

LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR EN LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIEN- TAL EN EL PERÚ

*Henry Carhuatocto Sandoval*¹

Especialista en Derecho Ambiental y

Colaborador con la Revista de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Análisis. 2.1. El daño ambiental en el Perú. 2.2. Intereses afectados. 2.3. Implicancias de la responsabilidad por daño ambiental. 2.4. Legitimidad para obrar. 2.5. Actividades riesgosas o peligrosas productoras de daños ambientales. 2.6. Obligaciones derivadas del daño ambiental. 2.7.- La responsabilidad subjetiva en el daño ambiental. 2.8.- La pretensión de una demanda por daño ambiental. 2.9. Casos de daños ambientales en el Perú. 3.- Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Ambiental tiene un espíritu primigeniamente preventivo, reparador o restaurador y sólo residualmente es sancionador, es por ello que cuando toca la responsabilidad civil quiebra su molde tradicionalmente le da una fuerza inusual a la reparación in natura y a la prevención en aras a proteger mejor el derecho a un ambiente sano y

¹ Abogado. Maestría y Doctorado UNMSM.

equilibrado, que en la región ya se encuentra reconocido constitucionalmente por Brasil,² Costa Rica,³ Chile,⁴ Colombia,⁵ Ecuador,⁶ México,⁷ Nicaragua,⁸ Panamá,⁹ Paraguay,¹⁰ Perú¹¹ y Argentina¹² siendo en este último país latinoamericano el único que expresamente consagra constitucionalmente la obligación de recomponer las cosas a su estado anterior cuando ocurre un daño ambiental. Teniendo como base ello en América Latina se aprecia que son muchas las legislaciones ambientales que regulan la responsabilidad por el daño ambiental tal es el caso de Uruguay, Ecuador, Bolivia, Honduras, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile y el Perú¹³.

2. ANÁLISIS

El daño ambiental afecta fundamentalmente un interés colectivo no sólo en el presente sino a futuro e involucra a personas naturales incluso por nacer, a diferencia de un daño civil que normalmente afecta a personas individuales o sus bienes y raramente se extiende intergeneracionalmente. Si bien, siguiendo los principios trazados en esos instrumentos jurídicos internacionales, varios países del mundo han intentado establecer sistemas de responsabilidad por el daño ambiental en sentido estricto, son escasas las legislaciones que distinguen entre la reparación de los daños materiales, patrimoniales e individuales de los daños causados al ambiente (daño ambiental puro)¹⁴. Si nos referimos a los efectos que el daño ambiental puede tener sobre las personas o sus patrimonios, es decir el impacto del daño ambiental al patrimonio individual o la esfera personal, entonces podemos sostener que esta es responsabilidad civil patrimonial e individual, que de manera indirecta es un camino a la reparación por daño ambiental. Lo

² Artículo 225° de la Constitución Política de la República Federativa de Brazil.

³ Artículo 50° de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

⁴ Artículo 19° de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵ Artículo 79° de la Constitución Política de Colombia.

⁶ Artículo 23° de la Constitución Política de Ecuador.

⁷ Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ Artículo 60° de la Constitución Política de Nicaragua.

⁹ Artículo 114° de la Constitución Política de Panamá.

¹⁰ Artículo 7° de la Constitución Política de la República de Paraguay.

¹¹ Artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

¹² Artículo 41° de la Constitución de la Nación Argentina.

¹³ Cfr. Gonzales Márquez, José Juan. *La Responsabilidad por el daño ambiental en México*. Universidad Autónoma Metropolitana. México. 2002. p. 118-120.

¹⁴ Cfr. Gonzales Márquez, José Juan. *Ob. Cit.* p. 117.

apropiado es proteger directamente los intereses colectivos y primordialmente prevenir el daño ambiental, y en su caso restaurar el ambiente dañado¹⁵.

En Argentina, la Constitución Política de 1994 regula expresamente el daño ambiental y prescribe que el mismo generara prioritariamente la obligación del agente de recomponer las cosas a su estado original. En Brasil la legislación ambiental regula no solo la indemnización correspondiente al daño ambiental, sino también la acción por daños al ambiente, las medidas precautorias que durante el mismo puede dictar el Juez y la ejecución de sentencia, que tiene efectos de cosas juzgada erga omnes. Además crea un fondo que se integrara con el monto de las indemnizaciones y que será destinado a la reparación de los bienes dañados. En Colombia, se establecen las acciones populares para la protección de los derechos colectivos, entre los cuales esta incluido el ambiente y que en definitiva instituyen la protección del interés jurídico difuso en materia ambiental. En Chile, la Ley sobre las Bases Generales del Medio Ambiente de Chile (1994) se separa claramente al régimen específico de responsabilidad por el daño ambiental establecido por el mismo, de la acción indemnizatoria ordinaria regulada en el Código Civil. En cuanto la titularidad de la acción, se establece que esta corresponde a las personas naturales o jurídicas, publicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Por ello, cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que esta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. En cuanto al procedimiento, se establecen las siguientes reglas: a) será de carácter sumario, b) será competente para conocer de la acción en responsabilidad por el daño ambiental el Juez del lugar en el que origine el hecho que causo el daño o el domicilio del afectado, a elección de este último y c) la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, desde la manifestación evidente del daño¹⁶.

La Unión Europea ha adoptado una responsabilidad objetiva en lo que se refiere a todas las actividades químicas de alto riesgo y la aplicación de la misma se ha enfocado básicamente a la reparación de aquellas afecciones ambientales que repercuten en las personas o sus patrimonios mas que a la reparación del daño ambiental propiamente tal. En Francia y el Alemania los tribunales han ampliado sensiblemente las posibilidades de acceso a la justicia de los particulares tanto individual como colectivamente.

¹⁵ Cfr., Gonzáles Márquez, José Juan. Ob. Cit. p. 117.

¹⁶ Gonzáles Márquez, José Juan. Ob. Cit. p. 118-128.

cuando se invocan derechos fundamentales como los de la propiedad, salud e integridad física¹⁷. En Alemania, se establece un régimen especial de responsabilidad objetiva aplicable a las actividades de instalaciones industriales que presenten un riesgo para el ambiente. En España, los elementos integrales del ambiente normalmente son bienes del dominio público (el agua, las costas, incluso la atmósfera), pero también hay bienes ambientales de titularidad privada (como un bosque, o una propiedad en un espacio natural protegido). En ese sentido, si ocurre un daño en este tipo de elementos la responsabilidad estará regulada por el Código Civil, pero en el caso de que el daño ocurra sobre el ambiente mismo, la reparación del daño se rige por el Código Penal y por la legislación administrativa ambiental. En Italia se permite al Estado demandar a cualquier persona que dañe, altere o deteriore el ambiente a causa de un comportamiento ilegal o negligente y se obliga al contaminador a limpiar el suelo, las aguas o el subsuelo dañados¹⁸.

