responsabilidad sobre los causantes, o presuntos causantes, del daño al medio ambiente, a veces a un nivel que algunos consideran absurdo.

La primera parte en efecto el *Superfund* se enfoca a remediarla contaminación generada en el pasado en sitios específicos, aunque también de manera muy simple, trata de prevenirla en el futuro. La *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA) es un poco más limitada y regula el manejo de desperdicios peligrosos es decir se aplica a quienes generan o transportan desperdicios peligrosos y a las plantas que procesan, almacenan, o finalmente, disponen de los desperdicios peligrosos es decir que se aplica a quienes generan o transportan desperdicios peligrosos, y a las plantas que procesan, almacenan o finalmente disponen de los desperdicios.

El impacto del programa del *Superfund* nada más (sin contar la RCRA) sobre la economía americana y en transacciones de compraventa de negocios terrenos ha sido significativo. Básicamente, como la responsabilidad bajo el *Superfund* puede surgir meramente por ser dueño de una propiedad, aún sin previa culpa por la contaminación, cada transacción requiere una evaluación ambiental. La evaluación se hace para tratar de identificar, estimar, y repartir entre el vendedor y el comprador, por contrato, la responsabilidad que se debe pagar o se tendrá que pagar a futuro por daño al medio ambiente relacionado con el negocio o la propiedad involucrada, u otras propiedades que se hayan usado u operado en el pasado. Aún las instituciones de crédito involucradas en la transacción de compraventa, o en alguna otra transacción de crédito rutinaria, se preocupan porque también pueden encontrarse responsables, al retener un interés de dueño contingente sobre la propiedad a través de la hipoteca.

El poder iniciar procedimientos para la imposición de responsabilidad de manera civil muchas veces se encuentra en un nivel relativamente bajo en la agencia del gobierno. Encontrar una oportunidad no es difícil porque los reglamentos establecen un sistema de auto-monitoreo, y requieren periódicamente varios informes, incluyendo referencias a ciertas violaciones. Los informes incluyen a veces, resultados como, muestreo semanal del agua descargada y muestreo continuo de emisiones al aire, así como un récord escrito de cada entidad que maneje desperdicios sólidos peligrosos. Diferentes agencias se intercambian esta información, y la información está disponible al público. Las agencias sólo tienen que estudiar los reportes y, si lo encuentran apropiado, imponer multas, requerir más información, hacer una inspección u ordenar el retorno a cumplimiento lo más pronto posible.

El sistema también le permite a cualquier ciudadano que pueda ser afectado por una violación convertirse en policía ambiental. El ciudadano, por ejemplo, puede demandar a la agencia misma si no ha tomado cierta acción que manda la ley y que no está a la discreción de la agencia. Un ciudadano que descubre violaciones por una planta manufacturera también puede acudir a un tribunal y pedir que se le impongan multas a la planta. Si gana el caso, pudiera ser que se le paguen los costos de abogados. Únicamente se le requiere que notifique a la planta y al gobierno sobre lo que intenta hacer. Si después de 60 días la agencia no ha tomado una acción definitiva, el ciudadano puede demandar por sí solo. A veces violaciones que no son significativas a la vista del gobierno, puede alegarse que son tremendamente importante para un vecino de la planta, el cual muchas veces no ejercita ninguna discreción como lo haría el fiscal, o no se deja regir por las políticas de la agencia con respecto a multas apropiadas en relación a la gravedad de la violación. Todas las multas se deben pagar a la Tesorería Federal.

En el caso de haberse causado daño al medio ambiente a través de, por ejemplo, la contaminación, el sistema jurídico americano prevé varios mecanismos para que las partes afectadas, ya sean públicas o privadas, recobren, el costo de remediar la contaminación y, a veces, el costo de restaurar los daños a recursos naturales. Aparte de los estatutos sobre materias del medio ambiente, por supuesto, la parte afectada puede demandar por daños a la persona o a la propiedad bajo principios del derecho de "*Torts*" o de "*nuisance*". Normalmente esas reclamaciones se incluyen en las demandas rutinariamente, además de las causas de acción estatutarias.

Por otra parte, en muchas de las situaciones en que el gobierno busca remediar contaminación sustancial en un lugar seleccionado en la lista de *Superfund* (NPL), y recobrar el costo de las partes responsables, eventualmente surgen una o más demandas contra esas partes responsables por parte de vecinos del lugar contaminado. Tanto los daños reclamados, como el costo de defender la demanda, muchas veces exceden el

monto de los daños reclamados por el gobierno y el costo de defender la acción gubernamental. La acción privada, y no la pública, puede proveer más incentivo para evitar la contaminación y daño al medio ambiente en el futuro.

Las leyes sobre materias ambientales son bien amplias. Las leyes no sólo reglamentan las conductas que pudieran causar daño al medio ambiente, sino que además prevén múltiples opciones (i) para asegurar el cumplimiento a través de sanciones, y (ii) para remediar condiciones de contaminación creadas por los actos de violación. La responsabilidad se puede imponer de primera instancia al nivel administrativo. El privilegio de aplicar las leyes y buscar que se impongan sanciones también se le extiende a los individuos privados para este propósito, y se les hace fácilmente disponible la información que tiene el gobierno.

Pero las mismas leyes típicamente no prevén una causa de acción sobre daño sufridos por la persona, sino que dependen de las acciones bajo los principios de *torts* para estos propósitos. Las excepciones son los daños que se pueden recobrar bajo el *Superfund* y la OPA. Esos daños incluyen los costos en que incurrieran las partes privadas para remediar la contaminación y los daños causados a los recursos naturales y, bajo la OPA, si se trata de derrames de petróleo, ciertos daños económicos.

Este sistema ciertamente ha tenido un impacto sumamente significativo en mejorar la calidad del aire, las aguas y terrenos en los Estados Unidos, y en identificar áreas que necesitan nueva o más detallada atención. También el sistema está organizado para servir este fin porque las leyes se adoptan de manera que hay que autorizarlas nuevamente cada 5 años más o menos, y esa misma autorización genera una oportunidad para modificar o añadir elementos a cada programa.

Aun así el sistema americano posiblemente sufre de varios problemas. Por ejemplo, los programas tienden a complicarse en varias áreas: en realidad el programa de *Superfund* sólo ha resultado en la remediación completa de unos cuantos de los miles de sitios contaminados, el privilegio de ejecución de las leyes por ciudadanos a veces se puede dar origen a abusos, y el programa de sanciones criminales está sujeto a mucha discrecionalidad por parte del fiscal. Se puede mejorar poco a poco, y también se podría mejorar más fácilmente si se estuviera empezando de cero. Pero tanto los Estados Unidos como otros países no se pueden dar ese lujo a razón de nuestra "herencia ambiental."

Cinco puntos claves a considerarse en cualquier programa semejante incluyen:

- i. **Herencia ambiental.**- La remediación de problemas causados por actividades en el pasado protege actualmente la salud de los ciudadanos, cristaliza el valor del programa de reglamentación y promueve los intereses económicos al preocuparse por los costos de mantener y mejorar el medio ambiente. Se debe limitar el costo retroactivo y se debe implementar de forma controlada de manera que impacte la economía del país de manera positiva y no adversa.
- ii. **Sólido sentido de ética ambiental.**- La educación es crítica como la base en la que se asienta en último término la protección del medio ambiente aún más allá del sistema de cumplimiento. El pueblo protegerá su medio ambiente para beneficio propio y de su familia. Este sentido social se refleja entonces en la operación de negocios y otras actividades que puedan causar daño.
- iii. **Procedimientos efectivos.**- Los adecuados procedimientos administrativos y judiciales son aún más importantes que las leyes sustantivas. Los procedimientos los que le proveen credibilidad a las sanciones potenciales, facilitan la resolución de las materias adversas y establecen el debido proceso de ley para proteger los derechos del que demanda y del que contamina o viola.
- iv. **Información pública.**- La información sobre las actividades ambientales de los negocios se debe obtener de los reglamentados y se debe hacer fácilmente disponible al público. En el mercado nada influye tanto la conducta de un negociante como el temor a algún impacto negativo sobre sus ingresos o ganancias. Ese temor se hace más real si cualquier persona, no solo un número limitado de agentes del gobierno, puede revisar la información, y publicarla o tomar otra acción con respecto a ella. La base de la información sirve entonces para la ejecución de las leyes y juega un papel preventivo.
- v. **Reglamentación enfocada y selectiva.**- La reglamentación más complicada o completa no es necesariamente mejor. El progreso cuidadoso en armonía con la economía que provee los fondos para el cumplimiento y la remediación, es más aconsejable. En el medio ambiente no se puede remediar daño causado por muchos,

en sólo unos meses. Los programas iniciados ahora a lo mejor no resultan en beneficios tangibles durante nuestras vidas, pero pueden servir de herencia ambiental para la próxima generación en claro contraste con la herencia nuestra.

2. LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL EN EL DERECHO CANADIENSE⁴⁷¹

Un derecho efectivo al medio ambiente saludable en Canadá comienza a ser reconocido a nivel de ley de estatuto. Este derecho, como un derecho explícito en el nivel constitucional, no existe aún. Sin embargo, dentro de la Constitución de Canadá hay disposiciones relacionadas con los derechos legales de todos los canadienses y con respecto a los derechos legales de los pueblos aborígenes, que pueden evolucionar para fundar un derecho constitucional al medio ambiente saludable.

La legislación ambiental administrativa canadiense y sus disposiciones para la restauración y protección ambiental se vinculan estrechamente con el derecho constitucional. Yo, por ende, proveeré una descripción breve del sistema gubernamental de Canadá para que se pueda comprender como la legislación reguladora ambiental se deriva y se relaciona con el derecho constitucional.

2.1. ¿Un derecho legal a un medio ambiente saludable?

La primera pregunta es si existe este derecho en Canadá. Puede ser así, si las leyes logran la ejecutabilidad de un particular interés, pero no existe un reconocimiento constitucional expreso de un derecho público a un medio ambiente limpio en Canadá.

Sin embargo, el interés público por un medio ambiente saludable es ejecutable dentro de la ley en un alcance considerable.⁴⁷²

2.2. Causas de acciones civiles

En el *common law*, algunos aspectos del interés en un ambiente saludable son ejecutables utilizando el derecho de “*Torts*” mediante reclamos para la compensación por privados, por daños a la salud y a la propiedad privada ocasionada por la contaminación, o por interdictos para prevenir contaminaciones futuras. La causa más popular de acción es por molestia pública o privada. La primera no ha tenido mucho éxito hasta ahora. Sin embargo, con el advenimiento de la Ley de Derechos Ambientales de Ontario, (*Ontario Environmental Bill of Rights*), esto puede cambiar.

2.3. Los enjuiciamientos públicos y privados

El interés público a que hacíamos referencia antes, es también ejecutable en Canadá mediante el proceso de enjuiciamiento, particularmente el de corporaciones y sus directores y funcionarios. Tales procesos pueden ser iniciados por el público como una totalidad, representada por la Corona, o por cualquier persona. Las corporaciones, directores y funcionarios tienen un deber, bajo algunos estatutos, de

⁴⁷¹Resumen de la ponencia presentada por Roger Justus, del proyecto desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/ORPALC), con la colaboración de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y el Fideicomiso de Conservación de Puerto Rico. Disponible: www.pnuma.org/.../No.5LaResponsabilidadporDañoAmbiental.doc

⁴⁷²Ver el *Acta de Calidad Ambiental* de Quebec, R.S.Q. 1977, c.Q-2, ss. 19.2, enmendado. La Ss. 19.1 provee que toda persona tiene derecho a un medio ambiente saludable y a su protección, y a la protección de las especies que lo habitan. La Ss. 19.2 permite a un juez conceder un interdicto para prohibir actos que interfirieran o pudieran interferir con el ejercicio del derecho en Ss 19.1. También el Acta de Protección Ambiental de Ontario s.87 estipula que cualquiera que sufra lesión o daño como resultado de de un derrame ambiental tiene derecho a ser compensado por el(los) responsable(s). La responsabilidad por daños, es estricta ya que no depende en la prueba de negligencia, pero el(los) responsable(s) pueden exculparse si prueban que tomaron todas las medidas razonables para prevenir el derrame. Si el(los) responsable(s) no puede pagar o no pagará, la compensación es asumida por los fondos públicos.

no degradar el medio ambiente, por lo menos no más allá de los límites establecidos por los estatutos reguladores actuales. Como este deber puede ser impuesto por el público mediante el enjuiciamiento, y en alguna medida mediante el derecho de "Torts", puede describirse como un deber que se le concede al público.

2.4. Definición de Daño Ambiental

El daño ambiental no es un término definido en la ley ambiental canadiense. Sin embargo el E.B.R. en su Sección 1(1) define el daño como:

"Cualquier contaminación o degradación e incluye cualquier daño causado por la emisión de cualquier sólido, líquido, gas, olor, calor, sonido, vibración o radiación."

Esta definición es similar, pero más amplia, que la contenida en el *Ontario Environmental Protection Act* (O.E.P.A.) donde la contaminación se define como la causa o es susceptible de causar un efecto adverso, entendiéndose por efecto adverso uno o más de los siguientes:

- a. deterioro de la calidad del medio ambiente natural por cualquier uso que de éste se haga;
- b. lesión o daño a la propiedad o a la vida animal o vegetal;
- c. daño o malestar material a cualquier persona;
- d. un efecto adverso en salud de cualquier persona;
- e. deterioro de la seguridad de cualquier persona;
- f. provocar la incapacidad de cualquier propiedad o de la vida animal o vegetal para el uso humano; pérdida del disfrute del uso normal de la propiedad; y
- g. interferencia con la conducción normal de los negocios.

Se sugiere que daño es más amplio que efecto adverso, porque incluye degradación ambiental, que no necesariamente ha de ser asociado con la polución. Sin embargo, no hay un entendimiento común del significado de degradación. El contenido de daño y efecto adverso es normativo y probablemente será aclarado por los tribunales en su debido momento.

C. LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO AMBIENTAL EN EL DERECHO EUROPEO

I. LA DIRECTIVA 35/2004/CE SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

En 2004 el Derecho europeo ha cumplido uno de los retos históricos del derecho ambiental de la Unión europea. En el Derecho comunitario ha existido desde hace tiempo la intención regular el régimen jurídico del daño ambiental que se ha enfrentado a múltiples obstáculos: la complejidad técnica de esta tarea; la oposición de los Estados y de los sectores empresariales afectados por dicho régimen; incluso factores ideológicos como la primacía del principio de prevención en el Derecho ambiental⁴⁷³. En el IV Programa se recogió el énfasis preventivo en una posición de primacía, pero ello no fue obstáculo para que en el apartado 2, en sede de instrumentos económicos, en el número 5 se dijera:

"La Comisión se propone considerar el alcance de una nueva definición del término de responsabilidad en el ámbito del medio ambiente, incluida la posibilidad de que el contaminador asuma una amplia responsabilidad por los daños causados por productos o procesos y centrar su atención en la coordinación de los instrumentos en caso de efectos transfronterizos, en relación con las normas de producto o contaminación transfronteriza".

Estas intenciones de regulación de los daños ambientales se plasmaron en la Propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por los residuos⁴⁷⁴. La Propuesta de Directiva de la Comisión distaba de ser una regulación general del daño ambiental. En primer término, regulaba solo la

⁴⁷³ Cfr. Posición del Parlamento Europeo expresada en el Dictamen consultivo presentado el 17 de junio de 1982 sobre el proyecto del tercer Programa.

⁴⁷⁴ D.O.C.E. de 4 de octubre de 1989. Esta propuesta de Directiva también puede verse en "Actualidad Civil Legislación" núm. 10 octubre de 1989, pp. 587-595.

responsabilidad por daños ambientales producidos por residuos. No contemplaba los daños a recursos naturales producidos por otras actuaciones (incendio, talas abusivas, muerte de especies protegidas, etc.). En segundo término, no regulaba todos los daños producidos por residuos, pues el art. 2 excluía los residuos nucleares y los daños por hidrocarburos.

