



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO AMBIENTAL EN
EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Bach. Sergio Wilson Regis Rumay

Asesor:

Mg. Roger Abel Hurtado Sánchez

Cajamarca - Perú

2020

DEDICATORIA

A mis padres Carmen y Daniel, mi familia,
y al profeso Roger por haberme iniciado en la
apasionante rama del Derecho Ambiental

AGRADECIMIENTO

A todos los amigos del círculo académico, profesores y colegas que contribuyeron con sus aportes y críticas al presente trabajo.

Tabla de contenidos

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE DE TABLAS.....	5
ÍNDICE DE FIGURAS.....	6
RESUMEN.....	7
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA.....	28
CAPÍTULO III. RESULTADOS.....	32
3.1. Naturaleza Jurídica.....	32
3.2. El Bien jurídico ambiente.....	37
3.2.1. Determinación del vocablo ambiente.....	37
3.2.2. Delimitación jurídica del ambiente.....	52
3.3. El daño ambiental.....	69
3.3.1. Definiciones Generales del daño ambiental.....	69
3.3.2. El daño ambiental puro en la doctrina internacional.....	76
3.3.3. El daño ambiental puro en la doctrina nacional.....	87
3.3.4 El daño ambiental ontológicamente.....	92
3.4. El daño ambiental en el derecho comparado.....	103
3.4.1. El daño ambiental en la legislación comparada de Iberoamérica.....	103
3.4.2. El daño ambiental en la legislación comparada de la Comunidad Europea.....	118
3.4.3. La caracterización del daño ambiental puro.....	121
3.4.3.1. Difuso.....	125
3.4.3.2. Significativo.....	127
3.4.3.3. Intergeneracional.....	130
3.5. El daño ambiental puro en la Ley General del Ambiente.....	134
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.....	159
REFERENCIAS.....	169
ANEXOS.....	174

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	77
Tabla 2	87

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	70
Figura 2	102

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad determinar la naturaleza jurídica del daño ambiental, para este cometido es imperante establecer el alcance del término “ambiente” como bien jurídico protegido y la caracterización del daño ambiental como antesala a comprender el fenómeno jurídico objeto de estudio, a través del método deductivo y alcance descriptivo se pretende reparar la demanda manifiesta por la doctrina nacional e internacional sobre la incertidumbre jurídica que se despliega del daño ambiental, la escasa jurisprudencia sobre la materia, la ausencia cognitiva por parte de los operadores jurídicos sobre su carácter bifronte; el daño ambiental puro y el daño ambiental por influjo. Mediante la revisión sistemática de doctrina especializada nacional e internacional y demás fuentes del derecho, se plantea a modo de hipótesis, la naturaleza jurídica no patrimonial del daño por sus características; difuso, significativo, e intergeneracional.

Palabras clave: Naturaleza jurídica, daño ambiental, daño ambiental puro.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Thomas Malthus en 1798 establece su teoría sobre la población, basada en dos leyes, la primera indicaba que la población mundial crece en proporción geométrica y la segunda que los productos de la tierra crecen en proporción aritmética (Fuccaracio, 1995), posteriormente la “transición demográfica”¹ término usado por Kingsley Davis y otros autores estadounidenses de la post guerra, para explicar el aumento de la fecundidad y la baja en la mortalidad a raíz de la primera revolución industrial de Inglaterra en contraste con la sociedad pre industrial, dio como resultado el aumento de la población en los países industriales del Siglo XVIII (Jaques, 1991, pág. 78), tendencia que ha permanecido hasta la actualidad estableciendo el primer presupuesto histórico que marca una nueva etapa de la relación entre el hombre y el ambiente.

El Derecho Ambiental, disciplina que regula esta interacción hombre-ambiente, es una novel rama del derecho, comparado con las tradicionales instituciones que ya presuponen cientos de años de estudio por parte de la academia, ésta última vertiente del derecho ha encontrado su exponencial desarrollo en los último cincuenta años, originada en un contexto internacional.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que tuvo lugar en Estocolmo, en junio de 1972, se constituye como el primer *iter* genético en materia jurídico-ambiental dentro de la agenda pública internacional, lo cual le ha otorgado

¹ Se utiliza el termino para explicar también el aumento de 2.500 millones de personas en 1950 a 5 millones de personas en el año 1987.

características propias del Derecho Internacional *-soft law-*, por lo que en un inicio, *per se* no poseía fuerza vinculante, no obstante, marcó la pauta inicial de todo el desarrollo normativo sobreviniente y logró evidenciar la existencia de una preocupación internacional circundante² sobre la relación del hombre y el ambiente.

En la Cumbre de Estocolmo, el anfitrión expuso los efectos del impacto ambiental por lluvia ácida, la contaminación en el Mar Báltico y los hallazgos de pesticidas y metales pesados encontrados en la fauna ictiológica y avícola, declarando que los vertimientos industriales se convierten en cuestiones globales, ya que escapan a la soberanía nacional y “no se presentan en aduanas ni viajan con pasaportes, (...) los Estados no son unidades auto contenidas y son vulnerables a acciones tomadas por otros” (Sachs, 1996, pág. 102), afirmación que fue corroborada pragmáticamente años después por la misma casuística internacional.

En el mismo año, El Club de Roma³ presenta el informe denominado “Los Límites del Crecimiento”, el cual indica que la desaceleración de crecimiento demográfico es positiva, sin embargo, el consumo de recursos se ha multiplicado debido a la demanda energética (Zapianin, 2010). Sumado a esto, el presente modelo económico basado en un flujo lineal de producción sustentado en patrones sociales de consumo, el cual inicia con la extracción de la materia prima, producción, distribución, consumo promovido por herramientas como la obsolescencia programada y obsolescencia adquirida, y

² Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Humano (1972), proclama que: “2. La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.

³ Organización No Gubernamental conformada por políticos y científicos de Roma, fundada en 1968.

finalmente la disposición final de residuos, sumado a todo este proceso la premisa de realizarse en el menor tiempo posible con la finalidad de generar mayor utilidad económica a los titulares de dichas actividades (Loonard, 2007), sin reparo en los efectos adversos que se pueden generar.

Situación actual que se traduce en la externalización de los costos del desarrollo, ya que éstos costos son internalizados o asumidos por el ambiente y el hombre, Lorenzetti (1982) citado por Cafferatta (2004, pág. 24) denomina como “la contaminación de las libertades” que se constituye en la disminución de todos los derechos que abarca el tener acceso a un ambiente equilibrado y adecuado, en función de disminución causado por ciertas actividades o eventos de naturaleza antrópica, éstas, a su vez, en realización también, de libertades o derechos de asociación empresarial e industrial, la mayoría contempladas en la Clasificación Internacional Industrial Uniforme⁴, en adelante CIIU, todas éstas ejecutadas ilimitadamente en virtud de la autorregulación del mercado, y la inestimable cifra de actividades domésticas y de servicios que ejecutan las sociedades en la dinámica de las ciudades y zonas rurales, todo esto en un contexto de competencia de desarrollo económico, sin tener en cuenta, como señala Sachs (1996), que “un crecimiento infinito se basa en un autoengaño, porque el mundo es un espacio cerrado, finito y con una capacidad de carga limitada“. (pág. 103), sin dejar de mencionar el rol las actividades ilegales fuente de impactos ambientales negativos aún más graves.

⁴ *Internacional Standard Industrial Classification of All Economic Activities (ISIC).*

En respuesta a este supuesto divorcio entre desarrollo y ambiente, nace el concepto de Desarrollo Sostenible a través del denominado Informe Brundtland del año 1987⁵ en el cual se evidencia la insostenible situación de la naturaleza y el sector de la sociedad más vulnerable frente al desarrollo económico basado en la inversión del capital dinerario y la proliferación de estrategias de mercado, el informe plantea el equilibrio de lo económico, lo social y lo ambiental en pro del derecho de aprovechamiento de la calidad ambiental de las generaciones actuales y futuras o “como algunos economistas lo han expresado de manera sucinta: que el bienestar *per cápita* no debe disminuir a lo largo del tiempo” PNUMA (2011).

Las causas de esta disminución de derechos ambientales, son múltiples, como son los efectos que éstas exteriorizan, el avance de la técnica ha dado paso a los “riesgos del progreso” planteados por José Esteve Pardo (Carrillo, 2016, pág. 247), riesgos en función del desarrollo humano, creando un nuevo desafío para el derecho, paradójicamente, es este mismo avance tecnológico es el que ha permitido ha permitido tomar registro científico y dar a conocer a través de medios de comunicación modernos y en tiempo real como internet, comunicación satelital y otros, los impactos negativos que genera la actividad antrópica sobre el ambiente de forma vertiginosa y no expuesta a este nivel ante la sociedad en otrora.

Conjuntamente con la proliferación de literatura de los años sesenta encabezada por los primeros movimiento ambientalistas, como Rachel Carson al dar la voz de alarma

⁵ El informe denominado “Nuestro Futuro Común” *Our Common Future*, fue elaborado por distintas naciones en 1987 para la ONU, por una comisión encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland, entonces primera ministra de Noruega.

en su libro "La Primavera Silenciosa" del año 1962 y "El círculo que se cierra" de Barry Commoner del año 1972, se iban sumando la expansión de grandes compañías multinacionales, intensivas en capital y territorios, áreas social y ambientalmente vulnerables, con un enorme potencial de causar daños al ambiente en un contexto asimétrico de condiciones entre los actores de estos procesos (Stiglitz, 2002).

Los hechos evidencian el *status quo*; los desastres ambientales como el de BHOPAL de 1984 en China con la fuga de 42 toneladas de isocianato de metilo⁶ que causó la muerte de entre 6000 y 8000 personas, el accidente nuclear de CHERNOBYL de 1986 en Ucrania siendo el único accidente nuclear que ha alcanzado el nivel siete (7) de la escala INES⁷, el derrame de petróleo de EXXON VALDEZ de 1989 en donde 37000 toneladas de crudo fue derramado sobre 2000 km. de la costa de Alaska, sólo por citar una muestra del inconmensurable abanico de desastres ambientales ocurridos en los últimos cincuenta años, dejan clara evidencia que estos "nuevos daños" (Taboada, 2001) exigen respuesta por parte la academia y el derecho.