Posteriormente, el Libro Blanco señaló las características que podría presentar un régimen comunitario: cobertura tanto de daños al medio ambiente como a los daños tradicionales, responsabilidad objetiva por los daños derivados de actividades inherentemente peligrosas, responsabilidad basada en la culpa cuando los daños se deriven de una actividad no peligrosa, responsabilidad centrada en la persona o empresa que ejerce el control sobre la actividad que causa el daño, obligación de deslindar las compensaciones abonadas por el contaminador a la restauración del medio ambiente entre otros¹⁹. Fruto de ello se aprobó la **Directiva 2001/35/CE** de fecha 21.04.04 del Parlamento Europeo y del Consejo, que aunque mantiene por tradición jurídica el principio de «quien contamina paga» y no se admite en forma expresa la internalización de costos ambientales o la responsabilidad social de la empresa y de los Estados, se hacen notables avances respecto a los supuestos de daño ambiental que se puede clasificar en dos etapas:

- a) Post Daño ambiental, referida a la responsabilidad del operador entendida como restauración e indemnización.
- b) Prevención de daño ambiental directos e indirectos,²⁰ que implica la adopción de medidas de prevención y el desarrollo de prácticas encaminadas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales.

¹⁷ Gonzáles Márquez, José Juan. Ob. Cit. p. 130-131.

¹⁸ Gonzáles Márquez, José Juan. Ob. Cit. p. 132-135.

¹⁹ Gonzáles Márquez, José Juan. Ob. Cit. p. 135.

²⁰ «La presente directiva es aplicable (...) a las actividades que entrañan un riesgo real o potencial para la salud humana o para el medio ambiente.» Considerando (9) de la Directiva 2001/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 21.04.04.

El objetivo de la Directiva 2001/35/CE es establecer un marco común sobre la prevención y reparación de daños medioambientales. Ello por cierto al margen de los derechos de compensación por daños tradicionales otorgados correspondientes a la responsabilidad civil²¹. La citada directiva es aplicable tanto al denominado daño ecológico puro como al daño ambiental indirecto que afecta la salud y calidad de vida de las personas como se aprecia en la exposición de motivos del citado dispositivo legal. Debemos tener presente que esta directiva expresamente señala en su considerando 14 que no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños. Ello implica entonces que para la Unión Europea queda claro que la responsabilidad por daño ambiental lo que pone sobre relieve es el daño ecológico per se sin que este necesariamente vinculado a la afectación directa o indirecta de una persona.

2.1. EL DAÑO AMBIENTAL EN EL PERÚ

El daño ambiental se puede definir como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al ambiente o a uno o más de sus componentes tales como agua, suelo, aire, paisaje, flora, fauna, población entre otros. El daño ambiental no consiste sólo en la lesión al equilibrio ecológico sino también a otros valores vinculados como la calidad de vida y la salud de la colectividad. Así entonces el daño ambiental, consistirá en una agresión directa al ambiente, que en forma indirecta puede provocar una lesión a la salud de las personas, o afectación mediata de la calidad de vida de los que habitan en la zona afectada. No cualquier menoscabo material que sufra el ambiente será considerado un daño ambiental sino sólo aquel que no permita la autogeneración del ecosistema.

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 perspectivas:

- a) Como bienes en sí mismos,
- b) Como bienes que desempeñan una función o servicio ambiental respecto de los otros con lo que interactúan, y
- c) Como ambiente propiamente tal²².

²¹ Cfr., Considerando (11) de la Directiva 2001/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 21.04.04.

²² GONZÁLES MARQUEZ, La responsabilidad por el daño en ambiental en América Latina, México, 2003, p. 14.

A los primeros podemos denominarlos elementos de base del ambiente, mientras que a los segundos elementos o bienes de función. 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 ellos²³. Desde una perspectiva más pragmática el Tribunal Constitucional ha establecido que un ambiente puede ser afectado por alguna de estas cuatro actividades:²⁴.

- a) **Actividades molestas:** Son las que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.
- b) **Actividades insalubres:** Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.
- c) **Actividades nocivas:** Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.
- d) **Actividades peligrosas:** Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones.

El numeral 2 del artículo 142° de la Ley General del Ambiente (LGA) establece por primera vez en la historia de legislación nacional, el concepto de responsabilidad por daño ambiental de la siguiente forma: «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.»

Acertadamente, la LGA no amarra el concepto del daño ambiental con la vulneración de una norma o disposición legal, puesto que no obstante haberse observado los límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental y obligaciones socio ambientales asumidas en virtud de un documento de gestión ambiental puede pese a ello, sobrevenir un daño ambiental que el agente debe hacerse cargo como responsable de la actividad riesgosa. Tengamos en cuenta que muchas normas de calidad de nuestro país *«se muestran menos exigentes en comparación de sus simi-*

²³ Gonzáles Márquez, José. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina, Cit., p. 15.

²⁴ Exp. N.º 0018-2001-AI/TC.

lares con otros países de la región. Un buen ejemplo de esta situación es el valor diario establecido para el Dióxido de Azufre en el Estándar Nacional de Calidad Ambiental de Aire (350 ug/ m^3), superior al referente de la OMS (260 ug/ m^3), que se agrava respecto del valor anual, de 150 para el Perú, que se encuentra entre 60 y 80 de acuerdo a las normas de la OMS, Europeas, de EE.UU y Canadá»²⁵.

LIMITES MÁXIMOS PERMISIBLES DE EMISIONES ATMOSFÉRICAS EN LA ACTIVIDAD MINERA

	Fundiciones de plomo y Zinc (Banco Mundial 1998)	Fundiciones de Cobre (Banco Mundial 1998)	R.M 315-96 EM /VMM (Perú, 2008)
Arsénico	0.1 ug/ m ³	0.5 ug/ m ³	25
Plomo	0.5 ug/ m ³	0.2 ug/ m ³	25
Material Particulado	20 ug/ m ³	20 ug/ m ³	100

Elaborado por Ivan K. Lanegra Quispe. El (Ausente) Estado Ambiental. Realidades. Lima – Perú. 2008. p.141

2.2. INTERESES AFECTADOS

La afectación del interés jurídico tutelado determinara no sólo la legitimidad para obrar sino sobre todo el petitorio de una demanda por responsabilidad por daño ambiental. De esta manera la legitimidad para obrar dependerá del interés involucrado:²⁶.