El siguiente paso en esta evolución fue la Comunicación de la Comisión de la CEE al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social (COM (93) 47 final, de 14 de mayo de 1993, denominado como "Libro Verde sobre Reparación del Daño Ecológico"⁴⁷⁵ un Documento fundamental en el marco de la Unión Europea en materia de daño ambiental. Es un documento de análisis lleno de preguntas, opciones y valoración de alternativas.

Después del libro verde se produjo el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, presentado por la Comisión⁴⁷⁶. El Libro Blanco concluía que la opción más adecuada y preferible consistía en la adopción de una Directiva marco comunitaria que contemplara, por un lado, la responsabilidad objetiva por los daños ambientales derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubriera, con circunstancias eximentes y atenuantes, tanto los daños tradicionales como los causados al medio ambiente) y que también regulara la responsabilidad por culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas. Como síntesis de las opciones regulatorias allí contenidas deben resaltarse las siguientes: 1) carácter no retroactivo -aplicación limitada a los daños futuros-; 2) cobertura tanto de los daños al medio ambiente (lugares contaminados y daños a la biodiversidad) como los daños tradicionales (daños corporales y daños materiales); 3) ámbito de aplicación cerrado y vinculado al acervo comunitario de legislación medioambiental existente; 4) Dualidad de régimen: responsabilidad objetiva para actividades inherentemente peligrosas y responsabilidad por culpa cuando los daños se deriven de una actividad no peligrosa. El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental no contemplaba la exclusión de los riesgos del desarrollo, pareciendo optar por un régimen de responsabilidad no degradable mediante supuestos de exención no tradicionales⁴⁷⁷.

Las expresadas dificultades de la tarea (el difícil consenso en tan delicada materia y las divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países miembros) han hecho que dicha actuación normativa se retrase en el tiempo.

Todo este proceso descrito ha culminado con la Directiva 2004/35, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales⁴⁷⁸.

En la tramitación se han registrado importantes cambios. En la propuesta frente al Libro Blanco han quedado fuera de la regulación los daños tradicionales. A diferencia de la propuesta de la Comisión, la posición común no excluye del ámbito de aplicación de la futura directiva los daños causados por emisiones o hechos expresamente autorizados ni los daños causados por emisiones o actividades que no fueron consideradas perjudiciales de acuerdo con el estado de conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se liberó la emisión o se desarrolló la actividad. No obstante, en tales casos los Estados miembros pueden permitir que el operador no sufrague el coste de las medidas reparadoras, siempre que se demuestre que el hecho, la emisión o la actividad causantes

⁴⁷⁵ El Documento puede verse en la "RDA" núm. 11, 1993, pp. 139 a 177.

⁴⁷⁶ Bruselas 9-2-2000 COM (2000) 66 final, ISSN 0257-9545, N° de catálogo: KT-CO-00-66-ESC-C, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, L-2985, Luxemburgo. Para una descripción y análisis del mismo véase POZZO, Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee, "Rivista Giuridica dell'ambiente", 2000, pp. 623-664; BERGKAMP, The Commission's White Paper on Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime (2000) 9 "European Environmental Law Review" pp. 105-114.; GOMIS CATALÁ, Estrategia comunitaria en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente, "Gestión Ambiental", núm. 19, julio 2000 pp. 1-13 y GARCÍA COBALEDA, Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, 9 de febrero de 2000 COM (200) (2000) 66 final, "Gestión Ambiental", núm. 19, julio 2000 pp. 14-20.

⁴⁷⁷ Cfr. Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, pp. 4, 10, 18 y 30.

⁴⁷⁸ D.O.C.E. L núm. 14, de 30 de abril de 2004, pp. 56-75.

del daño están cubiertos por algunas de las circunstancias antes mencionadas y no ha habido falta o negligencia por su parte (apartado 4 del artículo 8)⁴⁷⁹.

En fin, estamos ante un procedimiento complejo prototípico en el que se ha dejado rastro de importantes conflictos de intereses entre el Parlamento y el Consejo, con un papel impulsor, "arbitral" y posibilista de la Comisión⁴⁸⁰. La sombra de los intereses de los grandes grupos empresariales y la permeabilidad de las instituciones ante los mismos se hace igualmente patente. En este caso solo es elogiable la transparencia del proceso, pues los intereses empresariales en temas tan sensibles como los supuestos de exoneración por riesgos del desarrollo han pasado de ser aspiraciones del sector empresarial en el Libro Blanco a ser una posibilidad si así lo decide el legislador nacional de cada Estado miembro (art. 8.4 de la Directiva 2004/35)⁴⁸¹.

1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Las actividades que se enumeran a continuación, se verán afectadas por el régimen que instaura la Directiva 2004/35, y deberán acogerse a lo dispuesto en el mismo.

- Actividades profesionales enumeradas en el Anexo III, que causen daños medioambientales o una amenaza inminente de los mismos. (Ver tabla)
- Otras actividades profesionales, que causen daños a especies y hábitats naturales protegidos o una amenaza inminente de los mismos, siempre que haya habido culpa o negligencia.

ANEXO III - ACTIVIDADES PROFESIONALES AFECTADAS

- Instalaciones afectadas por la normativa IPPC.
- Actividades de gestión de residuos.
- Vertidos de sustancias peligrosas en aguas superficiales y subterráneas.
- Captación y represamiento de aguas.
- Fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte de sustancias peligrosas, productos fitosanitarios y biocidas.
- Transporte de mercancías peligrosas o contaminantes.
- Instalaciones que emitan sustancias contaminantes a la atmósfera.
- Utilización confinada, liberación intencional, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente.
- Traslado transfronterizo de residuos

Vemos que se establecen dos regímenes de responsabilidad en virtud del artículo 3.1, un régimen de responsabilidad tanto objetiva como por culpa o negligencia,

⁴⁷⁹JORDANO FRAGA, Jesús. La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: Análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental. Revista Electrónica Medio Ambiente & Derecho Nº 13. Puede verse en:

http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD%20AMBIENTAL%20JESUS.htm#_ftn2

⁴⁸⁰ Describiendo la delicada búsqueda del consenso político sobre la base del posibilismo, las tensiones y las posiciones de los distintos actores véase la magistral exposición de FUCHS, *Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L'Zhartmattan, Paris 2003, pp.69-77 y 116.

⁴⁸¹ Y así ha ocurrido con otros decisivos aspectos (Cfr. CLARKE, *The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision*, "Review of European Community & International Environmental Law", 2003, Vol. 12 Issue 3, pp. 267-268.

dependiendo de que se trate de daños derivados de actividades peligrosas o de daños a la biodiversidad de actividades no peligrosas.

Resaltamos, que dicha normativa comunitaria no tiene por objeto la protección del medio ambiente de forma global, puesto que la definición de daño medioambiental sólo se refiere a ciertos elementos de dicho medio que, por lo tanto, son los únicos que están sometidos a la obligación de prevención y reparación⁴⁸².

La Directiva limita de este modo, en un sentido material, su ámbito de aplicación a:

- Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos.
- Los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo.
- Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

Resulta llamativo, que textos tales como Convención de Aarhus⁴⁸³ (art.2), la CERCLA estadounidense⁴⁸⁴ o la Environmental Protection Act of 1970⁴⁸⁵ del Reino Unido incluyan en su concepto de medio ambiente a los componentes naturales de la naturaleza –a saber, suelo, agua y aire, más la biósfera o exósfera- y a las relaciones entre ellos y con las personas, y que la directiva omita un componente tan importante como el aire. Si bien, no se puede considerar como un simple olvido ya que el considerando 13 apunta consecuentemente en análogo sentido.

«No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales.»

Por otro lado, y siguiendo lo apuntado por JORDANO FRAGA⁴⁸⁶, hubiera sido coherente incluir también a las actividades sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental para concretar más objetivamente el ámbito de aplicación. Este debería ser uno de los pasos necesarios en la transposición de la Directiva 2004/35, sin que se descarte una posible reforma de la misma.

1.2. Supuestos de Exclusión y exoneración de responsabilidad

⁴⁸² Mariola de las Heras y Ojeda. Op. Cit.