En el año 2001 se inicia la Evaluación de Ecosistemas del Milenio⁸, que tuvo como objetivo evaluar las consecuencias de los cambios en los ecosistemas para el bienestar humano y las bases científicas para las acciones necesarias con la finalidad mejorar la conservación y el uso sostenible de los mismo, con la participación de más de 1 360 expertos (Milenio, 2019), el cuál expone cuatro principales conclusiones;

⁶ Es un compuesto orgánico sintético a partir de la reacción de monometilamina y fosgeno. Se usa principalmente es la fabricación de pesticidas de manera industrial.

⁷ *International Nuclear Event Scale*; Escala Internacional de Accidentes Nucleares del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA).

⁸ Síntesis internacional de los estados de los ecosistemas del planeta, realizado por la ONU.

“(1) En los últimos 50 años, los seres humanos han transformado los ecosistemas más rápida y extensamente que en ningún otro período de tiempo comparable de la historia humana, en gran parte para resolver las demandas rápidamente crecientes de alimento, agua dulce, madera, fibra y combustible. Esto ha generado una pérdida considerable y en gran medida irreversible de la diversidad de la vida sobre la Tierra.

(2) Los cambios realizados en los ecosistemas han contribuido a obtener considerables ganancias netas en el bienestar humano y el desarrollo económico, pero estos beneficios se han obtenido con crecientes costos consistentes en la degradación de muchos servicios de los ecosistemas, un mayor riesgo de cambios no lineales, y la acentuación de la pobreza de algunos grupos de personas. Estos problemas, si no se los aborda, harán disminuir considerablemente los beneficios que las generaciones venideras obtengan de los ecosistemas.

(3) La degradación de los servicios de los ecosistemas podría empeorar considerablemente durante la primera mitad del presente siglo y ser un obstáculo para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

(4) El desafío de revertir la degradación de los ecosistemas y al mismo tiempo satisfacer las mayores demandas de sus servicios puede ser parcialmente resuelto en algunos de los escenarios considerados por la EM, pero ello

requiere que se introduzcan cambios significativos en las políticas, instituciones y prácticas, cambios que actualmente no están en marcha.”

(Pág.6).

Impulsados por el derecho internacional ambiental, los estados soberanos han adecuado sus sistemas jurídicos para abordar ciertos eventos de carácter ambiental, y con mayor proporción los países que detentan ser reservas mundiales de recursos naturales y biodiversidad como los de Sudamérica y el Caribe, el Perú al ser atravesado por la Cordillera de los Andes promueve y soporta la industria minera, posee el 13% de los bosques amazónicos, 18 cuencas sedimentarias para la extracción hidrocarburífera, doscientas millas de Mar de Grau con ubicación privilegiada, y está dentro de los 15 países más megadiversos del mundo (Ambiente, 2010), datos que son una pequeña muestra pero certera, de que, en efecto, el Perú es un país dentro de la categoría, teniendo en cuenta además que “las actividades económicas en nuestro país son fundamentalmente primarias, por lo tanto dependen del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales” (Andaluz C. , 2013, pág. 7).

En este contexto, los países han ido internalizando las políticas ambientales internacionales, principalmente con una proliferación normativa en la región a raíz de la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo y Medio Ambiente del año 1992 o “Cumbre de Río 92”, que fue punto de partida para incoar la primera generación de normas e instrumentos de gestión ambiental que decidieron el derrotero del sistema jurídico ambiental nacional (Foy P. , 2018), iniciando el proceso de internalización del

derecho ambiental internacional en la soberanía nacional de los países partícipes de ambos eventos internacionales anteriormente citados.

Los estados progresivamente sancionaron el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado como un derecho fundamental con las diferentes particularidades y especificaciones constitucionales normativas de cada nación, aunque cabe aclarar que ya existían normas constitucionales antecedentes a la Cumbre de Estocolmo del año 1972, siendo México uno de los primeros del mundo donde se otorga la protección del ambiente en su Constitución de 1917, en el artículo 27 el cual se refiere a la conservación de los elementos naturales y la Constitución de *Weimar* del año 1919 en Alemania (Ochoa, 2014).

Raul Brañes (2000, pág. 105) explica este proceso denominado como el “constitucionalismo ambiental latinoamericano”, el cual constituye el conjunto de preceptos jurídicos que se plasmaron en las constituciones políticas en los países de América Latina, basados en las ideas de protección del ambiente y el desarrollo sostenible a nivel mundial, durante las últimas tres décadas del siglo XX este proceso legislativo se encaminó a dotar de “legislación propiamente ambiental” a través de la promulgación de leyes “generales” o leyes “marco”, que han influido en el desarrollo de la legislación ambiental mediante la generación de una nutrida reglamentación ambiental principalmente en sede administrativa.

En el Perú la Constitución para la República del Perú de 1979, en el artículo 123, reconocía el derecho a que todos tienen derecho a habitar en ambiente saludable,

ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, así como la obligación de preservarlo y la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación.

En la Constitución Política del Perú de 1993, se reconoce en el artículo 2 inciso 22, el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, a partir de éste reconocimiento y las tendencias internacionales de ir creando organismos que recepcen, adecúen y apliquen las políticas ambientales internacionales plasmados en los principio y lineamientos de los acuerdos internacionales, que la gestión ambiental nacional a cargo y que sustenta la creación del Ministerio del Ambiente (2008) anteriormente el Consejo Nacional del Ambiente (1994), ha ido generando políticas e instrumentos que permitan cumplir con los tratados internacionales y el bloque constitucional ambiental; artículo 2 inciso 22; derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y los prescritos en los artículos 67, 68 y 69; el dominio eminential de los recursos naturales y su aprovechamiento sostenible, conservación de la biodiversidad, y el desarrollo sostenible del amazonia.

Actualmente se cuenta con el Sistema Nacional de Gestión Ambiental⁹ y dentro de él subsistemas que confluyen y articulan la política ambiental nacional en todo el país, pero ¿Qué sucede cuando este Sistema Nacional de Gestión Ambiental inspirado por los principios del derecho ambiental y la disminución de riesgos no permitidos, se ve afectado por un hecho o evento contrario ambientalmente relevante? ¿Cómo actúa el

⁹ El Sistema Nacional de Gestión Ambiental está integrado por cinco Sub sistemas; Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, Sistema Nacional de Gestión del Recurso Hídrico, Sistema Nacional de Información Ambiental, Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Estado cuando todo su sistema de gestión del ambiente basado en el principio de sostenibilidad y prevención reconocidos en sede internacional y ratificados nacionalmente son superados por resultados negativos significativos?, en síntesis: ¿Cómo actúa el derecho nacional frente a un daño ambiental?

En el año 2003 el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el PNUMA en adelante, realiza una publicación a cargo de Juan Gonzáles Márquez (2003), quien aborda la “Responsabilidad por Daño Ambiental en América Latina y el Caribe”, e identifica una creciente tendencia de “adaptación de las instituciones tradicionales propias de otras disciplinas jurídicas, con el objeto de lograr la reparación del daño ambiental, y no una tendencia hacia la edificación de un sistema de responsabilidad ambiental de carácter autónomo y original.” (González, 2003, pág. 8), además el autor precisa que en su estudio solo ha incluido países que por la “originalidad de sus propuestas es pertinente mencionarlos”, obviando al caso peruano y citándolo únicamente en el tópico de los países que han reconocido el derecho a un ambiente equilibrado como un derecho fundamental, dicho trabajo fue la actualización de una publicación previa del PNUMA que aborda el mismo tema en el año 1996.

Ya ha pasado más de quince años desde entonces, y actualmente el abanico normativo nacional se ha desarrollado y diversificado significativamente, sobre todo en la vertiente administrativa y jurisdiccional penal, en respuesta del cumplimiento progresivo del principio del acceso de justicia ambiental como vector internacional, plasmado en el Principio 10 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro de 1992, el cual prescribe; “(...)Deberá

proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”, y el Principio 13 “los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. (...)”, lo cual supuso un punto de inflexión en cuanto al reconocimiento de la importancia del acceso a la justicia ambiental, además de asegurar el cumplimiento de las leyes y el resarcimiento de daños ambientales, a través de procedimientos judiciales y administrativos claros, equitativos, independientes y expeditos (Naciones Unidas, 2018, págs. 13 - 14).

En el año 2018 en Costa Rica, se desarrolla el “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.”, denominado como el “Acuerdo de Escazú”, en el cual tiene por objeto establecer ciertas garantías materiales y procesales que puedan hacer efectivo el acceso a la justicia ambiental; “El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe (...) y acceso a la justicia en asuntos ambientales (...)”. (ONU, 2018), obligando a garantizar figuras como la inversión de la carga probatoria, según el Artículo 8, referente a acceso a la justicia en asuntos ambientales; “e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;” (ONU, 2018). El Perú ha firmado el acuerdo el 27 de septiembre del 2018, pero aún no ha sido ratificado (ONU Medio Ambiente, 2018).

Actualmente existen cuatro vertientes para accionar en defensa del bien jurídico protegido ambiente frente al daño ambiental. Por vía administrativa; mediante denuncia ante el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en adelante SINEFA, que tiene como ente rector el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental creado mediante Decreto Legislativo No. 1013¹⁰ en el año del 2008, en adelante OEFA, órgano público, técnico y especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, quien aparte de ejercer la fiscalización ambiental en las actividades más riesgosas de ocasionar impactos ambientales adversos, es el órgano rector del sistema que está integrado por otras Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) de alcance nacional, regional y local.