- a) La defensa del medio ambiente.- la legitimidad para obrar tendiente a la defensa, restauración, compensación y reparación del medio ambiente, la tiene cualquier persona²⁷. No necesariamente quien interponga la demanda debe ser el directo afectado o tener un interés económico en el mismo, pues actúa en su rol de ciudadano defendiendo un bien colectivo. En el caso del Estado vislumbramos que se establecerá inexorablemente una Procuraduría Ambiental adscrita al Ministerio del Ambiente que se hará cargo de estos casos.

²⁵ Lanegra Quispe, Ivan. El (Ausente) Estado Ambiental. Realidades. Lima-Perú. 2008 p. 140

²⁶ Cfr, Morales Godo, Juan. La Tutela de los Intereses Difusos y el Medio Ambiente. En: Foy Valencia, Pierre (Editor). Derecho y Ambiente. IDEIA-PUCP. Lima - Perú. 1997 p. 395-399.

²⁷ Cfr, Morillo, Augusto- Cafferatta, Néstor. Daño Ambiental de Incidencia Colectiva. En: Visión Procesal de Cuestiones Ambientales. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires- Argentina. 2004. p. 101-126.

- b) Interés Individual. Se configura cuando una persona demanda se le resarzan el perjuicio que a sufrido producto del daño al medio ambiente. En este caso tendrán legitimidad para obrar el perjudicado o su representante. El daño ambiental lo afecta de manera indirecta a perjudicado su salud, sus bienes o propiedad pero la catástrofe ambiental puede tener un espectro mucho mayor solamente que en este caso el demandado puede estar reclamando por el perjuicio individual dejando a salvo el derecho de la colectividad por reclamar por el daño ambiental total.
- c) Interés Colectivo. Si la colectividad perjudicada con el daño ambiental esta conformada por un conjunto de personas determinadas quienes delegan a un representante legal la legitimidad procesal²⁸. Este puede ser el caso de una comunidad indígena afectada por un derrame de petróleo, un centro poblado contaminado por relaves mineros, un comité de gestión de un área natural protegida que reclama el cese de la tala de la misma, una asociación (inscrita o no inscrita) de conservación que reclama el cese de actividades contaminantes de una fabrica, etc.
- d) Interés Difuso. Si el conjunto de personas perjudicadas con el daño ambiental es un grupo indeterminado de personas como lo plantea el artículo 82º del Código Procesal Civil²⁹. Este es el supuesto de una población indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial o un grupo de comunidades campesinas dispersas que se ven afectados por la actividad contaminante, y en defensa de las mismas, un tercero, como una persona jurídica dedicada a la defensa del ambiente, entabla un proceso judicial, donde su rol será de parte procesal, que defenderá, a la parte sustancial o verdaderos afectados, esto es las poblaciones indígenas antes mencionadas.

La base constitucional de la pretensión de la demanda por responsabilidad por daño ambiental en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado que consagra el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Este es un derecho de tercera generación pues

²⁸ Cfr. Cassagne, Juan Carlos. El daño ambiental colectivo. En: Revista Et Veritas. Año XV No 30, Asociación Civil Ius Et Veritas. Lima- Perú. 2005. p. 309-318.

²⁹ El citado artículo señala que pueden promover este proceso, el Ministerio Público, Los Gobiernos Regionales, Los Gobiernos Locales, Las Comunidades Campesinas y/o Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones sin fines de lucro que según la ley y criterio del juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

tiende a preservar la integridad de la sociedad humana, resulta oponible al Estado y exigible a él, pero que por sobre toda las cosas requiere el concurso de todos los actores sociales para su cumplimiento efectivo³⁰. De esta manera, es posible que su cumplimiento sea exigido por uno o todos los miembros de la comunidad, pues su afectación le incumbe a ella y a todos.

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es una consecuencia de la dignidad propia del ser humano, entendida como las condiciones mínimas para el desarrollo del hombre por sí mismo, independientemente de la conducta del individuo, como especie necesitamos un mínimo de recursos para imprimir nuestros valores y no dejar de ser hombres. En un ambiente contaminado y degradado es imposible que un ser humano pueda desarrollarse y vivir con dignidad, siendo estas circunstancias adversas lo que envilecería y degradaría su naturaleza. Así como el ser de un pez no podría concebirse sin agua, el hombre no puede ser tal, sin un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, conformando ello parte de su dignidad. En consecuencia, este derecho constitucional al igual que el resto, forman parte de ese mínimo invulnerable de condiciones que el Estado debe resguardar y garantizar.

En ese sentido, existe una obligación del Estado democrático de proteger a las personas contra los ataques al ambiente, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones dignas y aceptables. El papel del Estado no sólo supone tareas de reparación frente a daños ocasionados, sino de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan.

El artículo 143° de la L.G.A señala que «cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción de responsabilidad por daño ambiental, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental», siendo los organismos no gubernamentales quienes lideran este tipo de acciones judiciales en resguardo del ambiente, aunque sus pretensiones giran principalmente en una inhibitoria de la conducta dañina y la indemnización a las personas o colectividad afectada, pocas destinan los recursos a la reparación del ambiente. Urge por tanto que las Procuradurías Judiciales de los sectores con competencias ambientales asuman su rol y planteen acciones de responsabilidad por daño ambiental cuando descubran graves daños ambientales producidos por la actividad regulada por el sector. Lo ideal sostenemos es que se potencie una Procuraduría Ambiental adscrita al Ministerio del Ambiente que no solamente inicie acciones de inhibición de actividades contaminantes sino busque compensaciones

³⁰ Cfr., Caro, Coria. *El Derecho Penal del Ambiente*. Gráfica Horizonte. Lima-Perú. 1999 p. 69.

e indemnizaciones con las cuales el Estado pueda reparar el daño ambiental causado, siendo en este aspecto estelar el rol del Fondo Nacional del Ambiente, que no sólo serviría para como administrador de estos recursos sino como un ente que busque fondos de la cooperación internacional para restaurar el daño ambiental ocasionado.