⁴⁸³ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, adoptado en la cuarta Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa" celebrado en la ciudad de Aarhus, Dinamarca, del 23 - 25 de junio de 1998, disponible en <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43s.pdf>

⁴⁸⁴ 42. U.S.C.103. The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980 Subchapter I—Hazardous Substances Releases, Liability, Compensation, § 9601-Definitions, disponible en http://www.access.gpo.gov/uscode/title42/chapter103_.html

⁴⁸⁵ Environmental Protection Act, Nº. 8056/1970, § 1 [2]. 4-Definitios: "environment means the physical factors of the surroundings of human beings including the land, waters, atmosphere, climate, sound, odours, tastes, the biological factors of animals and plants and the social factor of aesthetics", disponible en

[http://www.dms.dpc.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubLawToday.nsf/0/8a2dfe9b1bea58fcca25703000055faf/\\$FILE/70-8056a146.pdf](http://www.dms.dpc.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubLawToday.nsf/0/8a2dfe9b1bea58fcca25703000055faf/$FILE/70-8056a146.pdf)

⁴⁸⁶ JORDANO FRAGA Jesús, La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medio Ambiental – Texto facilitado por el autor en el curso de "Experto en Derecho Ambiental"-, pág. 16.

Pero para concretar el nuevo régimen de responsabilidad habrá que deducirlo también de la regulación de las exclusiones y de los supuestos de exoneración y no únicamente de sus proclamaciones directas.

Quedarán excluidos de la aplicación de la presente Directiva (artículo 4):

- Los supuestos clásicos de fuerza mayor, a saber actos derivados de conflictos armados, en un sentido amplio, o de fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable, etc.
- La contaminación marítima por hidrocarburos o mercancías peligrosas (Anexo IV).
- Los riesgos nucleares.
- Los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando no haya sido posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos.
- Las actividades de defensa nacional, seguridad internacional o protección frente a desastres naturales.

No todo queda aquí, pues a lo largo del texto seguimos encontrando supuestos que quedan fuera del ámbito de aplicación. Un claro ejemplo es el artículo 8.3 y 8.4 que se hace eco de manera más individualizada del considerando 20 que reza así:

“No debe exigirse al operador que se haga cargo de los costes de las medidas preventivas o reparadoras adoptadas con arreglo a la presente Directiva en las situaciones en que los daños en cuestión o la amenaza inminente de tales daños se deriven de actos que estén fuera del control del operador. Los Estados miembros podrán permitir que los operadores que no hayan incurrido en culpa o negligencia no sufragan el coste de las medidas reparadoras en aquellas situaciones en las que el daño de que se trate sea resultado de emisiones o actos explícitamente autorizados, o en que no pueda haberse conocido el daño potencial de dichas emisiones o actos cuando tuvieron lugar”

Es decir, no se exigirá a la empresa que sufrague los costes de las acciones preventivas o reparadoras cuando pueda demostrar que los daños o la amenaza de que se produzcan:

- Fueron causados por un tercero, a pesar de existir las medidas de seguridad adecuadas; o
- Se produjeron como en cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública.

Además, la Directiva deja abierta para los Estados la posibilidad de incluir dos supuestos de excepción más:

- Cuando la emisión o el hecho causante del daño se realizaron con autorización expresa.
- Cuando dicha emisión o hecho no se había considerado potencialmente contaminantes según los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de producirse.

Consiguientemente, se verá eximido de responsabilidad el operador por:

- Daños causados por un tercero.
- Daños por actividades autorizadas.
- Daños por riesgos del desarrollo.

1.3. Autoridad Competente

El Estado miembro es el que decide quién es la "autoridad competente" que debe adoptar las medidas preventivas o reparadoras que considere oportunas, estableciendo así un sistema predominantemente administrativo de responsabilidad ambiental, que pretende ser objetivo, pero que si se encuentra mal regulado puede resultar del todo subjetivo y aleatorio; por ejemplo, en el caso español, serán las comunidades autónomas las encargadas de dicha misión, como el Ministerio de

Medio Ambiente, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 7.1⁴⁸⁷ y 7.6⁴⁸⁸ del Proyecto de Ley de 23 de marzo de 2007. Pues bien, esto puede suponer un gran avance o un tremendo atraso, pues depende de la flexibilidad que a las mismas se las otorgue y de los criterios comunes a seguir, para que el sistema de medidas preventivas o reparadoras funcione correctamente⁴⁸⁹.

La Directiva pone en manos de la autoridad competente las siguientes facultades o potestades:

- a. Exigir al operador que facilite información adicional sobre cualquier daño que se haya producido;
- b. Adoptar, exigir al operador que adopte, o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios;
- c. Exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias;
- d. Dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse
- e. Sobre las medidas reparadoras necesarias que deberá adoptar;
- f. Adoptar por sí misma las medidas reparadoras necesarias.

De esta forma, la autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas reparadoras. Si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el apartado 1 o en las letras b) ó c) del apartado 2, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente Directiva, la propia autoridad competente podrá adoptar dichas medidas reparadoras como último recurso.

Obsérvese que la obligación de reparación en casos “huérfanos” por exoneración o desconocimiento del causante se configura como un poder ampliamente discrecional no siendo exigible. Tan solo procederá controlar esas decisiones con fundamento en el principio de igualdad, buena y confianza legítima.

En la Directiva se establece así un régimen de determinación ejecutoria – así será en nuestro ordenamiento desde la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos- de daños ambientales pues corresponderá a la autoridad competente establecer qué operador ha causado el daño o la amenaza inminente del mismo, evaluar la importancia del daño y determinar qué medidas reparadoras han de adoptarse de acuerdo con el Anexo II. A tal efecto, la autoridad competente puede exigir al operador correspondiente que efectúe su propia evaluación y que facilite todos los datos e información que se precisen⁴⁹⁰.

1.4. Daños Transfronterizos y Cooperación entre los Estados miembros

Cuando los daños medioambientales son transfronterizos se impone la cooperación activa entre los Estados afectados para evitarlos o repararlos. En un mundo globalizado como en el que hoy vivimos éste es un paso importantísimo que se debe dar para que los operadores no sientan una total impunidad de sus actos por el mero hecho de que sólo actúen en un Estado miembro. Ya la declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo recogía en su principio 19 la necesidad de establecer una buena comunicación entre Estados a fin de que éstos puedan “proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”.

Esta preocupación también se recoge en el artículo 15 de la Directiva 2004/35, pues los Estados miembros se encuentran cada vez más sensibilizados ante la enorme

⁴⁸⁷ “El desarrollo legislativo y la ejecución de esta Ley corresponden a las Comunidades autónomas en cuyo territorio se localicen los daños causados o la amenaza inminente de que tales daños se produzcan”.

⁴⁸⁸ “Con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado podrá promover, coordinar o adoptar cuantas medidas sean necesarias para evitar daños medioambientales irreparables o para proteger la salud humana, con la colaboración de las Comunidades autónomas y de acuerdo con sus respectivas competencias”.

⁴⁸⁹ Mariola de las Heras y Ojeda. Op. Cit.

⁴⁹⁰ Art. 11.2 de la Directiva 2004/35.

problemática que les supone el daño causado en otro limítrofe, pues no deja de ser evidente que la contaminación de numerosos recursos naturales (ríos, lagos, espacios naturales...) puede afectar a varios Estados, pues el efecto contaminante no cesa ni se estanca, y los citados recursos abarcan muchos kilómetros cuadrados, dando lugar a verdaderas catástrofes globales difíciles de ubicar territorialmente⁴⁹¹.

Así, los Estados miembros colaborarán, entre otras cosas mediante un intercambio adecuado de información, para velar por que se adopten medidas preventivas y, en caso necesario, reparadoras, respecto de cualquier daño medioambiental cuando éste afecte o pueda afectar a varios Estados miembros. Obviamente esta colaboración se basará en un intercambio adecuado de información (art.15.1).

Cuando ya se haya producido un daño medioambiental, el Estado miembro en cuyo territorio se haya originado el daño proporcionará información suficiente a los Estados miembros que puedan verse afectados. Por otro lado, si un Estado miembro identifica dentro de sus fronteras un daño que no se haya ocasionado dentro de ellas podrá informar de ello a la Comisión y a cualquier otro Estado miembro afectado. Además, tendrá la posibilidad de formular recomendaciones para la adopción de medidas preventivas o reparadoras y podrá intentar, «de conformidad con la presente Directiva, recuperar los costes que le haya supuesto la adopción de medidas preventivas o reparadoras» (art.15.3).