Por la vía jurisdiccional; mediante la acción por daños dentro del régimen de responsabilidad civil extracontractual ante el Juzgado Ambiental¹¹, Juzgado Civil o Juzgado Mixto, en vía penal al ejercer la denuncia ante las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, en adelante FEMA, o en su defecto ante las Fiscalías de Prevención del Delito, y en vía constitucional ante el Juzgado Especializado en lo Constitucional mediante los mecanismo de protección constitucional; Proceso de Amparo, Proceso de Cumplimiento, Proceso de Inconstitucionalidad, etc. (Benavente, 2015).

En investigaciones jurídicas a nivel nacional precedentes, se ha cuestionado la ineficacia de la responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental;

¹⁰ Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

¹¹ Envías de implementación a nivel nacional desde el año 2017, actualmente se se ubican en las regiones de Arequipa, Lambayeque, Piura, Cusco, Arequipa, Tacna, Ucayali, Huánuco, Puno, Loreto y Lima.

demostrando que la responsabilidad civil es concebida con esencia patrimonial, privada e indemnizatoria, mientras que la responsabilidad ambiental propiamente dicha posee características difusas, público-privado, y de exigencia reparadora más que indemnizatoria, ósea todo lo contrario. (Vidal R. , 2014).

De estos estudios, el más representante constituye un importante precedente sobre la caracterización del daño ambiental en relación con la institución de la responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano, Vidal Ramos (2014) señala lo difícil que resulta realizar una definición del daño ambiental por comprender bienes de carácter privado (salud, propiedad, etc.) y los bienes de carácter público (agua, bosque, biodiversidad, etc.). (2014, pág. 86), concluyendo que; “El daño ambiental constituye un nuevo supuesto de responsabilidad civil, que presenta características jurídicas y procesales aplicables exclusivamente a los derechos ambientales.” (pág. 296).

Situación que ha dado como resultado, y cabe mencionarlo a modo de ilustración, la crítica expuesta por Carlos Andaluz (2013) sobre el Primer Pleno Casatorio en lo Civil¹² a raíz del Caso Choropampa del año 2000, en el cual no se interpreta la figura del daño ambiental y erróneamente se emite jurisprudencia vinculante en aspectos procesales sin detenerse a evaluar los aspectos sustantivos del daño ambiental.

Haciendo un apartado categórico, el daño ambiental es un daño *sui generis* (Vidal J. , 2014, pág. 31) y dista bastante del daño clásico o civil, el cual se sustenta en la

¹² Casación N° 1465-2007-Cajamarca, “Caso derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la provincia de Cajamarca.”

afectación de la esfera jurídica personal o patrimonio del afectado, no abordado por la legislación peruana en ese entonces, ya que la norma vigente el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales promulgado por Decreto Legislativo N° 613, hace única referencia de “daño ambiental” es en artículo 23, como objeto de control de la evaluación, vigilancia y control (ambiental); “El control tiene por objeto hacer una evaluación y proyección de las actividades que generen riesgos de daño ambiental. El Estado proveerá a la autoridad ambiental recursos necesarios (...)”, vacío legal que, en ese entonces, originó figuras como la legitimidad para obrar extraordinaria restringida en donde sólo pueden accionar entidades públicas y organizaciones ambientalistas sobre patrocinio de intereses o derechos difusos, contradiciendo (actualmente) la legitimidad activa amplia que prescribe la Ley General del Ambiente en el artículo 143 y creando un precedente vinculante del todo cuestionable.

De la misma forma en sede administrativa, como expone De la Puente Brunke (2014), quien realiza un análisis sobre la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA, del caso de la empresa NYRSTAR S.A., en donde se confunde la figura de riesgo ambiental con el daño ambiental, generando ciertas imprecisiones como; ¿el exeder un Límite Máximo Permisible constituye un daño ambiental automáticamente?, o ¿solo afecta al bloque de regulación administrativa eminentemente preventivo basado en la disminución de riesgos?, en el entendido de que los Límites Máximos Permisibles, casi en su totalidad son importados de contextos extranjeros y no tienen un proceso adecuación previa, como sostiene Carlos Andaluz (2013).

Imprecisiones que ha llevado al OEFA a crear figuras como el “daño potencial” basado en la interpretación exegética del artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente y a realizar una interpretación ya cuestionada del Tribunal del Fiscalización Ambiental del OEFA, más si aún, para ir a sede judicial se debe pagar una alta caución, considerada disuasiva por algún sector de la doctrina como Foy Valencia (2018) y Carlos Andaluz (2013), debido a la ausencia de discusión y determinación del daño ambiental en los tribunales da justicia, que es el lugar donde se discuten las razones del derecho.

Todo esto se condice con lo ocurrido en el año 2014, en el “I Seminario internacional del OEFA” denominado; “El derecho administrativo sancionador ambiental: Experiencias en Colombia, España y Perú.” (OEFA O. d., 2014), en donde se desarrolló múltiples ponencias, las concernientes al capítulo 3, sobre la reparación del daño en la vía administrativa, y en específico Patrick Wieland Fernandini socio principal del Estudio Echocopar¹³, calificando de que “la definición que manejamos en el Perú sobre daño ambiental es compleja y debe ser mejorada.” (pág. 127), y Beatriz Merino en calidad de directora de la Sociedad Peruana de Hidrocarburos, indica que resulta fundamental que nuestras normas “establezcan claramente qué es considerado como daño ambiental. De esa manera, se va a garantizar el desarrollo sostenible del medio ambiente y proteger estos principios fundamentales” (pág. 167), además, haciendo referencia al principio de seguridad jurídica como algo fundamental para generar inversión privada y, en general para todos los actores: la predictibilidad, siendo muchos los sectores a través de sus operadores jurídicos los que han

¹³ Estudio Internacional de abogados, con más de 68 años de ininterrumpida práctica profesional en el país, acreedor de múltiples reconocimientos internacionales.

identificado la misma necesidad sobreviniente: determinar la naturaleza jurídica del daño ambiental por ser un concepto legal genérico o enunciativo.

Ya en sede jurisdiccional penal, uno de los tópicos en cuestión, sobre los delitos contra el ambiente se basa en que si su tratamiento jurídico como delitos de peligro en abstracto vulnera el principio de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención, lesividad, y otros principios del derecho penal clásico, ya que genera dos posiciones respecto de los principios clásicos del derecho penal y el derecho penal ambiental de corte vanguardista, cuestionando su eficacia como *ultima ratio* del sistema jurídico y su incursión como instrumento de disuasión de conductas para la comisión de delitos contra el ambiente, debido a la importancia del daño ambiental y por las características que posee es necesario suplir el vacío que la normativa no ha podido advertir tampoco en sede penal (Soria, 2017) y que de ir decantándose podría ser suplir ciertas imprecisiones dogmáticas y no sólo considerarse un elemento del delito por contaminación ambiental.

La condición *a posteriori* del daño ambiental, nos lleva a analizar el delito a partir de la comisión y el rol figura del daño ambiental en este preciso momento, si bien el régimen de responsabilidad ambiental penal busca por un lado la determinación de responsabilidad penal por parte del causante del daño ambiental y sus consecuencias jurídicas, y por el otro; la reparación del ambiente y sus componentes. No obstante, comprendiendo los aspectos jurídicos del daño ambiental y del sistema penal ambiental, el *predicatio* del derecho penal se centra en la imputación, por lo que, a la raíz de la denuncia o comunicación de un delito ambiental continente de un daño

ambiental, tendría que sustraerse el evento y someterla a la teoría del delito, si existe o no condición típica, antijurídica, afectación, etc. siendo ésta su principal función, como *última ratio* del sistema jurídico y no a la reparación del daño ambiental como razón inmediata.

El Tribunal Constitucional no ha desarrollado la figura jurídica del daño ambiental en sentido estricto, se ha enfocado, y como su función ordena, a interpretar el bloque constitucional ambiental en las sentencias; STC N° 00018-2001-AIITC, STC N° 00964-2002-AAITC, STC N° 0048-2004-PIITC, STC N° O1206-2005-AA y STC 03343-2007-PA/TC, principalmente, sin embargo, no existe definición alguna de daño ambiental *per se*, en este contexto, sistemáticamente se pueden encontrar ciertas referencias que coadyuven a la construcción de la naturaleza jurídica del daño ambiental, como hacer mención a un “daño ecológico”, la necesidad de peritaje técnico y peritaje técnico internacional en su momento, la relación del incumplimiento de contar con Instrumento de Gestión Ambiental y el daño ambiental sobreviniente, la inversión de la carga probatoria y demás figuras que el Tribunal Constitucional ha traído a colación, que en efecto, van trazando y delimitando cierta ruta de desarrollo del daño ambiental.

Toda esta manifiesta incertidumbre sobre la naturaleza jurídica del daño ambiental es tributo para que los operadores del derecho, y haciendo énfasis en los legisladores, ya sea en la redacción e interpretación del Art. 142 de Ley General del Ambiente en el que establece; “Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o sus componentes, que puede ser causando contraviniendo o no

disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales y potenciales.”, como señala Foy Valencia (2018, pág. 725); a efectos ilustrativos la redacción es bastante clara pero en términos de operativización jurídica no da mayores alcances.

La doctrina internacional especializada, al abordar el daño ambiental, lo considera como un fenómeno de carácter bifronte; daño ambiental puro (propio, inicial, ecológico o primario) y daño ambiental por influjo (impropio, consecutivo, civil ambiental o secundario), el primero afecta un derecho de carácter difuso por no ser un derecho disponible a una persona o colectivo determinado, sino a un grupo indeterminado de personas que para su legitimación activa basta acreditar un mínimo interés “razonable y suficiente” (Chacón, 2008, pág. 215), y el segundo puede ser considerado un daño a la persona en su salud y/o patrimonio, determinable y concreto, producido a través de algún componente del ambiente como; aire, suelo, agua, flora y fauna, y otros factores como clima, paisaje, etc.