Un caso interesante donde existió daño ambiental es el proceso de desalojo del Santuario Histórico Bosque de Pomac que genero un proceso de desalojo ambiental con reglas propias, y dirigido no solo a desocupar un predio sino fundamentalmente a preservar el ambiente natural. Un proceso de esta naturaleza implicaría la admisión de un interés difuso y que pueda ser interpuesto por cualquier persona con interés en la defensa de un área natural protegida, rebasando con ello la legitimidad contemplada por el artículo 586° del Código Procesal Civil que solo contempla como parte activa al propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, considere tener derecho a la restitución de un predio. Esta construcción teórica a diferencia de muchas no nace de la mente de un jurista sino de la propia realidad social, que se plasma en actores sociales comprometidos con la conservación de un área natural protegida, en este caso:

- a) El Ministerio Público, representado por el Fiscal Provincial de Ferreñafe, Augusto Ruiz Marquillo y su Fiscal Adjunta Carmen Palmer Oliden, tenían un legítimo interés para obrar pues buscaban evitar que los invasores depreden el área natural protegida y sigan cometiendo daños ambientales y delitos ecológicos.
- b) La Municipalidad Distrital de Pitipo, representada por su Alcalde Manuel Valverde, siendo que el Santuario Histórico invadido se encontraba en su jurisdicción y su depredación iba perjudicar el derecho al ambiente de los ciudadanos del distrito de Pitipo.
- c) La Municipalidad Provincial de Ferreñafe, representada por su Alcalde Juan Salazar, que buscaba resguardar la conservación del área natural protegida y a la vez garantizar la integridad del complejo arqueológico de Sipan.
- d) La Dirección Nacional del Museo de Sican en la persona de Carlos Elera Arevalo, ingreso como persona natural en la medida que su dirección no era una persona jurídica, y tenía legitimidad para obrar en razón a que buscaba proteger el complejo arqueológico de Sipan.

Evidentemente la decisión que recaería en el proceso de desalojo afectaría de manera directa los intereses de todas estas instituciones, razón por la cual este era un caso de litisconsortes necesarios de conformidad con lo establecido por el artículo 93° del Código Procesal Civil como bien se establece en la sentencia del Juzgado Mixto de Ferreñafe

reacida en el Exp. 2004-0269. En el fondo un proceso de desalojo ambiental con este tipo de legitimidad ampliada nace de la concordancia del artículo 82° con el artículo 586° del Código Procesal Civil, de los cuales se desprende que puede iniciar un proceso de desalojo en un área natural protegida el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en la medida que esta es una forma del medio ambiente o de bienes o valores culturales, y que con esta acción se busca evitar un daño al ambiente o el patrimonio. Y claro, es evidente que el desalojo de un área natural protegida cuya categoría implica intangibilidad implica la desocupación del mismo por parte de los invasores. Sin embargo, la legitimidad para obrar consideramos es más amplia si partimos del artículo III del derogado Código del Ambiente que establecía que «toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales» y de la propia Ley General del Ambiente, Artículo IV, que establece que «toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.» Este razonamiento justamente fue el que sustentó el ingreso al proceso de desalojo de Pomac de las autoridades locales, y en el que se basó la jueza Carmen Ravinez en la sentencia de primera instancia.

Este avance en la legitimidad para obrar en temas ambientales, lamentablemente ha sido empañado por el Primer Pleno Casatorio Civil de abril del 2008 que circunscribe únicamente la legitimidad para obrar en casos de daño ambiental ocasionados por ejemplo por ocupantes precarios de áreas naturales protegidas y las limita solamente a las personas jurídicas enumeradas en el artículo 82° del Código Procesal Civil, olvidando que tanto lo ya dispuesto por el Código del Medio Ambiente (1990) en su artículo III del Título Preliminar y sobre todo por la actual Ley General del Ambiente (2005) en su artículo IV del Título Preliminar y directamente en el artículo 143° referido a la responsabilidad por daño ambiental otorgan legitimidad para obrar a cualquier persona. Ambas regulaciones específicas, una derogada pero aplicable al caso del derrame de mercurio en Choropampa objeto de la Casación N° 1465-2007-Cajamarca, que motivó el mencionado pleno, y otra norma vigente, ambas ni siquiera fueron mencionadas al menos para justificar su inaplicación. Aquí debió considerarse estas normas ambientales que otorgan legitimidad para obrar a cualquier afectado por daño ambiental o incluso un tercero sin interés económico a interponer una acción por daño ambiental, aún no recayendo en el mismo la calidad de las instituciones mencionadas en el artículo 82° del Código Procesal Civil (tanto en su versión original como modificada). Es una monstruosidad procesal el limitar a las personas que pueden interponer una acción civil en

defensa del ambiente solamente basado en la mencionada en el artículo 82° mencionado, sin merituar lo mencionado por otras normas procesales especiales al caso concreto como la Ley General del Ambiente y la propia doctrina imperante. Las consecuencias de dicha interpretación atentan contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues impiden al justiciable acudir al poder judicial a reclamar una reparación por daño ambiental o la defensa del ambiente a favor de su comunidad.

La admisión de una legitimidad ampliada en el caso de desalojos de ocupantes precarios en áreas naturales protegidas como la dispuesta por la sentencia del Juzgado Mixto de Ferreñafe, pudo permitir que intervenga como listisconsorte necesario también una institución sin fines de lucro que tenga interés en la conservación de un área natural protegida e incluso una persona natural que persiga con su acción judicial detener la depredación de la misma, claro está que en estos casos el juez deberá ordenar que se incorporen en calidad de litisconsorte necesario el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas y la Municipalidad en la jurisdicción que se encuentre el espacio protegido.

2.3. IMPLICANCIAS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

La responsabilidad por daño ambiental de carácter objetiva se plasma en el numeral 1 del Artículo 142° de la LGA en el cual indica lo siguiente: «aquel 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.»

Un análisis detenido de la citada disposición nos permite determinar toda persona natural o jurídica que realiza determinada actividad que implica un peligro o riesgo para el ambiente o las personas se encuentra obligado a responder por el daño ocasionado.