En el supuesto español, las comunidades autónomas deben poner en conocimiento del Ministerio de Medio Ambiente los daños que puedan afectar a otro Estado. A su vez el Ministerio de Medio Ambiente, y a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, facilitará cuanta información resulte relevante y establecerá los mecanismos de colaboración con las autoridades competentes de otros Estados miembros para facilitar la adopción de todas las medidas encaminadas a la prevención, a la evitación y a la reparación de daños medioambientales, de igual forma tomará en consideración las recomendaciones que le formulen las autoridades competentes de los otros Estados miembros afectados y las comunicará a la autoridad competente afectada⁴⁹².

En sentido inverso, es decir cuando una autoridad española competente por razón de la materia identifique un daño o una amenaza inminente de daño para su territorio, ocasionado por una actividad económica o profesional en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá además iniciar los trámites para la recuperación de los costes ocasionados por la adopción de medidas preventivas o reparadoras⁴⁹³.

1.5. Contenido de la reparación.

Se encuentra establecido en el importante Anexo II de la Directiva. Si en EIA el Anexo II dio lugar a sendos conflictos con reflejo jurisprudencial, es fácil predecir que otro tanto va ocurrir con el Anexo II de la Directiva 2004/35. Se distingue por un lado, entre biodiversidad y agua, y por otro, el suelo.

En biodiversidad y agua, el Anexo II determina que la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias, entendiéndose por:

- a. «reparación primaria», “toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico”; esto es, la clásica *restitutio in pristinum* o puesta de las cosas al estado anterior al momento de la agresión.
- b. «reparación complementaria», “toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho

⁴⁹¹ Ídem.

⁴⁹² Artículo 8.1 y 8.2 Proyecto de Ley de 23.03.07

⁴⁹³ Artículo 8.3-c) Op. Cit.

de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados⁴⁹⁴; Estamos ante reparaciones compensatorias, aunque esta palabra ahora deba evitarse por la utilización de concepto compensatorio para las interim losses, como comprobaremos de inmediato. En realidad para hacer efectivo este concepto «reparación complementaria», bastaría la clásica indemnización de daños y perjuicios afectada a esas finalidades de reparación, e instituyendo un fondo para tal fin. Es positivo que esa afección de la indemnización está vinculada y establecida imperativamente por la Directiva y, además, que se hace visible en la “proximidad de la reparación” si ello es posible.

- c. “«reparación compensatoria», toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto”; las «pérdidas provisionales», las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias. No consiste en una compensación financiera al público”. Se rechazan así las class action para pretensiones que busquen la reparación de pérdidas económicas singularizadas con ocasión de daños ambientales. La reparación compensatoria se ha copiado del derecho norteamericano. Allí la Superfund Amendments and Reauthorization Act de 1986 y las enmiendas introducidas a la Marine Protection, Research and Sanctuaries Act de 1988, “completaron conceptualmente” la natural resources damages doctrine al incluir dentro de la reparación la pérdida de uso hasta que los recursos naturales son restaurados (interim losses)⁴⁹⁵.

Existen importantes reglas ulteriores:

- a. Determina la Directiva que “Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales”. De esta forma, los sistemas de reparación son acumulativos si la reparación primaria no es completa.
- b. La reparación de daños medioambientales consistentes en daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos “supone asimismo eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana”.
- c. Existe una mecánica de opción que está determinada por criterios economicistas -y esto es criticable- que introducen como posibilidad una suerte de “siniestro total ambiental” a imagen y semejanza de este fraudulento concepto manejado por las aseguradoras del automóvil.

Ordenan los puntos 1.2.2, 1.2.3, 1.3.2 y 1.3.3 del Anexo II:

⁴⁹⁴ Prescribe el Anexo II que la Finalidad de la reparación complementaria es la siguiente: 1.1.2. Si los recursos naturales y/o servicios dañados no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias. La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios —inclusive, si procede, en un paraje alternativo— similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

⁴⁹⁵ Vid. BREEN, Citizen suits for natural resources damages: Closing a gap in Federal Environmental Law, Wake Forest Law Review, vol 24, núm. 4 1989, pp. 864-867.

1.2.2. Al determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias o compensatorias se considerará en primer lugar la utilización de criterios de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio. De acuerdo con estos criterios, se considerarán en primer lugar acciones que proporcionen recursos naturales y/o servicios del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados. De no ser esto posible, se proporcionarán recursos naturales y/o servicios alternativos. Por ejemplo, una disminución de la calidad podría compensarse con un aumento del número de medidas reparadoras.

1.2.3. Si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas. La autoridad competente podrá prescribir el método, por ejemplo la valoración monetaria, para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias necesarias. Si es posible valorar los recursos y/o servicios perdidos pero no es posible valorar los recursos naturales y/o servicios de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá optar por medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al valor monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios perdidos.

1.3.2. Al evaluar las distintas opciones de reparación determinadas, podrán elegirse medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo a su estado básico las aguas o las especies y hábitats naturales protegidos que hayan sufrido el daño, o que lo hagan más lentamente. Se podrá adoptar esta decisión únicamente si los recursos naturales o servicios desaparecidos del paraje primario como consecuencia de la decisión se compensan mediante un incremento de las acciones complementarias o compensatorias que proporcione un nivel de recursos naturales y/o servicios similar al de los desaparecidos. Así sucederá, por ejemplo, si se pueden proporcionar recursos naturales y/o servicios equivalentes de menor coste en otro lugar. Dichas medidas reparadoras adicionales se determinarán de conformidad con las normas establecidas en el punto 1.2.2.

1.3.3. No obstante las normas establecidas en el punto 1.3.2 y de conformidad con el apartado 3 del artículo 7, la autoridad competente podrá decidir que no han de adoptarse más medidas reparadoras si:

- a. las medidas reparadoras ya adoptadas garantizan que ya ha dejado de existir un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, el agua o las especies y hábitats naturales protegidos;
- y
- b. el coste de las medidas reparadoras que deberían adoptarse para alcanzar el estado básico o un nivel similares desproporcionado en comparación con los beneficios medioambientales que se vayan a obtener.

Obsérvese que más allá del método de los mercados de bienes, recursos y servicios sustitutos no se expresan los criterios de valoración o modos de estimación de valoración que son el verdadero quid de la cuestión. Y esos existen y son manejados tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente –Exoxn Valdez, State of Ohio v. Department of Interior 880 F. 2d432 (D.C Cir 1989)- (método de los precios hedónicos, métodos de coste de viajes, de valoración contingente o de mercado hipotético, etc...) ⁴⁹⁶. Hubiera sido deseable que se plasmaran expresamente.

En suelo se adoptarán las medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes de que se trate de modo que el suelo contaminado, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso

⁴⁹⁶ POZZO, Danno ambientale e imputazione de la responsabilità, Milano Giufre 1996, pp. 205-247; VIVANI, Il danno ambientale. Profili di diritto pubblico, Padova Cedam 2000, pp. 167-185; WILDE, Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States, Kluwer Law International, 2002, pp. 96-97;

planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana⁴⁹⁷.

II. ESTADO ACTUAL DE LA TRANSPOSICION

La Directiva deja un amplio margen de flexibilidad a los Estados Miembros en su transposición y aplicación por lo tanto, de los cuales un número de Estados miembros han hecho uso pleno.

Hasta octubre de 2009, 25 Estados miembros habían transpuesto la Directiva, siendo los más recientes Francia, Luxemburgo, Reino Unido, Eslovenia y Grecia. Austria y Finlandia todavía no han transpuesto la Directiva. (En la figura 1, se representan estos países).

En cuanto a los países que aún no han transpuesto la Directiva, cabe señalar que:

- La Comisión Europea ha enviado un último apercibimiento por escrito a Finlandia por no haber dado cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la ley de responsabilidad medioambiental. La sentencia se debe a no haber incorporado Finlandia a su Derecho interno la Directiva comunitaria sobre la responsabilidad por los daños al medio ambiente. Mientras que ya ha concluido esa incorporación en el continente, la Directiva todavía no se ha convertido en ley en la provincia de Åland. El plazo era el 30 de abril de 2007

- Austria transpuso la Directiva a nivel federal en junio de 2009, pero la mayoría de los Estados federados aún tienen que incorporar los daños a los recursos naturales y partes de los daños al suelo.