La figura del daño ambiental en el Perú, no ha trascendido más allá de la caracterización, por esta razón y en atención de las líneas de Néstor Cafferatta (2004, pág. 18), sobre que al “derecho ambiental se lo considere, reaccionario, de carácter contestario, se afirme como una institución finalista”; y el mismo, parafraseando a Michel Preiur; sea de “obligación de resultado”. Y adscribiéndonos a que “el trasunto del daño ambiental deviene en el más importante y útil concepto jurídico del Siglo XXI” (Peña M. , 2006, pág. 2). Constituye pues, una de las figuras medulares del derecho ambiental actualmente.

El punto de partida para estructurar un sistema de responsabilidad ambiental autónomo y especializado con las figuras que pretende abarcar, implica determinar la función jurídica de la figura del daño ambiental en la normatividad nacional, y que esta función satisfaga sus características inmanentes, teniendo como resulta el perfeccionamiento del sistema jurídico, todo esto sobre colusiones ya propuestas por la doctrina nacional e internacional especializada y las demás fuentes del derecho como la ley y la jurisprudencia, principalmente.

Si bien el carácter horizontal y transversal del derecho ambiental evocado a prevenir a toda costa el daño ambiental *–ex ante–*, y teniendo por objetivo la preservación del ambiente para en función del disfrute de las generaciones futuras, constituye la finalidad del sistema ambiental nacional. En el presente estudio, una vez ocurrido *–ex post–* el evento indeseable de daño al ambiente y la obligación de respuesta efectiva y segura del sistema jurídico, es el trasfondo de la presente investigación, la necesidad de delimitación jurídica de una de las figuras medulares del derecho ambiental, dentro de un marco de seguridad jurídica y predictibilidad, ideal en un Estado Constitucional de Derecho.

1.2. Formulación del problema

¿Cuál es la naturaleza jurídica del daño ambiental en el sistema jurídico peruano?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar la naturaleza jurídica del daño ambiental en el sistema jurídico peruano

1.3.2. Objetivos específicos

- a.) Establecer el uso del concepto de naturaleza jurídica.
- b.) Determinar el alcance del bien jurídico ambiente en la doctrina nacional e internacional, la ley nacional y sentencias del Tribunal Constitucional.
- c.) Determinar el contenido del daño ambiental en la doctrina nacional e internacional.
- d.) Realizar la caracterización del daño ambiental en la legislación comparada iberoamericana.
- e.) Determinar el contenido del daño ambiental en la Ley General del Ambiente.

1.4. Hipótesis

La naturaleza jurídica del daño ambiental es extrapatrimonial por su característica difusa, significativa e intergeneracional.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación es Básica porque busca aportar a los operadores del derecho y comunidad jurídica nacional la naturaleza jurídica del daño ambiental, mediante la revisión de información, esta abstracción del fenómeno en la realidad no comprende características experimentales.

Tiene un enfoque dogmático-jurídico, sin embargo, se presentan características de un enfoque filosófico-jurídico, ya que es indispensable determinar las categorías, las teorías, conceptos e instituciones han sido concebidos, para determinar la naturaleza jurídica del objeto de estudio.

2.2. Diseño de Investigación

El diseño de investigación es cualitativa ya que no se basa en definiciones estadísticas o en términos numéricos, por tanto como métodos generales utilizaremos, el método es deductivo-inductivo, se van a ejecutar conjeturas sobre la información que se manipule de la descripción del objeto de estudio que confirmen la hipótesis y de dicha hipótesis podremos obtener conclusiones.

Es de nivel o alcance descriptivo; no se pretende manipular el fenómeno en la realidad en busca de algún resultado, se busca interpretar conceptos jurídicos tomando en cuenta su naturaleza, esencia, función, alcance, efectos y finalidad, establecer las principales características del objeto de investigación en sus principales componentes de interacción con la finalidad de mostrar el funcionamiento actual y real del objeto de estudio

2.3. Variables de Estudio

Variable Única: La naturaleza jurídica del daño ambiental en el sistema jurídico peruano.

2.4. Población y muestra

No aplica.

2.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

La investigación fue realizada mediante revisión sistemática de la literatura científica en: libros, compendios, revistas, artículos, sentencias, resoluciones, conferencias, ponencias, leyes, reglamentos, convenciones, cumbres, tratados, consulta de sitios web especializados; Vlex, Scielo, Multilegis, Dialnet, Concytec, DSpace, repositorios de universidades nacionales e internacionales, doctrina especializada, jurisprudencia y la normatividad vigente.

2.5.1. Métodos de Análisis

Toda la información recabada, será analizada según los métodos de interpretación jurídica;

a). Dogmático. - Se interpretaron los textos referentes al tema de investigación teniendo en cuenta los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica en relación al sistema jurídico que integran.

b). Hermenéutico. - Se interpretaron los textos desde la comprensión y explicación en un contexto sistemático con la finalidad de que se pueda descifrar su objetivo o finalidad, y contratarlos con la realidad social que regulan.

c). **Exegético.** - Se ha interpretado literalmente los textos y etimológicamente hasta comprender qué quiso transmitir el legislador, autor o jurista en general, partiendo desde la premisa que toda palabra en el texto legal tiene un contenido exacto y preciso.

2.6. Procedimiento

Primera Etapa: Identificar el problema de investigación y una primera revisión de la literatura actual, seleccionamos los antecedentes más relevantes y conclusiones de estudios previos nacionales e internacionales que tengan como variable; “daño ambiental”.

Segunda Etapa: Se realizó la estructura del marco metodológico, delimitación del problema, formulación del problema, objetivo general, objetivos específicos, finalidad, diseño, alcance, enfoque, justificación, limitaciones, hipótesis, métodos, herramientas, técnicas de recolección e instrumentos. Diseño de Hoja Guía.

Tercera Etapa: Diseño de Hoja Guía para desarrollo de contenidos, y posterior recopilación y esquematización de información de autores con garantizada trayectoria, ser información difundida por algún organismo internacional, o artículos científicos que por su carácter específico adquieren relevancia para la presente investigación, todo esto obtenido de en bibliotecas locales (UPN, UNC, UPAGU, Colegio de Abogados, bibliotecas privadas y similares), y con mayor énfasis la recopilación de material virtual; de plataformas especializadas como Vlex, Scielo, Multilegis, DSpace, Dialnet, Revistas PUCP, Biblioteca Jurídica Virtual – UNAM, repositorios de universidad nacionales e internacionales, ALICIA Consytec, sitios web de organismos internacionales, ONU, PNUMA, OEA, CEPAL, y nacionales; MINAM, OEFA, SPDA, SINIA, el acceso a conferencias.

Cuarta Etapa: Desarrollo de los objetivos específicos

Quinta Etapa: Discusión de resultados y conclusiones

CAPÍTULO III. RESULTADOS

3.1. Naturaleza Jurídica

El sistema jurídico es un concepto de carácter unitario donde existe una coordinación general de las normas jurídicas, ninguna institución puede ser concebida autárquicamente, empero existen subconjuntos que gozan de cierta individualidad propia (Lois, 1956, pág. 170), prosigue el autor, explicando a través de una analogía, cómo la similitud de una unidad converge alrededor de un centro gravitatorio único o solar (sistema jurídico) y dentro de él convergen los planetas girando en su propio eje (vienen a ser las instituciones jurídicas), las cuales perciben cierta unidad nítidamente significativa, pero insusceptible de división.

Establecer el uso del concepto “naturaleza jurídica” es determinante ya que marca la pauta y delimita el objetivo general al cual se pretende llegar con la presente investigación, la concepción referida es de uso común dentro de la ciencia jurídica, es común que el jurista que se enfrenta a un concepto peculiar dentro de la rama jurídica que cultiva, opte por abordar la naturaleza jurídica de alguna institución jurídica para una mejor comprensión, ya sea con fines de investigación, ilustración, docencia, aplicación, etc. lamentablemente cae en error al ir conceptualizando naturalezas jurídicas “sin antes haber resuelto qué hay que entender por naturaleza jurídica previamente y de qué forma puede ésta ser adecuadamente descifrada” (Lois, 1956, pág. 160).

Según Guillermo Caballanas (2019), refiere que “naturaleza jurídica” es una acepción lingüística subjetiva, polisémica, que no debe asumirse como el transmitir del legislador, ni mucho menos es una técnica jurídica, ya que se compone del uso del que se quiera dar siendo más una tipo retórico que un contenido sustantivo. Concibe entonces al término naturaleza

jurídica como un frasco vacío dependiente de la intención del intérprete para dotarla de contenido, sin embargo, la historia pone en evidencia que este precepto ha servido para delimitar instituciones jurídicas desde el origen del estudio de las normas, siendo esta última concepción más una evasión intelectual, ya que el uso del término más que una tradición vacía, es un tópico vigente dentro de la investigaciones jurídicas contemporáneas, entonces ¿Qué es naturaleza jurídica?.

De los dieciséis resultados que la Real Academia de la Lengua Española (2019) presenta, al consultar la palabra “naturaleza”, el número 3 señala; “Virtud, calidad o propiedad de las cosas.”, y el número 10; “Especie, género, clase.”, ambos resultados nos interesa como definición de naturaleza, sin embargo, no basta para entender el alcance del término del cual pretendemos servirnos.

Aristóteles en su obra “Física” (De Echandía, 1995), evocada a estudiar los principios que rigen la naturaleza, emplea la metodología sobre el estudio de la cosa, desde la constitución de sus partes (elementos y principios), indica que algunas cosas son por naturaleza y otras por otras causas (técnica, azar, elección, etc.), la naturaleza de una cosa está en un sustrato o en la sustancia de origen, y que puede llegar a ser modificada sin cambiar su esencia ya que tiene en sí misma el principio del movimiento o del cambio, “Así, en un sentido se llama naturaleza a la materia primera que subyace en cada cosa que tenga en sí misma un principio del movimiento y del cambio.” (Pág. 48), siguiendo su mismo ejemplo;

“la naturaleza de una cama sería la madera, y la de una estatua el bronce. (Signo de ello, dice Antifonte, es el hecho de que si se plantase una cama y la madera en

putrefacción cobrase fuerza hasta echar un brote, no se generaría una cama, sino madera, lo que muestra que la disposición de las partes según las reglas y el arte sólo le pertenece accidentalmente, mientras que la substancia es aquello que permanece, aunque esté afectado continuamente por esa disposición.). Y si la materia de cada una de estas cosas se encuentra asimismo en relación con otra (como el bronce o el oro con el agua, los huesos o la madera con la tierra, e igualmente cualquiera de las demás cosas), éstas sería su naturaleza y su substancia.” (De Echandía, 1995, pág. 47).