La relación jurídica derivada del daño ambiental estaría compuesta por los siguientes sujetos y elementos:

- a) Sujeto pasivo: la persona afectada y colectividad lesionada;
- b) Sujeto activo: el causante del daño;
- c) Bien jurídico protegido: el ambiente, la calidad de vida de las personas, la salud humana y el patrimonio;
- d) Objeto: las obligaciones de restauración, reparación, compensación e indemnización del daño ambiental.

El daño ambiental tiene una naturaleza compleja y que desde una óptica civilista es considerada normalmente una responsabilidad extracontractual puesto que no se requiere que los afectados/víctimas hayan tenido una relación contractual previa con el agente pensemos en la minera y sus relaves, la fábrica y sus humos contaminantes, o la empresa de transporte y sus gases contaminantes. Urge por tanto la fijación de plazos más largos y de acuerdo a la naturaleza de los daños ambientales. La prescripción de la responsabilidad civil extracontractual de dos años es inadecuada y esta pensada para afectaciones patrimoniales o individuales, y no para los casos de bienes colectivos como el ambiente o la salud pública.

La continuidad del daño o el argumento del tardío descubrimiento del daño ambiental como tablas salvadoras de la prescripción son una solución muy precaria para garantizar la protección bienes colectivos tan importantes. Se requieren reglas de prescripción propias de la naturaleza de un daño ambiental, que por su envergadura y gravedad e intereses afectados, debería ser considerado imprescriptible. Pensemos en el caso del agente que contamina de manera irreversible a una comunidad indígena, o lleva al peligro de la extinción a una especie endémica de nuestro país o depreda el último bosque de manglares del Perú. Todo ello a vista y paciencia del gobierno de turno allegado al agente dañador y con primeras planas en los medios de comunicación sin que ninguna Procuraduría del Estado interponga acción judicial alguna. Dos años y un día después, una organización civil sin fines de lucro, demanda por daño ambiental al agente. De inmediato el agente con una excepción de prescripción y mata procesalmente la acción judicial.

Sostenemos que la importancia de los bienes ambientales y su restauración merecen un régimen especial de prescripción, antecedentes existen como la imposibilidad de prescripción adquisitiva del patrimonio de la nación, tanto el natural como el cultural. Horroriza observar como un daño derivado de un contrato tiene un plazo de prescripción superior, 10 años, al que potencialmente podrían asignarle a la acción por responsabilidad por daño ambiental, si es considerada como responsabilidad civil extracontractual y constreñida a adecuarse a los cánones del derecho civil patrimonial.

Precisemos que en Brasil, la acción por daños ambientales puros y cuyo objeto es la restauración del ambiente es interpuesta por el Ministerio Público, planteándose acciones judiciales y estrategias legales tomando en consideración factores como una cuenca hidrográfica o el curso de un río. En el Perú, se ha planteado la posibilidad de crear una Procuraduría Ambiental Adscrita al Ministerio del Ambiente, y cuya misión sea interponer las acciones judiciales por daños ambientales puros, lo que evidentemente implicaría el cese de actividades dañosas, la solicitud de medidas cautelares en resguardo del ambiente así como la indemnización por el daño ambiental causado, de-

jándose intacto el derecho de las personas naturales afectadas por el daño ambiental indirecto causado.

El artículo 142° de la Ley General del Ambiente identifica claramente los bienes jurídicos afectados:

- a) Ambiente,
- b) Calidad de vida de las personas,
- c) Salud humana,
- d) Patrimonio.

Nótese que el daño ambiental puro, puede afectar al ambiente sin repercutir en la salud o calidad de vida de las personas, con lo cual ecosistemas sin presencia de seres humanos se encuentran resguardados, especialmente las áreas naturales protegidas podrían obtener, si se da el caso, una verdadera protección cuando son amenazadas o dañados sus objetos de conservación³¹.

El daño ambiental indirecto es un perjuicio al derecho a la salud o propiedad ocasionado por un daño ambiental puro así como el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida también se halla contemplados como bienes que pueden ser reclamados a través de una acción por responsabilidad por un daño ambiental.

El derecho a la propiedad que se ve afectado por un daño ambiental es el último supuesto contemplado por el numeral 1 del artículo 142°, pues resulta evidente que el patrimonio de una persona puede perder valor o deteriorarse producto de un daño ambiental, piénsese en la muerte de ganado, contaminación de plantaciones, destrucción de viviendas ,etc.

El artículo 142° de la L.G.A., contempla los siguientes casos:

- a) **En el caso de amenaza de ecosistemas el agente contaminador deberá asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño.** Adviértase, que en este supuesto no existe aún un daño ambiental, pero puede acaecer éste, en cualquier momento, por lo que la LGA faculta a cualquier persona a

³¹ «Si bien para ejercitar o contestar una acción en defensa del ambiente hoy ya no es necesario tener legítimo interés económico o moral (...), ello no asegura su real protección, razón por la cual requerimos opciones ingeniosas que solucionen estos problemas» Bullard, Alfredo/ Yashmin Fonseca. Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales. En: Foy Valencia, Pierre (Editor). Derecho y Ambiente. IDEA-PUCP. Lima-Perú. 1997. p. 207.

solicitar administrativa o judicialmente que el autor de la actividad dañosa adopte medidas de prevención y si ya, se produjo el daño ambiental, lo mitigue y adopte las medidas de prevención correspondientes.

- b) Las medidas de vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas, se refiere a la obligación del agente de verificar que las acciones preventivas y de mitigación estén siendo correctamente ejecutadas y dando el resultado esperado.**

Se reconoce, el espíritu preventivo del artículo 142° de la LGA, que hace posible adoptar medidas preventivas en resguardo del ambiente y la población en general. La prevención y los controles posteriores que aseguren el cumplimiento de las medidas de prevención son sólo una parte de las funciones de la responsabilidad por daño ambiental.

2.4. LEGITIMIDAD PARA OBRAR

El artículo 143° de la L.G.A señala que «cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción de responsabilidad por daño ambiental, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental» Esta es una de las construcciones teóricas, que felizmente se consolidó en el presente siglo, fue la legitimidad para obrar activa de cualquier persona en los casos de afectación de bienes colectivos o difusos superando el régimen excluyente y paternalista consagrado en el artículo 82° del Código Procesal Civil.