⁴⁹⁷ Prescribe el anexo II de la Directiva 2004/35 que "El uso se determinará en función de la normativa de ordenación del territorio o, en su caso, de otra normativa pertinente que estuviera vigente en el momento de producirse el daño. Si cambia el uso del suelo, se adoptarán todas las medidas necesarias para impedir cualquier efecto adverso para la salud humana. Si no existe normativa de ordenación del territorio u otra normativa pertinente, será la naturaleza de la zona correspondiente en que se haya producido el daño, habida cuenta de sus expectativas de desarrollo, la que determinará el uso de dicha zona. Se estudiará la posibilidad de optar por una recuperación natural, es decir, sin ninguna intervención directa del ser humano en el proceso de recuperación".

Figura 1 – Transposición de la Directiva a Octubre de 2009⁴⁹⁸

ELD fully transposed	ELD not yet fully transposed
Belgium	Austria
Bulgaria	Finland
Cyprus	
Czech Republic	
Denmark	
Estonia	
France	
Germany	
Greece	
Hungary	
Ireland	
Italy	
Latvia	
Lithuania	
Luxembourg	
Malta	
The Netherlands	
Poland	
Portugal	
Romania	
Slovakia	
Slovenia	
Spain	
Sweden	
UK	

Las características más comunes de cada país en la transposición son una ampliación del ámbito de la biodiversidad más allá de la Directiva y la ausencia de estado de la técnica y / o permiso de defensas. Además, la obligación de la autoridad competente para adoptar medidas correctivas, en caso de ausencia del operador, para que éste pueda ser identificado y que la mayoría de las transposiciones se produjo a partir de abril de 2007.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ **Comisión Europea (DG ENV).** ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DIRECTIVA (ELD) y disposiciones conexas CUESTIONES FINANCIERAS DE SEGURIDAD (ELD Implementation Efficiency and related Financial Security issues). Noviembre 2009 p. 25. Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/ELD%20Study%20November%202009.pdf>

⁴⁹⁹ Ídem.

Figura 2: Características nacionales de la transposición de DEE⁵⁰⁰

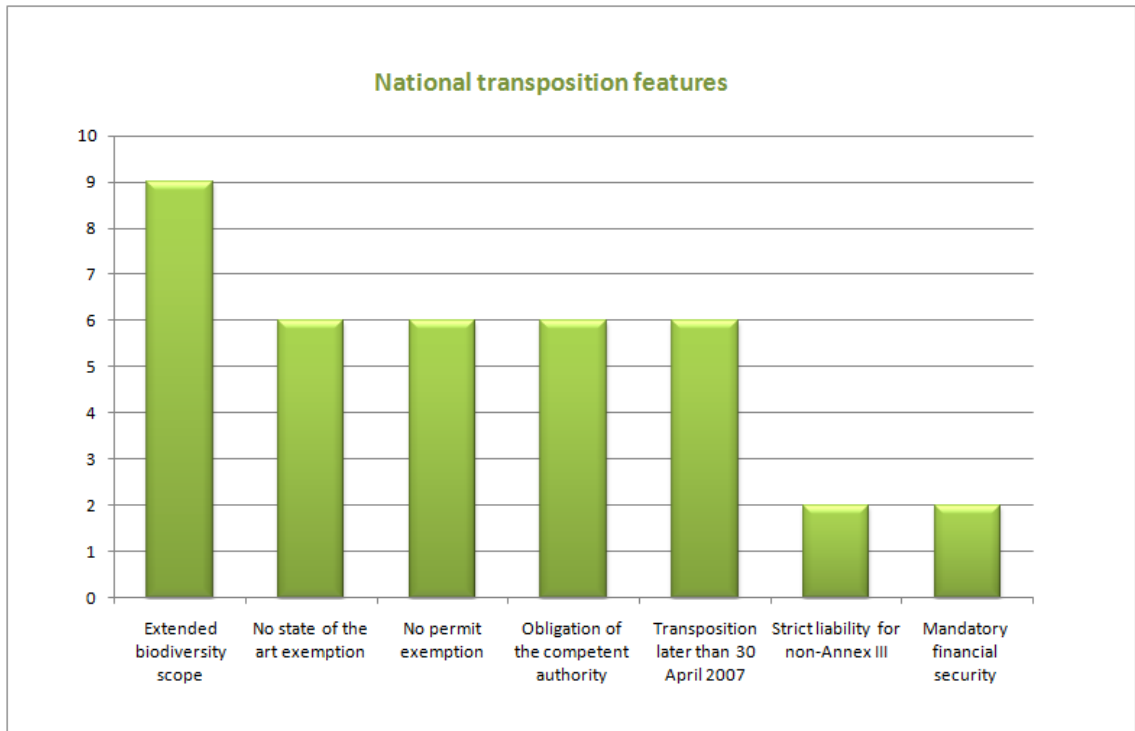


Tabla 1: Opciones de la defensa en las transposiciones de la Directiva.⁵⁰¹

Ambas defensas aceptadas	no aceptó la defensa	Solamente aceptó defensa SOA	la SOLO ACEPTAN PERMISOS	OTROS
Bélgica (regiones: Flandes, Valonia, Bruselas)	Bélgica (Estado federal)	Francia	Dinamarca	Netherlands
Chipre	Bulgaria		Lituania	Suecia
Republica Checa	Alemania			
Estonia	Hungría			
Grecia	Polonia			
Italia	Rumania			
Letonia				
Malta				
Portugal				
Eslovaquia				
España				
Reino Unido				

La obligación de las autoridades competentes a tomar medidas correctivas para los casos en que el operador no puede ser identificado o no está en una situación financiera de tomar medidas, se ha incorporado al derecho nacional en Austria, República Checa, Estonia, Hungría, Malta y Polonia. Países en los que la Directiva se ha transpuesto antes del 30 de abril de 2007 y en el que la llegada en vigor de la transposición no ha sido con efecto retroactivo al 30 de abril de 2007 son Austria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Irlanda, Malta y Reino Unido. Por último, Dinamarca, Hungría, Lituania y Suecia (así como potencialmente Grecia, los Países Bajos) introdujeron la responsabilidad

⁵⁰⁰ Ídem. p. 26.

⁵⁰¹ Ídem p. 27.

objetiva también en sectores no-del Anexo III y los seguros ambientales obligatorios están siendo introducidos por Bulgaria, República Checa y España. Los Estados Miembros no reportaron ningún problema en particular con la definición de daños a las especies y hábitats naturales protegidos y la definición de daño del agua. Otros potenciales problemas de definición que fueron nombrados, aunque sólo sea esporádicamente, eran las de un "Operador", los servicios de un 'permiso de la defensa "y" recursos naturales.

ANEXO II CASO PRÁCTICO

EXPEDIENTE Nº 383-2004 JUZGADO MIXTO DE FERREÑAFE DEMANDA POR RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL EN EL SANTUARIO HISTÓRICO BOSQUE DE PÓMAC

1. PLANTEAMIENTO DEL ASUNTO

1.1. REFERENCIAS DE LA SITUACIÓN PLANTEADA:

Expediente Nº 383-2004, tramitado ante el Juzgado Especializado Civil de Ferreñafe, que despachaba la doctora Carmen Rabines Zapatel, con intervención de la Secretaria Judicial Edith Roxana Ramirez Barboza, sobre materia relativa a Responsabilidad por Daño Ambiental en el Santuario Histórico Bosques de Pómac, teniendo como partes accionantes a Juan José Salazar García, Alcalde Provincial de Ferreñafe y Aníbal Calderón Vargas, jefe del Santuario Histórico Bosques de Pómac y como demandadas a la Asociación Agropecuaria Santa Clara "A" Palería-Batangranda y Asentamiento Rural y Ganadero Agrícola La Palería del Predio Batangranda, cuyos presidentes de conformidad de las partidas registrales Nº 02109757, Ficha 1294, y Nº 02109715, Ficha 1248, son el señor Samuel Flores Carrero y el señor Andrés Santos Llagueto, respectivamente, a quienes se les notificó por edictos por ignorar su domicilio.