Sin embargo, adhiere de que también es la naturaleza como especie según la definición, ya que no podríamos clasificar como arte (artificial), a algo que es una cama en potencia y aún no tiene una forma específica, “Así, en este otro sentido, la naturaleza de lo que tiene en sí mismo el principio del movimiento sería la forma o la especie, la cual sólo conceptualmente es separable de la cosa” (Pág. 47), en cuanto está compuesto de materia y forma, y una cosa es lo que existe actualmente, más que cuando existe en potencia. Por tanto, entre líneas Aristóteles define como la naturaleza de las cosas a la esencia, lo que no va varias desde el origen, pero es la forma la que determina su existencia en la realidad.

Aristóteles en su obra “Metafísica” (García, 2012), llama naturaleza a aquello primero e inmanente que crece a partir de sí mismo, de donde procede, el primer movimiento (función), y “en las cosas que están unidas naturalmente hay en ambas algo idénticamente uno, que hace que, (...), estén unidas naturalmente y sean una sola cosa en cuanto a la continuidad y la cantidad, pero no en cuanto a la cualidad.” (Pág. 57).

Santo Tomás cuando escribe "La esencia es lo que constituye la cosa desde el punto de vista de su género propio o de su especie y lo que designamos mediante definición de esta cosa, respondiendo a la interrogante; ¿Qué es esto?" (Lois, 1956, pág. 163)., podemos entender como la extensión del ser de la cosa sin alterarse, pero en perfeccionamiento, una suerte de unión a su forma esencial que no se altera al cruzar por crisis de transformación, o al menos podemos percibir su esencia o su forma genuina, como en el ejemplo del mueble como perfeccionamiento de la madera.

Entrando ya a un campo jurídico, José Lois Esteves (1956, pág. 160), entiende que naturaleza jurídica para los juristas positivos -corriente que nos interesa estudiar por la influencia romano-germánica del sistema jurídico peruano-, el término naturaleza jurídica es entendido como "esencia", como una real abstracción hecha existencia, es la definición de la cosa como respuesta a la interrogante ¿Qué es?, y tiene tres actitudes fundamentales;

- 1) El constituyente primordial de una cosa; aquella primera aprehensión del fondo consecutivo del ser, que mediante actos sucesivos de aprehensión inteligentes responden razones objetivas de la realidad total, a eso denominamos esencia.
- 2) La característica primordial de una cosa; decir el equivalente de la cosa, por tanto, establecer indirectamente lo que no es, aquello que lo diferencia de otras cosas.
- 3) El manantial original; las manifestaciones de su perfección esencial, los complementos.

Continúa el autor, entendiendo a la naturaleza jurídica como “estructura”; se refiere a reflejar algún modo de organización de cierta institución jurídica, que se apoya en los elementos que la realidad suministra, reconocido a través del derecho o la normas que la regulan a través de una valoración pragmática o social.

La naturaleza jurídica también puede ser entendida como categoría, tipo o género; mientras algunos autores plantean que se refiere al género supremo de la institución jurídica, y otros al género más próximo, ejemplo; la naturaleza jurídica del mutuo como contrato o como cuasi-contrato.

Ante esto, no existe consenso, e ir a un género superior no siempre nos va a dar los resultados esperados, ya que se ha logrado determinar que no basta encuadrar cierta naturaleza jurídica de cierta institución a un género superior o dominante, sino, puede responder a un subgénero o categoría mixta y en ocasiones responder a su propio género y especie como las instituciones *sui generis*.

José Lois Esteves (1956), concluye que la naturaleza jurídica más que la esencia o el género próximo, es “la *ratio essendi*; por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce” (Pág. 178), son las instituciones jurídicas quienes oscilan entre “los principios generales del Derecho que, juntamente con las normas jurídicas, integran la estructura del sistema jurídico.” (Rubio, 2009, pág. 107), cabe determinar que una institución jurídica, en lo que comúnmente se entiende es un grupo de normas jurídicas avocadas un tópico común como; el matrimonio, la posesión, el embargo, la prescripción, etc.

En síntesis, la naturaleza jurídica será utilizada como un contenido de lo más esencial de cierta figura o institución jurídica, y para esto es necesario la determinación de la característica o características esenciales que se desprenden de la misma figura jurídica (daño ambiental) y que a su vez no se puede desprender o cambiar, estas características permanentes (con relevancia jurídica) permiten su acoplamiento como figura jurídica y su comportamiento en un sistema jurídico, entendido como “un gran universo de principios y normas jurídicas que tiene una estructura general y funciona con ciertas reglas de sistema” (Rubio, 2009, pág. 225), dentro del cual, el daño ambiental cumple una función única, que perfecciona este sistema, sin superponer o contravenir normas jurídicas, éstas últimas entendidas como las unidades más elementales.

3.2. El Bien Jurídico Ambiente

3.2.1. Determinación del vocablo ambiente

Es pertinente citar a Castañón del Valle (2006), y en el caso que nos compete señalarlo introductoriamente, quién luego de exponer algunas opiniones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concepto jurídico ambiente en sede española, italiana y latinoamericana principalmente, a lo largo de su trabajo dedicado a mostrar los alcances y metodología que hasta ese entonces existían sobre la valoración del daño ambiental para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente¹⁴, en adelante PNUMA, introductoriamente señala que “determinando la noción de medio ambiente, podremos conocer en primer lugar cuál es el sustantivo del daño ambiental” (Pág. 9), en estrecha relación con la idea de que “la expresión medio ambiente dista mucho de ser precisa y

¹⁴ *United Nations Environment Programme* (UNEP), surge como resultado de la Conferencia de Estocolmo en junio de 1972 y tiene como finalidad abordar los temas ambientales entre los integrantes de las Naciones Unidas.

unívoca. Es un concepto que está muy lejos de tener un significado consensuado de forma amplia por los distintos agentes del sector.” (pág. 14), situación que trae imprecisiones en un contexto jurídico.

Las definiciones que se enfocan en realizar una enumeración de los elementos que componen el ambiente, corren el riesgo de obviar alguna pieza que pueda resultar crucial para ello, y siendo el otro extremo; que las definiciones demasiado generales o amplias -abstracciones que comúnmente se tiende a realizar las ciencias jurídicas- obligan a realizar un acto de concreción posterior al momento a fin de determinar de forma precisa su composición o contenido, lo que deviene en una mera enunciación normativa complicando su aplicación (Peña M. , 2016).

Con mayor autoridad y a efectos de una investigación jurídica, Alexander Charles Kiss (1996) afirma que “no se puede proteger un concepto abstracto y mal definido” (Pág. 151). Planteamos estas premisas como el punto de partida para poder delimitar el contenido del objeto jurídico de protección sobre el que recae, y con fuerza de un vínculo indivisible, los efectos del daño ambiental, ya que limitarnos a una interpretación exegética de la norma no va a ser suficiente para abarcar los múltiples tópicos que se desprenden del precepto ambiente, y viceversa, mucho más si actualmente se vive en un contexto de especulación y desinformación respecto de los temas ambientales, incluso en un contexto jurídico, obviando el sentido científico-técnico e interdisciplinario que debe prevalecer en todo momento, responsabilidad inherente al sujeto de la gestión ambiental cómo la del operador jurídico.

Los términos, ecología, ecosistema, medio, ambiente, medioambiente, naturaleza, se usan como sinónimos actualmente, ya sea por parte de autoridades, organizaciones ambientalistas nacionales e internacionales, e incluso por los operadores del derecho sin la precisión debida, situación que debe superarse a efectos de la presente investigación, debiendo quedar claras y perfectamente diferenciadas. La relación lenguaje-derecho siempre va a constituir un reto hermenéutico en una rama “transdisciplinaria” como es el derecho ambiental (Foy P. , 2019), y más aún por el rol clave y determinante que juega el lenguaje para lograr la eficiencia, eficacia y efectividad en el control de conductas a través del diseño y la aplicación de normas dentro de un marco de seguridad jurídica.

Se debe precisar también, en este contexto transdisciplinario que plantea el derecho ambiental, en donde no sólo se importan ciertos términos pertenecientes a otras áreas del conocimiento, sino también su enfoque, y que muchas veces vienen a reformular preceptos convencionales de la sociología jurídica y la teoría del derecho, en contraposición a que “uno de los mitos más amados por los juristas consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas” (De Trazegnies F. , 2016, pág. 34), a modo de ejemplo de esta característica herética podría ser el tópico; “la incidencia de los servicios ecosistémicos del derecho de propiedad como función social de la propiedad”, se pretende evidenciar con esto que las instituciones del derecho son perfectamente susceptibles de ser vistas bajo la óptica ambiental y toda la transdisciplinariedad que esto abarca.

No se tiene en cuenta como señala Eugene Odum (2005) “gracias a los logros tecnológicos los humanos parecen depender menos del entorno natural, para sus necesidades cotidianas, muchos de nosotros olvidamos nuestra dependencia continua aire, agua, y de manera indirecta alimento” (Pág. 2), hechos que anteceden a cualquier orden social o sistema

jurídico, pero que actualmente son consideradas como conceptos sustantivos nuevos en el derecho (ecosistemas, resiliencia, fauna, etc.), por tanto, la precisión del lenguaje es un elemento importante a considerar si se pretende abordar cualquier problemática jurídico-ambiental de manera específica.