Reconocemos como otro de los aciertos del artículo 143° de la LGA haber previsto dos situaciones vinculadas al daño ambiental:

- a) Cuando el daño ambiental es ocasionado por una conducta depredatoria o contaminante.
- b) Cuando el daño ambiental es causado por varios agentes o sujetos de manera concurrente, típico caso de las mineras de una zona, que en forma concurrente son responsables de la contaminación de un río o lago, puesto que todas en forma simultánea o concurrente contribuyeron con su cuota de contaminación, que ocasionó el deterioro del ecosistema.

Esta notable distinción permitirá que los agentes no se escuden en que no se a demostrado cual es su exacta contribución a la producción de un daño ambiental o que aleguen que su conducta de manera individual no es responsable de la integridad del daño ambiental ocasionado. Efectivamente, no son responsables del total del daño pero su contribución los hace concurrentemente responsable con el resto de agentes y hace nacer una solidaridad en el pago de la indemnización correspondiente.

Entendemos por responsabilidad objetiva en materia ambiental aquella que no requiere probar el dolo o culpa del agente contaminante sino sólo la titularidad de la actividad generadora del daño. En ese sentido, para determinar responsabilidad por daño ambiental sólo se requerirá acreditar que fue producida por la actividad riesgosa o peligrosa lo que ocasionó el daño, y que por tanto el titular de dicha operación debe responder. El fundamento de la responsabilidad objetiva en el Código Civil peruano se puede basa en que quien genera una situación de riesgo en los debe responder por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio, conforme lo expuesto en el artículo 1970³² del C.C.

2.5 ACTIVIDADES RIESGOSAS O PELIGROSAS PRODUCTORAS DE DAÑOS AMBIENTALES

El artículo 144° de la LGA señala lo siguiente: «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 anterior 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»

Resaltemos del artículo antes citado dos hechos significativos:

- a) La obligación de reparar los daños ocasionados por la actividad riesgosa o peligrosa como podría ser la explotación de hidrocarburos, minería, pesquería, electrificación, procesos productivos o el manejo de material radioactivo.
- b) La imposición de asumir los costos que se deriva de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

En este punto recalquemos la doble obligación que existe para el agente: la primera adoptar medidas de prevención y mitigación, y la segunda medidas que aseguren la efectividad e idoneidad de las primeras. Obsérvese que no se subraya la temática de la indemnización sino se resalta la obligación de pagar una justa y equitativa indem-

³² El artículo 1970° del Código Civil Peruano establece que «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo».

nización, los costos de la recuperación del ambiente afectado así como los de la ejecución de medidas necesarias para mitigar los efectos del daño; y evitar que éste se vuelva a producir. En otras palabras se contempla una reparación civil que incluirá los costos de prevención, costos de restauración, así como una compensación económica a la población y personas afectadas.

2.6. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Las obligaciones nacientes de la responsabilidad por daño ambiental son las siguientes:

- * La justa y equitativa indemnización económica a los afectados, en este caso tendríamos dos grupos, el primero el de las personas identificadas como víctimas del daño, y el segundo compuesto por las personas no identificadas afectadas por el daño (interés difuso) cuya defensa esté siendo ejercida por las instituciones autorizadas por ley así como por el Estado en cumplimiento de su obligación de mantener un ambiente sano y equilibrado.
- * Los costos de la recuperación del ambiente, que implica la obligación de restaurar el ambiente afectado por un daño ambiental³³.
- * La obligación de ejecutar medidas necesarias para mitigar los efectos del daño, es una de las primeras acciones que se adoptan una vez acaecido el daño o la amenaza de daño que se cierne sobre el ambiente y la población.
- * La obligación de ejecutar medidas preventivas necesarias para evitar el daño ambiental o que éste se vuelva a producir, en otras palabras no basta con haber adoptado medidas mitigadoras del daño o restaurando el ambiente sino que se deben ejecutar acciones preventivas que impidan la producción de un nuevo daño ambiental o que reduzcan dicha posibilidad.

2.7. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL DAÑO AMBIENTAL

La LGA contempla un sistema de responsabilidad subjetivo, esto es, que quien por dolo o culpa ocasione un daño ambiental deberá asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado, tal como se señala en el artículo 145° de la LGA.: «La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de

³³ Cfr, Gonzáles Márquez, José Juan. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. PNUMA. México.2003. p. 74.

dolo o culpa corresponde al agente» De esta manera, sólo recurriremos subsidiariamente a la responsabilidad civil, contractual y extracontractual regulada en el Código Civil, en los casos en que la LGA no haya establecido criterios propios.

El artículo 145° de la LGA regula el régimen para aquellos agentes que no son responsables titulares de una actividad peligrosas o riesgosas y que han ocasionado un daño ambiental. Las obligaciones que recaen en el agente que de manera dolosa o culposa ocasiona un daño ambiental son las siguientes:

- * La obligación de pagar una justa y equitativa indemnización; esto es deberá indemnizar económicamente a los afectados por el daño ambiental.
- * La obligación de restaurar el ambiente afectado; en otros términos deberá asumir los costos que implique restaurar el ecosistema dañado, pudiendo contribuir si el caso lo permite en dicha labor de manera personal, pensemos en labores manuales de descontaminación, rescate de especies aún no afectadas o reforestación.

Ahora bien, las labores de prevención y aseguramiento de que el daño no vuelva a producirse recaerán en las entidades administrativas con competencias ambientales así como otros organismos del Estado que puedan contribuir a dicho fin.

El artículo 145° de la L.G.A. señala que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. Esto significará que el agente debe probar que el no realizó con dolo o imprudencia la conducta dañina al ambiente. Ciertamente, de la experiencia se conoce que quien esta en mejor posibilidad de probar un daño o descargar la imputación de esta conducta es el agente pues dispone de los medios o se halla en una situación más ventajosa para dicha tarea. Este es un caso muy parecido al supuesto de negligencia medica en una cirugía, sólo los médico y personal auxiliar que estuvo en el quirófano puede saber exactamente que ocasionó el desenlace fatal. Similar situación se produce respecto a un daño ambiental, reduciéndose los costos para la determinación de responsabilidad ambiental, que de otra manera se habrían hecho insoportables, al requerir la contratación de personal especializado con los inconvenientes económicos que ello puede implicar para las victimas del daño ambiental.