1.2. RESPECTO DE LA DEMANDA:

a) Petitorio

Se inicia la demanda el 16 de setiembre del 2004, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio ambiente y los Recursos Naturales, artículo inciso 22 y 68 de la Constitución Política del Perú, se interpone la demanda en defensa del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad que alberga el santuario histórico bosque de Pómac, área natural protegida por el Estado y patrimonio de la nación, que está siendo gravemente dañada debido a la actividad depredatoria que vienen realizando las asociaciones agropecuarias Santa Clara "A" Palería-Batangranda y Asentamiento Rural y Ganadero Agrícola La Palería del Predio Batangranda. **En ese sentido se solicita el cese inmediato de la actividad productora del daño ambiental y se reponga las cosas a su estado anterior, además de fijarse una reparación civil por el daño ambiental** causado en el área natural protegida de conformidad con lo establecido por los artículos 90 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y 82 del Código Procesal Civil.

b) Subsanación del 04 de octubre del 2004.

Mediante este escrito de subsanación los demandantes, modifican su Petitorio y señalan lo siguiente:

Que, en aplicación, a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, numeral 2 del artículo 22 y 68 de la Constitución Política del Perú, y en la vía del proceso de conocimiento interponemos la presente **demandas de responsabilidad por daño ambiental, la misma que la dirigimos contra las asociación agropecuaria Santa Clara "A" Palería-Batangranda para que nos indemnicen hasta por la suma de S/. 9 015 062.00 (nueve millones quince mil trescientos cincuenta y cuatro nuevos soles) y la asociación Asentamiento Rural y Ganadero Agrícola La Palería del Predio Batangranda, a fin de que nos indemnicen hasta por la suma de S/. 27 046 062. 00 nuevos soles (veintisiete millones cuarenta y seis mil sesenta y dos nuevos soles).**

c) Hechos de la demanda que califican como daño ambiental

- En el Sector Palería **150 hectáreas de bosque que se hallan completamente taladas**, con la finalidad de desarrollar la agricultura y la comercialización de productos maderables principalmente algarrobo, sapote, faique, palo verde, angolo y látigo de Cristo.
- En las formas de leña y carbón.
- En el fundo Batangrande se ha talado indiscriminadamente. 4.370.18 hectáreas de bosque seco.
- Afectación de la biodiversidad.
- Daños y alteraciones paisajísticos
- Afectación del ciclo hidrológico de la cuenca del río la leche, profundizando la napa freática.(agua subterránea).
- Pérdida de las funciones del bosque seco.
- Destrucción de hábitats de 47 especies de aves, 07 especies de mamíferos, 09 especies de reptiles, algunos de ellos en vías de Hormiguero, las Pavas Aliblancas, Pumas, El Cóndor.
- Destrucción de Refugios de Chiroque, Loro Cabeza Roja, Ardilla Nuca Blanca, Mapache, El Ratón de Sechura,
- Destrucción de especies arbóreas: algarrobo, sapote, faique, palo verde, angolo y látigo de Cristo.
- Desertificación⁵⁰²

En conclusión, Todas estas especies han sido afectadas, y otras gravemente amenazadas.

d) Medios Probatorios Ofrecidos

- Actas de inspección por el Instituto Nacional de Recursos Naturales-INRENA, a pobladores talando los bosques.
- Inspección judicial, realizada por el Juzgado, el cual verifica el cambio de uso de la tierra para fines agrícolas.
- Pericia de un ingeniero forestal, biólogo, y arqueólogo.
- Informes, del INRENA, sobre el área afectada.
- Valoración Económica del daño al Bosque.
- Documentación que sustenta la posesión ilegítima de los demandados
- Fotografías de la depredación del bosque.
- Plano del área afectada.

e) Fundamentos Jurídicos

- Artículo 2, Numeral 22 y 68 de Constitución Política del Perú.
- Artículo I del Título Preliminar, 49, 50 y 55 del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, (vigente en ese entonces).
- Artículos, 1, 2 y 22, Normas sobre áreas naturales protegidas Ley N° 26834.
- Artículo 2, 52, del D.S N° 038-2001-AG, Reglamento de la ley de Áreas Naturales Protegidas.
- Artículo 16, Ley Sobre Conservación, y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Ley N° 26839.
- Acápito 5, Capítulo I, Estrategia Nacional Para las Áreas Naturales Protegidas-Plan Director, , del Decreto Supremo N° 010-99-AG.
- Decreto Supremo N° 034-2001-AG, que declara Santuario Histórico del Bosque de Pomac.

f) Monto Del Petitorio

⁵⁰² La desertificación implica la degradación de las tierras áridas, semiáridas y subhúmedas, secas, resultantes de diversas actividades dentro de ellas la actividad depredatoria del ser humano. En otras palabras implica la pérdida gradual de una área geográfica de especies hasta quedar prácticamente des poblada de biodiversidad. Zonas áridas. Centro de Investigación de zonas Áridas de la Universidad Nacional Agraria La Molina. Editorial Colere Cupoio Hominen Et Agrum, Lima Perú. Pag.9

Estimado en base a la "valoración económica de una hectárea de bosque", realizada por la jefatura del santuario histórico bosque de Pomac en el año 2002 adjuntada a la demanda.

El valor de una hectárea de bosque, es de **60. 102. 36 nuevos soles**, sin considerar el valor de turismo y recreación ni el valor de existencia del bosque.

Las asociación agropecuaria Santa Clara "A" Palería-Batangrande para que nos indemnicen hasta por la suma de **S/. 9 015 062.00 (nueve millones quince mil trescientos cincuenta y cuatro nuevos soles)** y la asociación Asentamiento Rural y Ganadero Agrícola La Palería del Predio Batangrande, a fin de que nos indemnicen hasta por la suma de **S/. 27 046 062. 00 nuevos soles (veintisiete millones cuarenta y seis mil sesenta y dos nuevos soles)**.

1.3. PARTE PROCEDIMENTAL DE LA DEMANDA

- a) Resolución UNO, del 27 de setiembre del año 2004, que declara inadmisibles, por imprecisión del petitorio, de la demanda pues según el juzgado por un lado el accionante indica que presenta demanda en defensa del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad, que alberga el Santuario Histórico del Bosque de Pomac, que está siendo dañada por la actividad depredatoria por parte de las demandas y por otro lado solicita el cese inmediato, de la conducta productora del daño ambiental y se repongan las cosas a su estado anterior, además de fijarse una reparación civil.

Que siendo así, el petitorio contiene varias pretensiones que deben ser interpuestas en forma debida por la vía procedimental correspondiente.

- b) Resolución número 6, que admite la demanda del 6 de octubre del 2004, ADMITE la responsabilidad por daño ambiental pero no con respecto al cese de la conducta productora del daño por constituir otra pretensión.
- c) La contestación de la demanda, el presidente de una de las asociaciones, demandadas el Sr. Andrés Santos Llagueto, presidente de la asociación de la Asociación Asentamiento Rural "La Palería", contesta demanda con fecha, 02 de diciembre del 2004, contradiciendo la demanda con los siguientes argumentos:

1. Que, la depredación de los bosques no solo fue depredado por su asociación, sino también por antiguos pobladores del lugar.
2. Que, el Ministerio de Agricultura, entrego certificado de posesión, numero, 180-88- AG-UAD-III-L-DRA-A, en el año 1988. Es por ello, que se encuentran habitando el lugar por el derecho que les asiste.
3. Asimismo, se ha reconocido, como centro poblado menor, por la Municipalidad Distrital de Pitipo, además, de existir en funcionamiento un centro educativo primario.
4. Desconocimiento de que el área era zona protegida, es por ello, que las autoridades, nos conceden derechos como comunidad.
5. El reconocimiento como área natural protegida, es en el año 1991, posterior al derecho de posesión otorgado. Y que el artículo 30 del D.S, N° 031-91-ED, prohíbe, nuevas adjudicaciones o posesiones centro, dentro la zona reservada. Excepto, la utilización de recursos naturales, renovables, diferentes a la madera. Hacen hincapié que esta norma reconoce a posesiones existentes y que la norma no tiene efectos retroactivos. Asimismo el artículo 2 del citado decreto señala que no afecta los derechos de tenencia legalmente adquiridos.
6. Por esas consideraciones, solicitan que la demanda, sea declarada, improcedente o infundada.