El lenguaje técnico se reformula conforme progresa el avance del conocimiento, y se van acuñando nuevos términos o conceptos a operacionalizar, para entender esto, recurrimos a la metáfora utilizada por Vito Verna (2019); en la cual, según la historia de cómo los hermanos Wright¹⁵ en el año 1903 se valieron de lo que encontraron en un taller de bicicletas para poder ensamblar el primer aeroplano y ejecutar el primer vuelo de la historia, de la misma forma, explica cómo el derecho ambiental recurre a elementos jurídicos que anteceden su existencia para poder lograr sus objetivos e importa términos técnicos de las ciencias naturales en un proceso gradual de mejora de la regulación ambiental, claro está, este crecimiento conceptual debe reflejar lo mejor posible el objeto de regulación, sin recaer en tecnicismos ininteligibles tanto para los operadores del derecho y la sociedad en general, ya que lo último sería tributo para aumentar el riesgo de su incumplimiento.

Entrando ya a diferenciar ciertos conceptos, el término “ecología” (Castañón del Valle, 2006) constituye una disciplina científica que tiene apenas un siglo de maduración, fue acuñado por primera vez en la obra *Historia de la creación natural* de Ernst Haeckel en 1868, para designar una disciplina que deriva de la zoología y que tendría como finalidad el estudio del entorno natural, incluyendo las relaciones mutuas entre los organismo y su entorno (biocenosis y biotopo), comprendiendo en la primera categoría al hombre.

¹⁵ Wilbur y Orville Wright, pioneros de la aviación, realizaron su primer vuelo se realizó el 17 de diciembre de 1903, en Kitty Hawk de Carolin del Norte EEUU, a bordo del Flyer I.

Etimológicamente proviene de las raíces griegas *oikos*, que significa casa, y *logos*, que alude a ciencia o tratado, la Real Academia de la Lengua Española (2019) lo define como “Ciencia que estudia los seres vivos como habitantes de un medio, y las relaciones que mantienen entre sí y con el propio medio.”.

Según Martín Mateo (2005) parafraseando Eugene Odum (1969) explica que la ecología está relacionada a la biología, y con “los procesos dinámicos e interactivos de éstos entre sí y de todos ellos con su entorno físico, por lo que en un enfoque moderno se la define como el estudio de la estructura y función de la naturaleza” (Pág. 9) se considera, pues, una disciplina de estudio que emerge de las ciencias naturales y que no se puede utilizar como sinónimo de ambiente o ecosistema (Lopez, 2006, pág. 2), ya que este último constituye su objeto de estudio.

El término “ecosistema” fue propuesto por primera vez en 1938 por el Arthur G. Tansley, el Convenio de Diversidad Biológica del año 1992 lo define como; “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.”, Eugene Odum & Warrett (Odum, E. & Barret, 2005) de forma más precisa define como;

“Los organismos vivos (bióticos) y su ambiente o entorno sin vida (abiótico) están interrelacionados de manera inseparable e interaccionan unos con otros, cualquier unidad que incluya a todos los organismos (la comunidad biótica) de un área dada que interacciona con su ambiente físico de manera que un flujo de energía conduce a estructuras bióticas definidas con calidad y reciclados de materiales entre componentes vivos y sin vida es un sistema ecológico o ecosistema”. (Pág. 18).

Martín Mateo (2005) ejemplifica este sistema de interrelación de la siguiente manera; “un árbol toma de la tierra y de la atmósfera los elementos necesarios para la creación de materia orgánica, pero a su vez devuelve al medio otros elementos imprescindibles para que el ciclo continúe”. (Pág. 10), con la finalidad de entender de los ecosistemas son sistemas abiertos e interrelacionados entre sí.

La concepción pura de la ecología fue superada por Eugene P. Odum (2005) al señalar que “la ecología es el puente en las ciencias naturales y las ciencias sociales” (Pág. 4) de forma certera, ya que los ecosistemas anteceden a cualquier forma de vida social existente, en este contexto es válido citar las cuatro leyes informales de la ecología propuestos por Barry Commoner¹⁶ en su obra “*The Closing Circle*” o “El círculo que se cierra” del año 1971 (Reichman, 2016);

“1. Todo está relacionado con todo lo demás. La biosfera es una compleja red, en la cual cada una de las partes que la componen se halla vinculada con las otras por una tupida malla de interrelaciones.

2. Todas las cosas han de ir a parar a alguna parte. Todo ecosistema puede concebirse como la superposición de dos ciclos, el de la materia y el de la energía. El primero es más o menos cerrado; el segundo tiene características diferentes porque la energía se degrada y no es recuperable (principio de entropía).

¹⁶ Barry Commoner en el año 1971 fundó en San Luis, Estados Unidos, el *Center for the Biology of Natural System*, (Centro para el Estudio de la Biología de los Sistemas Naturales), siendo uno de los primeros centros consagrados al estudio multidisciplinario de los problemas que surgen de relación entre las sociedades humanas y los ciclos naturales.

3. La naturaleza es la más sabia (o “la naturaleza sabe lo que hace”, traducción del inglés *nature knows better*). Su configuración actual refleja unos cinco mil millones de años de evolución por “ensayo y error”: por ello los seres vivos y la composición química de la biosfera reflejan restricciones que limitan severamente su rango de variación.

4. No existe la comida de balde. No hay ganancia que no cueste algo; para vivir, hay que pagar el precio.” (Pág. 10).

Commoner conocido como el primer ecosocialista, plantea éstos cuatro principios llamados “informales” ya que rompen con la visión reduccionista de las ciencias naturales y contribuyen a entender con mayor claridad los problemas ambientales recogiendo el pensamiento filosófico de los siglos XVIII y XIX, que permiten pensar al mundo como un sistema como tal (Palmero, 2019).

Jorge Riechmann (2016) sobre esto, señala que el fundador de la CBNS¹⁷ intentaba mostrar que en la naturaleza todo viene de algún lado y todo va a parar a otro, nada es casualidad, “lo que debería obligar a pensar sistémica y globalmente, pensar en ciclos; es decir, abandonar la habitual visión mecanicista y utilitarista que considera el ambiente como mera reserva de recursos por un lado y como depósito de basuras por otro” (Pág. 10), enfoque que no sólo explicaría la importancia de un ambiente equilibrado para la sociedad, sino su interrelación con la vida misma del hombre.

¹⁷ Centro para el Estudio de la Biología de los Sistemas Naturales, EEUU.

El enfoque sistémico de Commoner (Reichman, 2016), aduce que los problemas ambientales se deben al drástico desajuste de los procesos cíclicos naturales y auto coherentes de la biosfera producidos por los procesos lineales e innovadores pero inarmónicos de la tecnosfera (antroposfera), cada vez más ciclos naturales son rotos por la actividad antrópica mientras que los sistemas de producción absorben materias primas y energía excretando residuos y desechos a un ritmo industrial.

Siguiendo con la expiación de términos, la naturaleza, en un inicio de la historia se referiría a todo lo que se encuentra y desarrolla en estado natural sin la intervención antrópica, ajena al hombre, siendo esta la concepción occidental que los filósofos griegos tenían e incluso materializándose posteriormente en el derecho romano, donde era clara la diferencia entre las leyes de la naturaleza *ius naturale* y las leyes del hombre *ius comune* (Lescano, 2015), sin embargo, tras las obras de Charles Darwin como; “El origen de las especies” del año 1859 y “El origen del hombre” del año 1871, se logró tambalear la presunción religiosa y filosófica occidental de pertenencia o superioridad respecto del hombre sobre la naturaleza, situando su propio origen dentro de ésta, como una especie más, posición corroborada en la Carta Mundial de la Naturaleza¹⁸ en el año 1982 en la cual dentro las ideas fundamentales indica que la especie humana tiene su origen y es parte de la naturaleza, y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales, además de precisar que la civilización es un producto de la naturaleza como fuente de vida.

¹⁸ Denominación de la Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1982, en la cual se proclama cuatro ideas fundamentales y principios de conservación en los cuales debe guiarse la conducta humana, fue aprobada por 111 a favor, uno en contra (EEUU) y 18 abstenciones.

Para Juan Andía (2010), la naturaleza “es el habitat natural de los seres vivos dentro de un ordenamiento sistemático de retroalimentaciones recíprocas y complejas que garantizan la estabilidad de cadenas ecológicas destinadas a mantener el equilibrio y la armonía de ecosistemas simples y complejos” (Pág. 15), que en su totalidad constituyen el sistema habitacional perfecto y equilibrado, el autor plantea una definición paretiana del término en donde el hombre en su relación con la naturaleza de la cual es parte de forma connatural y transforma según su beneficio.

Actualmente la naturaleza tiene una connotación de presupuesto fáctico para la existencia del hombre y su sociedad, que lo provee de recursos naturales que “son aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, es decir, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales” (Andaluz C. , 2013, pág. 8), además de los servicios ecosistémicos que permiten el desarrollo vital de éste, en síntesis, el término naturaleza puede entenderse como el concepto más amplio, de todo lo que se encuentra en estado natural desde su origen, que mantiene una relación de matriz con el hombre y proveedora de recursos naturales y servicios ecosistémicos para ser posible su existencia y desarrollo.

El concepto ambiente, medio ambiente o medioambiente, es referenciado por amplio sector de la doctrina como sinónimos gramaticales en el uso del lenguaje español. Etimológicamente, ambiente proviene del latín *ambiens, entis*, que se refiere a lo que rodea o cerca. Desde una visión puramente lexicológica nos encontramos ante un participio activo del verbo *ambere*, rodear, y éste derivado de *ire*, (Castañon del Valle, 2006, pág. 9).