2.8. LA PRETENCION DE UNA DEMANDA POR DAÑO AMBIENTAL

Las pretensiones procesales correspondientes serían la inhibitoria, cesatoria y de responsabilidad civil, respectivamente³⁴. La Ley General del Ambiente ha despejado las

³⁴ Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Gaceta Jurídica. Lima-Peru. 2003. p. 11.

dudas a muchos magistrados y a cierto sector de la doctrina que entendían que la responsabilidad por daño ambiental sólo comprendía el cese de la actividad dañosa e indemnización, sin contabilizar en un rubro diferente los costos de restauración. La claridad conceptual de la LGA permite que ahora el juez civil pueda distinguir las siguientes pretensiones en un proceso judicial por responsabilidad por daño ambiental:

- a) El cese de la conducta que ocasiona el daño ambiental.
- b) Medidas de prevención y mitigación previas al daño ambiental o cuando existe una amenaza de daño ambiental («evitemos que ocurra»).
- c) Medidas de control y eficacia de las acciones de prevención y mitigación
- d) La justa y equitativa indemnización económica a los afectados³⁵
- e) Los costos de la restauración del ambiente.
- f) Medidas de prevención y mitigación post daño ambiental («para que no vuelva a ocurrir»).

El artículo 148° de la L.G.A. señala que la reparación por 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»**.

La Ley General del Ambiente entiende que la reparación por daño ambiental englobaba la restauración del ambiente o sus componentes afectados por el daño ambiental así como la indemnización económica según los intereses afectados. Sostenemos que se debe priorizar en principio la reparación in natura esto es la restauración de los recursos naturales (agua, aire, tierra, paisaje, bosque, etc.) por ejemplo si la empresa petrolera no reinyectaba las aguas sucias y residuales afectando el río aledaño, debe como primera obligación remediar dichos pasivos ambientales, y restaurar el ambiente a un nivel cercano a su condición original. En Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Chile, México, Nicaragua y Panamá se establece que todo daño ambiental hace nacer en el agente la obligación de recomponer, restaurar, repara, reponer, rehabilitar, restablecer o restituir el ambiente a su estado anterior al daño,³⁶ además de tener la obligación de indemnizar económicamente al individuo, colectividad y al Estado por el daño ambiental causado. No están comprendidas en la reparación por daño ambiental, las medidas de prevención, mitigación, monitoreo y vigilancia, aunque si se encuentran incluidas dentro de las pretensiones propias de una acción por responsabilidad por daño ambiental.

³⁵ Cfr., Gonzáles Márquez, José Juan. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. PNUMA. México.2003. p. 79-80.

³⁶ Cfr., Gonzáles Márquez, José Juan. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. PNUMA. México.2003. p. 71-73.

La reparación in natura sustituta es una alternativa a la restauración del ambiente prevista expresamente en la legislación europea no esta contemplada en la LGA sin embargo se desprende de la naturaleza reparadora de la institución. Esto es no se puede restaurar el ambiente por que el daño es irreparable e irreversible, el agente vía reparación in natura sustituta puede ofrecer otro espacio que sea habitad de las especies afectadas así como objeto de disfrute de la población perjudicada. No siempre ello será posible pero debe ser una alternativa digna de ser evaluada por el demandante.

El artículo 148° de la LGA señala que «de no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. 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». Existen casos en los cuales el paisaje, habitad o especie era único integridad física así como el ambiente son bienes jurídicos imposibles de restaurar o rehabilitar por su especial naturaleza. La LGA por ello señala que cuando sea materialmente imposible la restauración del medio afectado, el juez deberá prever la realización de tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o sus elementos.

La obligación del agente de restaurar el ambiente hasta un nivel ecológicamente aceptable es lo mínimo que se pide aunque no se llegue a la restauración plena o estándar de la restauración promedio. Sostengo, que en estos casos las medidas compensatorias como brindar un ambiente o un lugar equivalente (reparación in natura) son plenamente validas como se observa en la legislación europea o la mexicana.

El destino de la indemnización será la compensación de los intereses y bienes jurídicos afectados esto es: el ambiente, calidad de vida, salud y patrimonio, debiendo tenerse que por sobre todas las cosas debe garantizarse con parte de dicho dinero el respeto del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida mediante la adopción de las medidas preventivas correspondientes.

2.9. CASOS DE DAÑOS AMBIENTALES EN EL PERÚ

CASO 1. LA CONTAMINACIÓN DE LA OROYA

La ciudad del Perú más contaminada con plomo en su atmósfera se llama «La Oroya», estimándose que el 99.1 % de sus niños y niñas tienen plomo en su sangre producto del incumplimiento de las obligaciones socio ambientales de la empresa Doe Run Perú³⁷. El Tribunal Constitucional en esta memorable sentencia recaída en el

³⁷ Según el Ministerio de Salud (MINSA), el 99.1% de los niños oroíños tienen promedios altos de plomo en sangre, 33.6 ug/dl microgramos por decilitro, sobrepasando los límites

Exp. N° 2002-2006-PC/TC encuentra responsabilidad en el Estado por no adoptar las acciones de prevención correspondientes mediante su sistema de salud. Pero adicionalmente evidencia un agravante, el Estado conocía dicha situación y omitió implementar un sistema de salud adecuado para la población. La empresa metalúrgica aún conociendo dicha situación tampoco ejecuto acción alguno para proteger el estado de la salud de la población afectada por la contaminación generada por sus actividades económicas. Existe un daño a la salud y al ambiente probado que no sólo amerita la adopción urgente de medidas preventivas sino entendemos otorga el derecho a las víctimas de estos actos, a plantear una demanda que persiga la compensación e indemnización por el daño a la salud y el derecho a vivir en un ambiente equilibrado e idóneo para la vida³⁸.

CASO 2. DEPREDAÇÃO DEL MAR PERUANO

En marzo de 2006, empresarios pesqueros inescrupulosos han recurrido a recursos de amparo para obtener autorizaciones para el aumento de capacidad de bodega para pesca de anchoveta, vulnerando el principio de sostenibilidad y ocasionando daños ambientales³⁹. Y es que gracias a estos dudosos fallos cerca de 40 empresas pesqueras han resultado beneficiadas y conseguido en la práctica una patente de corso para depredar nuestro mar, por encima de cualquier labor ordenadora y fiscalizadora del Estado⁴⁰. En ese sentido, si al finalizar los procedimientos administrativos que la OCMA a iniciado o en su defecto si la acción competencial que debe gestar el Ministerio de Producción resulta favorable, estas empresas deberán

máximos permisibles de la Organización Mundial de la salud (OMS), que son 10 ug/dl microgramos por decilitro.