- d) Resolución, nueve de fecha 20 de diciembre del 2004, se integra al Sr. Alcalde, **Manuel Valverde, Ancajima, de la Municipalidad Distrital de Pitipo**, como litisconsorte necesario activo en la demanda toda vez que el daño ambiental ocurrido, es dentro su jurisdicción.

- e) Mediante resolución 17 de fecha, siete de junio del 2005 se integra al proceso al **Ministerio de Agricultura**.

- f) Mediante resolución veinte, de fecha 18 de julio del 2005, se resuelve integrar, al proceso como litisconsorte necesario **al Ministerio Público** representado mediante la Fiscalía Provincial Mixta de Ferreñafe.
- g) Mediante resolución dieciséis, integrada el 8 de agosto del 2005 se resuelve, saneado el proceso, y señalando fecha para audiencia de conciliación.
- h) Con fecha, cinco de setiembre del 2005, se celebra la audiencia de conciliación, se fijan puntos controvertidos, asimismo, señala fecha para audiencia de pruebas.
- i) Mediante resolución, veintiuno se resuelve solicitar a la Oficina de Peritos Judiciales, que designe cuatro peritos judiciales, en la especialidad de agrónomo, biólogo, arqueólogo, y Forestal, para que emitan dictamen en el presente proceso.
- j) Después del acto anterior, inexplicablemente, el proceso recayó en **ABANDONO**, ordenándose en abril del 2007, su archivo.

2. ANÁLISIS DEL CASO

a) El Daño Ambiental

Existen daños ambientales identificados en el presente caso concurrentes como la deforestación, como la destrucción de hábitats, afectación de agua subterránea, desertificación, pérdida de biodiversidad, alteración al paisaje, pero no están calificados como daños ambientales puros. Todos estos daños ambientales puros se encuentran acreditados por los demandantes pero sin un sustento jurídico ambiental, porque, en el Perú aún no ha sido desarrollado el daño ambiental puro ni en la legislación, doctrina, ni en la jurisprudencia.

El daño ambiental de la demanda en estudio fue presentado y sustentado dentro de los parámetros de la responsabilidad civil regulada en el código civil de 1984, institución que no se adecua a este tipo de daño ya que regula intereses individuales y no difusos. De ahí, que haya la demanda solo se solicite la reparación del daño mediante una indemnización y no la reparación in natura.

b) La antijuricidad

La actividad depredatoria de los bosques de los demandados contraviene la Constitución Política, las normas sobre áreas naturales protegidas, el Código del Ambiente y los Recursos Naturales (vigente en ese entonces). Etc. Por ello, su actividad es eminentemente antijurídica. Si bien es cierto, que los demandantes sustentan que la posesión es legítima al tener un certificado de posesión anterior a la declaración de zona reservada, este no les da derecho para depredar el bosque, además en la teoría moderna de los daños ambientales puros el daño se repara aunque sea lícito.

c) La Causalidad

La causalidad, entendida como la relación de causa efecto entre la acción y el daño, en el presente caso es interpretado como un elemento de la responsabilidad civil clásica regulado en nuestro Código Civil, lo que, significa que es interpretada según la teoría de la causalidad adecuada, a lo que dentro el caso en análisis se entiende que la acción de la tala de los bosques es causa adecuada para producir el daño ambiental de la deforestación. Sin embargo, en doctrina y alguna jurisprudencia de daño ambiental se habla de la teoría de la inversión de la carga de la prueba, lo que significa que para probarse el nexo causal el demandado por daño ambiental debe presentar la prueba en la que demuestra que su actividad no fue causante del daño, por lo que, se presume responsable.

En el caso en análisis si bien los demandantes presentaron pruebas para probar el daño y el nexo de causalidad podría invertirse la carga de la prueba para que los demandados demuestren que no son los responsables de la tala de los bosques.

d) Imputación objetiva.

Con la responsabilidad objetiva, no se valora la culpa del responsable, sino solo se analiza el daño ocasionado, por eso en la deforestación de los bosques materia de la demanda, no es relevante que los demandados hayan obrado con culpa o no, basta con acreditar el nexo causal y el daño, para solicitar la reparación del daño.

La demanda en comentario, no señala que el solo hecho de deforestar o talar el bosque protegido los hace responsables.

e) La valoración del daño

La valoración económica del daño, en la presente demanda es elaborada por el Instituto Nacional de Recursos Naturales- INRENA, la cual la realiza haciendo una valoración económica de una hectárea de bosque en el Santuario Histórico Bosque de Pómac, en al que considera el recurso maderable en pie (estado natural); recurso no maderables (estado natural, precios de mercado, costos de autoconsumo, estado natural de fauna silvestre); costos de reposición (canon de reforestación de especies forestales maderables, canon de reforestación de especies forestales diferentes a la madera); costos de recuperación; valoración contingente; maderero, todo esta metodología de valoración no considera el turismo y recreación ni el valor de existencia del bosque. El monto de una hectárea de bosque es la cantidad de S/ 60 102. 36 de nuevos soles por hectárea.

Esta, valoración utiliza métodos importantes, para determinar el monto de la indemnización. El medio ambiente no solo se repara de forma económica sino lo primordial es la reparación in natura devolviendo el bosque a su estado.

f) Reparación

De acuerdo al petitorio de la demanda se señala que los autores de la deforestación deben reparar el bosque con una indemnización que se determinó mediante una valoración económica por hectárea del bosque.

Del análisis de la demanda podemos encontrar que en el petitorio solo se señala que la reparación sea indemnizatoria, mas no la reparación in natura, que es la reparación prioritaria en una demanda de este tipo, además es de considerar que la cantidad monetaria solicitada en la demanda podía ser imposible su cumplimiento por insolvencia de los agricultores responsables.

La reparación in natura era la reparación ideal en esta demanda porque obligaba mediante la sentencia a los responsables a devolver el bosque a su estado anterior mediante la reforestación en la zona afectada o en otra zona.

g) La legitimación.

En el presente proceso se presentaron los siguientes legitimados:

- La municipalidad Provincial de Ferreñafe
- Instituto Nacional de Recursos Naturales INRENA a través, de la jefatura del Santuario Histórico Bosques de Pómac.
- Municipalidad Distrital de Pítipo
- Ministerio de Agricultura.
- Ministerio Público

Tanto la Municipalidad de Ferreñafe como la Jefatura del Santuario Histórico Bosques de Pomac tenían la representación principal los demás se presentaron en calidad de litisconsorte necesario, sin aportar ningún material probatorio.

La legitimación de todos los mencionados se desprende del artículo 82 del Código Procesal Civil, y de del artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (vigente en ese entonces).

La legitimación es bastante discutida y diferenciada en la doctrina, la legislación, y Jurisprudencia, por ello, en el presente caso nos preguntamos ¿Cuál es procedimiento a seguir cuando se otorga legitimidad a los particulares para demandar por este tipo de daños es adecuado?, la solución no es pacífica pues si los particulares solicitan la reparación del daño vía indemnización ¿a quién correspondería la indemnización?, a estas preguntamos y otros puntos más son estudiados con mayor profundidad en la parte de legitimidad de los daños ambientales puros.

3. CONCLUSIÓN

El proceso evidencia, grandes desconocimientos de la materia del daño ambiental puro, por parte de los demandantes, del Juzgado, ello evidencia cuando se plantea la reparación solo vía indemnización y no como reparación in natura que es lo prioritario.

A pesar de que el proceso cayó en abandono, constituye un paradigma, puesto que, por primera vez en la Región de Lambayeque y probablemente en el Perú se demanda

indemnización por daños al ambiente considerado como tal, y no por daños derivados del deterioro del mismo. Así se procedió en defensa del bosque de Pómac, para resarcir el daño causado al mismo y revertir las cosas a su estado anterior; es decir reforestar las hectáreas deforestadas.

Estamos seguros de que el proceso de no haber caído en abandono los autores del de la deforestación hubieran sido ser responsables por lo tanto obligados a reparar el daño.