La Real Academia de la Lengua Española (2019), en adelante RAE, define “ambiente” como; “que rodea algo o a alguien como elemento de su entorno”, y al término “medio ambiente” como; “conjunto de circunstancias que rodean al ser vivo”, y en el Diccionario Prehispánico de Dudas de la RAE (2019), define “medioambiente” como; “conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades”, y precisa la recomendación de utilizar la grafía “medioambiente” en lugar de “medio ambiente” por darse una pronunciación átona, dando lugar a que las dos palabras se pronuncien como una sola. Siendo utilizable cualquiera de los tres términos para designar la misma idea, en un primer análisis superficial y dentro de un contexto habitual es justificado este uso indiferenciado del término.

Para abordar el término en un contexto jurídico, es pertinente retrotraer el tema históricamente y situarlo en la Cumbre de Estocolmo de 1972, la cual el título originario fue; “*The United Nations Conference on the Human Environment*”, el término *Environment* según el Diccionario Cambridge: traducir del Inglés al Español (2019), distingue dos significados en el uso del español; “*The enviroment*”; (el medioambiente), “*the air, land, and water where people, animals, and plants live*”, (el aire, la tierra y el agua donde viven las personas, los animales y las plantas.). y “*Environment*”; (ambiente) “*the situation that you live or work in, and how it changes how you feel*” (la situación en la que se vive o trabaja, y cómo cambia cómo se siente).

Presenta además, una tercera traducción que abarca las dos precedentes; “*Environment*”; (entorno, medio ambiente), “*(a set of) surrounding conditions, especially those influencing development or growth*”, (-un conjunto de- condiciones circundantes, especialmente

aquellas que influyen en el desarrollo o el crecimiento), señala dos ejemplos: *An unhappy home environment may drive a teenager to crime*, (Un ambiente hogareño infeliz puede llevar a un adolescente al crimen) y *We should protect the environment from destruction by modern chemicals, etc.* (Deberíamos proteger el medio ambiente de la destrucción por productos químicos modernos, etc.). (Cambridge, 2019). Lo cual nos lleva a inferir que la tercera traducción es la que abarca las dos traducciones anteriores (*Environment*), y su utilización dependerá del contexto en donde se lo use.

El término *The Environment* o *Environment*, hace referencia a los elementos del ambiente y a su vez a las condiciones circundantes que influyen en el crecimiento de los seres vivos, en ambos casos el Diccionario Cambridge nos remite a la traducción al término “medio ambiente”, siendo ésta a simple vista, la adecuada de usar, sin embargo, y en virtud del refutacionismo de Popper (1998), la doctrina especializada ha ido exponiendo razones para el uso adecuado del término.

El término “medio ambiente” en el español se recomienda usar la grafía “medioambiente”, pero que a su vez es sinónimo de la término “ambiente” (que rodea algo o a alguien como elemento de su entorno, definición actual de la RAE) sin mayor distinción, este último ya alude a la referencia genérica a algo o alguien como elemento de su entorno y esta última definición ya abarcaría las “circunstancias” del mismo, desde una perspectiva fenomenológica, ya que el objeto de protección ambiente no siempre es el “ser vivo” o el “alguien”, sino también algún elemento base del ambiente o su interrelación, siendo este el “algo” -como podremos exponer más adelante-, y no meras circunstancias, “las palabras medio y ambiente no eran estrictamente sinónimos, pero el primero de ellos estaba implicado

en el segundo” (Brañes R. , 2004, pág. 20), por tanto, consideramos que el uso del término “ambiente” abarca un concepto más amplio semánticamente y permite variar el objeto de protección jurídica no sólo atribuyendo al sujeto, es decir, al ser vivo como tal, sino también a elementos abióticos como el aire, el suelo, el agua y otros.

En cuanto a la dimensión estrictamente gramatical, es pertinente la discusión sobre el uso adecuado entre ambos términos, “ambiente” o “medio ambiente” (y pese a su recomendación de uso “medioambiente”), sin embargo, esta acepción “medio ambiente” califica dentro de la figura literaria del pleonismo, la cual es, según el Diccionario Prehispánico de Dudas de la RAE (2019) el “uso de palabras innecesarias para el sentido lógico del enunciado, con las que se subraya, a menudo expresivamente, una idea ya contenida en otro elemento de la oración”, siendo el término “ambiente”, una figura que abarca varios significados dependiendo del contexto, sería innecesario el uso del pleonismo para dar énfasis de algún contenido, ya que el término ambiente ya abarcaría -con o sin dotar de contexto adecuado- los elementos que lo componen agua, aire, suelo, flora, fauna y demás, y sus interrelaciones, siendo esto último el mas adecuado si se pretende delimitar el bien jurídico protegido (ambiente).

Ya en un campo estrictamente jurídico y al haber analizado diferentes concepciones doctrinales sobre qué vocablo es el menos impreciso para generar efectos jurídicos determinados, se ha identificado un patrón de uso basado en que, las doctrinas nacionales siguen la corriente nominativa estipulada en cada una de sus normas constitucionales propias o normas comunitarias como la europea o la iberoamericana.

Así, por ejemplo; en la Constitución Española de 1978, prescribe; “Artículo 45. 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, lo cual ha generado que la doctrina, la ley y la jurisprudencia adopte el término “medio ambiente”, por seguir la consecución de la norma constitucional, doctrinariamente existe la posición a favor que la expone el español Manuel Castañón (2006) al afirmar que; “este giro gramatical refuerza el contenido utilizando la repetición. De esta forma, con la utilización reiterada y constante de estos términos conjuntamente, se acuña una nueva expresión, que pretende robustecer una locución que describa una realidad de forma más expresa y convincente.” (pág. 10).

Gran sector de la doctrina española se inclina por el uso del vocablo “medio ambiente” que también se encuentra en las normas comunitarias como 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”, posición que es usada por el *ius* ambientalista precursor de la doctrina jurídica ambiental-española Martín Mateo (2005), sin embargo, el mismo autor precisa sobre el término “medio ambiente” que; “sale expresamente al paso de una práctica lingüística poco ortodoxa que utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes”, y atribuye el uso originario al Reglamento de Actividades del año 1961 y la Ley de Minas de 1971, (Pág. 71), por lo cual el uso de uno u otro término está bastante influenciado por la corriente legislativa de cada país.

De la misma manera en la Constitución Política de Colombia del año 1991, versa en el artículo 79; “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley

garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.”, sin embargo, a Colombia le antecede a la citada norma constitucional; el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente vigente desde el año 1974, la cual constituyó la primera compilación de carácter ambiental de América Latina y aún vigente, siendo habitual el uso del término “medio ambiente”, y principal regulación posterior de alcance nacional la Ley 99 de 1993 denominada la Ley General Ambiental de Colombia, en el caso colombiano si bien la regulación no ha seguido una tendencia en específico, la doctrina y la jurisprudencia constitucional se decantan por usar el término “medio ambiente”, como en las sentencias constitucionales; Sentencia C-794/00 referente al alcance del derecho a un ambiente sano, la Sentencia T-123/99 de protección del derecho a un ambiente sano y la Sentencia T-411/92 referente a la aplicación de principios del derecho de un ambiente sano, sólo por citar las principales se utiliza el término “medio ambiente” y en la doctrina de consulta internacional de Juan Carlos Henao (2002) quien en múltiples trabajos ha hecho uso el término “medio ambiente” siendo sus obras referentes en la región.

El caso argentino, la Constitución de la Nación Argentina del año 1994 en el artículo 41 refiere; “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.”, como norma principal en materia ambiental; la Ley General del Ambiente del año 2002, y utilizado el término “ambiente” por la doctrina más representativa como Manuel Cafferatta (2004) sin realizar este mayores precisiones, no obstante, la autora Aurora Besalú (2005), señala;

“El término español usual de medio ambiente es, sin duda, altamente redundante y resulta en todo caso cacofónico, sobre todo cuando se utiliza el adjetivo medioambiental. En efecto, esta expresión ha sido definida tautológica, ya que en ambos términos medio y ambiente significan lo mismo”. (Pág. 36-37).

En la Constitución de Costa Rica del año 1948, en el artículo 50 refiere; “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”, como ley que recoge los principios del derecho ambiental; La Ley Orgánica del Ambiente del año 2005 y la doctrina; como Mario Peña Chacón (2006), se inclina por continuar el uso “ambiente”. Similar es el caso peruano.

En México, en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos del año 1917, siendo reformado el a el 08 de febrero del año 2012, mediante Decreto en el Diario el Oficial de la Federación; “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque”. En ese sentido, la doctrina mexicana, encabezada por Raúl Brañes (2004) señala;

“¿Ambiente o medio ambiente? El carácter aparentemente redundante de esta última sigue provocando polémicas. En la época en que la expresión “medio ambiente se incorporó a los usos de la lengua española, las palabras medio y ambiente no eran estrictamente sinónimos, pero el primero de ellos estaba implicado en el segundo (...) el término medio era definido, como el fluido material dentro del cual un sistema está

inmerso y a través del cual se realizaban los intercambios de materia y energía del mismo sistema con el exterior, lo que indudablemente era algo implicado en el término ambiente” (Pág. 20).

En el caso peruano, la Constitución Política del Perú del año 1993 reconoce en el artículo 2, inciso 22, “el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida”, la ley actual que rige el sistema jurídico ambiental es la Ley General del Ambiente vigente desde el año 2005, y la doctrina más especializada como Carlos Andaluz (2013) quien plantea la pregunta ¿ambiente o medio ambiente?, señala que ambiente; “es el conjunto de elementos sociales, económicos, culturales, bióticos y abióticos, que interactúan en un espacio y tiempo determinados; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la Naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos.” (Pág. 32), dando la preferencia al término “ambiente” y otorgándole un contenido conceptual.

3.2.2. Delimitación jurídica del Ambiente

Según la Enciclopedia Ecológica Peruana de Antonio Brack (2019), el ambiente es el mundo exterior que rodea a todo ser viviente y que determina su existencia, y se puede dividir;

“1. Los seres no vivos, inanimados o inertes: No tienen vida y pertenecen al mundo inorgánico, que quiere decir sin vida o no orgánico. También se los llama abióticos (del griego a = sin y bios = vida). A esta categoría pertenecen seres o elementos fuera de la Tierra, nuestro planeta, y de nuestro entorno terrestre.