³⁸ Hasta la fecha no se ha implementado plenamente la Sentencia del Tribunal Constitucional. En dicho contexto, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CDHA) y otras organizaciones han llevado el caso hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien deberá evaluar la responsabilidad del Gobierno frente a las violaciones de derechos humanos contra los pobladores de La Oroya.

³⁹ Artículo V de la Ley General del Ambiente.

⁴⁰ Acciones de Amparo no pueden desafiar autoridad en la pesca (Editorial). Diario «El Comercio» de fecha 07.04.07. p. A4 Asimismo el Ministro de Producción, Rafael Rey, reveló que la procuraduría del sector interpuso una queja ante la OCMA, por inconducta funcional constitutiva de delito de prevaricato, contra los jueces que expidieron medidas cautelares en oposición al portafolio que dirige. Resalta el caso del Juez Civil de Talara, Alberto Medina Iparraguirre, quien fuera de su jurisdicción territorial, otorgó nueve medidas cautelares ordenando al Ministerio de Producción expida los permisos de pesca a embarcaciones que no han cumplido los requisitos exigidos por ley. En: Produce denuncia a jueces ante la OCMA. Diario Oficial «El Peruano» de fecha 09.04.07. p. 5.

resarcir al Estado los daños ambientales ocasionados a la sostenibilidad del recurso hidrobiológico.

Las actividades extractivas informales en el sector pesquero también causan significativos daños ambientales a los ecosistemas tal como lo podemos apreciar en las ocho plantas clandestinas de harina de pescado, ubicadas en Pisco-Paracas, que elaboran dicho producto en condiciones antihigiénicas y arrojan los desechos industriales a la Bahía de Paracas y sin tener en cuenta la cercanía de la Reserva Nacional de Paracas. El Estado o cualquier persona podrían entablar un proceso por responsabilidad por daño ambiental también en este caso.

CASO 3: DEPREDACIÓN DEL SANTUARIO HISTÓRICO BOSQUE DE POMAC 2004-2009

El 70% del Santuario Histórico Bosque de Pomac ha sido depredado por sus invasores, ocasionado ello un daño significativo al áreas natural protegida así como al complejo arqueológico de la cultura Sican y una medida adecuada para contener ello hubiera sido una medida cautelar que ordenara el lanzamiento anticipado en merito a la sentencia favorable de primera instancia. La realidad empero nos dice que el proceso de desalojo duro más de cuatro años, la recuperación de este bosque seco tardara otros quince años.

CASO 4: ROTURAS DE TUBERÍAS DE GAS 2005-06

En el año 2005-06 se produjeron varias roturas de tuberías de la Transportadora de Gas del Perú (TGP) lo que ocasionó la contaminación del Río Urubamba, la muerte de fauna y flora así como la afectación de la salud y calidad de vida de comunidades indígenas tales como Machiguenga, Achuar, Amahuca, Krineri, Asháninka, Ashéninka, Cacataibo entre otras. Dicho hecho pudo merecer una demanda por responsabilidad por daño ambiental cuyo objeto sea indemnizar a las víctimas de dichos incidentes y restaurar el ambiente natural afectado.

CASO 5: RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DEL PRINCIPAL

Este es el supuesto en el cual se encuentra probado que una empresa fue organizada con testaferros⁴¹ con la finalidad de evadir responsabilidad patrimonial en caso de ocurrir un daño ambiental. Piénsese también en el caso del grupo de sociedades vinculado a la minería, la explotación de hidrocarburos o producción de harina de pescado, que intencionalmente crea una empresa para que se dedique al manejo de

⁴¹ Cfr., Herrera Velarde, Eduardo. El testaferro: Notas distintivas. Revista Derecho & Sociedad. Año XV N° 23. Editada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho PUCP, Lima - Perú. 2004. p. 205.

los residuos sólidos de su actividad productiva. Esto es terceriza ficticiamente un servicio de su cadena productiva para efectos de librarse de responsabilidad ambiental por el defectuoso manejo de residuos sólidos. En estos casos deberá entablarse la demanda por responsabilidad por daño ambiental contra el controlante / mandante o la sociedad matriz/controlante⁴².

CASO 6: DERRAME DE MERCURIO EN CHOROPAMPA

El 02 de junio del año 2000, entre las localidades de Chotén, San Juan, La Calera, El Tingo, Choropampa y Magdalena en la provincia y región Cajamarca, se produjo el peor derrame de mercurio inorgánico registrado en el país. La falta de medidas de seguridad en el embase, transporte así como las inadecuadas medidas de mitigación ocasionaron un desastre socio ambiental que ocasiono secuelas en más de 2 mil pobladores, 500 de los cuales fueron los casos más graves. Los responsables la empresa Minera Yanacocha S.R.L. y la empresa de transportes RANSA S.A., hasta la fecha no reconocen su responsabilidad. Recientemente en el juicio que algunas de las víctimas más severamente afectadas entablaron a ambas empresas se determino que la misera transacción extrajudicial que hizo la empresa Yanacocha con las víctimas, entre 2 mil a 5 mil nuevos soles, para compensar el daño a la salud causado era suficiente para librarlos de una indemnización mayor. La Corte Suprema del Perú en su Primer Pleno Jurisdiccional Civil construye una nueva excepción procesal, no contemplada en nuestro Código Procesal Civil: la transacción extrajudicial y con ella niega la posibilidad de una indemnización justa a favor de las víctimas, muchas de las cuales han fallecido o tienen incapacidades físicas de por vida producto de las secuelas de la contaminación de mercurio. No nos queda duda que en estos casos la ausencia de protección del derecho fundamental a la vida y la salud puede ser revertida a nivel una acción de amparo contra la resolución judicial de la Corte Suprema y en última instancia apelar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en búsqueda de las medidas de reparación, compensación e indemnización para las víctimas y comuneros de Choropampa.

Los efectos de una sentencia en materia de responsabilidad por daño ambiental tiene repercusiones sobre la colectividad y no solamente sobre quienes inician la acción esto es tiene efectos *erga omnes* y por tanto es oponible a terceros que no fueron parte del proceso, y esta es la posición del Perú y otros países sudamericanos como Argentina, Brasil y El Salvador⁴³.

⁴² Cfr., Carhuatocto Sandoval, Henry. La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica. Editores Jurista. Lima-Perú. 2005.

⁴³ Cfr., Gonzáles Márquez, José Juan. La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina. PNUMA. México. 2003. p. 64-65.