- Seres inertes extraterrestres: pertenecen a este grupo los planetas, el Sol, la luna, los asteroides, los cometas, las estrellas y las galaxias, entre otros.
- Seres inertes terrestres: pertenecen a este grupo las rocas, los minerales, el aire, el agua, el suelo y la luz, entre otros.

2. Los seres vivos o animados u orgánicos: Son los que tienen vida y que se caracterizan esencialmente por la capacidad de reproducirse. Todo lo relacionado con los seres vivos se denomina biótico, o sea, con vida. A la categoría de los seres vivos pertenecen esencialmente cuatro grupos: las plantas, los animales, los microorganismos, y los seres humanos.”.

Hemos partido de esta definición bastante amplia y de corte globalista o totalitarista, que abarca a todo lo que existe, biótico y abiótico, sin distinción alguna, incluso abarcando planetas y todo lo indeterminado que sea abiótico, concepción que, para el derecho traería serios problemas de delimitación de objeto de protección, teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos están determinados por un territorio nacional, siendo bastante complicado poder operativizar jurídicamente, por eso es necesaria su delimitación.

Desde la toma de conciencia ambiental de los años sesenta que da origen al derecho ambiental, hasta la actualidad, la doctrina nacional e internacional ha propuesto tantas definiciones del bien jurídico ambiente como autores y obras existen sobre el tema, e incluso diferentes definiciones según el enfoque que cada autor han pretendido abarcar, sin embargo, resaltar la importancia del delimitar el ambiente en términos jurídicos es una tarea que no tiene consenso y está presto -como todas las cuestiones ambientales- al avance científico y

jurídico, cabe abordar el fenómeno jurídico desde una perspectiva sistémica por las características previamente señaladas por las ciencias naturales expuestas en la definición de ecosistema de Eugene P. Odum (2005, pág. 18), siendo difícil la tarea a precisar un concepto estático o *cuasi* perfecto del ambiente, situación que no sucede con el concepto de salud o patrimonio, por tanto la dogmática o la jurisprudencia tiene el encargo de decantar un “concepto razonable, ni demasiado amplio ni demasiado estricto” (De Miguel Perales, 2000, pág. 24), del ambiente.

Ya para efectos de operatividad jurídica es preciso llegar a delimitación más estricta del concepto jurídico ambiente, superando las aproximaciones genéricas -como la de las normas ambientales de primera generación-, y meramente programáticas -como la de los tratados internacionales- (Mateo, 2005, pág. 75), y aislarla de sus conexiones, con normas de salud, higiene, saneamiento, patrimonio cultural, sanitarias, o de orden público.

Martín Mateo (2005) expone una concepción limitativa o restringida del bien objeto de tutela jurídico ambiente, indicando que; “sería necesario precisar qué se entiende en definitiva por ambiente, o al menos qué conductas trascendentes para él van a tener relevancia jurídica en función de sus consecuencias ecológicas” (Pág. 73), hace mención de la concepción globalista del ambiente en sede internacional, citando la definición en el Principio 1 de la Cumbre de Estocolmo del año 1972;

“el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, 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 obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”,

y, prosigue citando a la definición de la Comisión Económica para Europa;

“El medio ambiente activo es un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados, bajo la forma que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante ha establecido relaciones directas”.

El autor concluye que las definiciones contenidas en declaraciones internacionales tienen un espíritu orientador o indicativo de las políticas ambientales, más que el de una trascendencia jurídica inmediata, no obstante, la posibilidad de estructurar en sentido técnico el derecho ambiental no puede hacerse sobre tales bases y exige una ulterior formulación con una cierta coherencia lógico-jurídica, que se deberá instrumentar un determinado sistema normativo y en atención a sus propias características.

Además indica que se debe precisar qué elementos del ambiente deben ser “jurídicamente significativos” (Mateo, 2005, pág. 75), en primer lugar descarta que la ordenación y gestión del “territorio global”, reservada al urbanismo en *strictu sensu*, en segundo lugar descarta que la naturaleza sea objeto de protección como tal, ya que cabría prácticamente todo, aunque reconoce una estrecha relación entre naturaleza y ambiente, la última como una parte de la primera, sin que se entienda que tal protección de la naturaleza es trivial, sino que no

es fácil encontrar criterios o principios unificadores macroambientales o biosférica para su protección, es por eso que se desagregan en estrategias sectoriales (Mateo, 2005), consideramos, que desde un enfoque sistemático tiene asidero jurídico la protección de la naturaleza como un resultado posterior de la protección efectiva del ambiente.

Según la delimitación del autor precedente, considera que el ámbito conceptual del ambiente restringido; “incluye elementos naturales con de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra” (Mateo, 2005, pág. 79), reservando el componente suelo, para la ordenación territorial en general y la lucha contra la desertificación como un tema que trasciende la gestión ambiental nacional, señalando además, que el ruido sería la agresión física del componente aire. Dentro de la reducción del objeto jurídico de protección del ambiente al componente agua y aire estaríamos dentro de una concepción restringida del objeto de protección del ambiente, actualmente complementada.

Raúl Brañez (2000), define ambiente como un concepto que no sólo engloba a todo lo que gira en el entorno al sistema humano, sino, y de manera más concreta a todos los ambientes posibles de los organismo vivos en general, abarcando todas las formas de vida posibles; “debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados” (Pág. 75 - 76), entonces el ambiente debe ser entendido como un sistema de elementos que interactúan entre sí, cuyas interacciones provocan la generación de nuevas propiedades globales, no

únicamente a los elementos que constituyen el sistema, esta definición tiene consecuencias jurídicas que permiten delimitar el objeto del derecho ambiental y entender su fundamento, la acción del aparato estatal y el propósito de la legislación.

La posición que Gonzáles Márquez (2003) plantea; consiste en que se debe abordar desde una doble perspectiva; la primera la científica, que identifica una dualidad en el concepto; primero al ambiente como tal y la segunda el ambiente como sus componentes; agua, suelo, aire, fauna y flora. Y la segunda perspectiva, desde la jurídica, pero ésta amerita un tratamiento al menos tripartito;

- “1) Como bienes en sí mismos (elementos base),
- 2) Como bienes que desempeñan una función ambiental respecto de los otros con los que interactúan (bienes función en el ecosistema),
- 3) Como ambiente propiamente tal (un todo). Esta concepción resalta del concepto ambiente, la función ecosistémica de los bienes base aportando una visión sistemática del bien objeto jurídico protegido, dicha función sistémica con alguna repercusión en un todo final, el ambiente propiamente como tal.” (González, 2003, pág. 14)

De Miguel Perales (2000) considera que la definición que se expone en la Convención de Lugano (1993), es la más acertada; el mencionado texto señala que el medioambiente comprende “los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, los bienes que componen la herencia cultural, y los aspectos característicos del paisaje”, el autor también precisa que dicha definición debe modificarse en dos aspectos; debería de excluirse el patrimonio histórico, y

matizaría que el paisaje, *per se*, no será un elemento protegible del medio ambiente, sino en la medida en que otros elementos ambientales (flora, fauna, agua, clima) se vean afectados.

Ochoa, A. (2014, pág. 259) citando a Parezutti, C. (2005, pág. 19), concibe al medioambiente como “un conglomerado de elementos naturales básicos para el desarrollo de la vida humana en la Tierra. Estos elementos comprenden el aire, el suelo, el agua, la tierra, la flora y la fauna”, pero también considera que el ambiente es todo aquello que rodea y afecta a un organismo viviente como no viviente, se percibe como un “sistema interconectado”, que no puede ser realmente entendido si se estudia o analiza separadamente o como un montón de partes.

Debemos resaltar que estas concepciones, y la razón por la cual han sido seleccionadas es la concepción sistemática. Ésta concepciones tienen una característica en común; el reconocimiento de la interrelación de sus elementos de forma sistémica, es el enfoque comulgado con las ciencias naturales actuales -que consideramos-, el adecuado para definir el ambiente y sus componentes en un contexto jurídico. Ya que el daño ambiental, posee similares características.

Ante diversas concepciones, y entendiendo que, si bien la doctrina es fuente de derecho, es la ley la que determina el alcance de estos conceptos dentro de un sistema jurídico determinado, la influencia del derecho romano-germánico como fuente del derecho peruano, prioriza el contenido de la ley, la cual determina y da contenido al derecho constitucional de un ambiente equilibrado y adecuado, delegando su despliegue o desarrollo en las leyes especiales.

La doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado nos ayudan a interpretar el contenido de la norma, y entendiendo a Roxin (2005) respecto de los bienes jurídicos “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los o para el funcionamiento del propio sistema” (Pág. 56).

Señala Silva Sánchez (2010) que el bien jurídico puede considerarse como ciertos objetos que el ser humano necesita para su realización de la vida en sociedad, que “se convierten en bienes jurídicos, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad” (Pág. 431 – 432). Entendemos como bienes jurídicos a esos valores esenciales para la sociedad y el individuo que no pierden su valor en el tiempo, que son materia de protección jurídica y reconocidos por norma expresa, para que este sistema asegure su cuidado (Ochoa, 2014).

La Constitución Política del Perú en el artículo 2 prescribe; “toda persona tiene derecho a”, inciso 22; “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el contenido de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (STC N.º 00018-2001-AI/TC, STC N.º 00964-2002-AA/TC, STC N.º 0048-2004-PI/TC, STC N.º 01206-2005-AA/TC, 03343-2007-PA/TC);

“En su primera manifestación, 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. La intervención del ser humano no debe suponer, en

consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 ° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Sobre el segundo acápite, se ha establecido que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.” (STC N.º 3343-2007-PA/TC, Fund. 4).

Cabe indicar que el Tribunal Constitucional, si bien, no usa el término daño ambiental, hace mención a una “alteración sustantiva” del equilibrio de los elementos del ambiente (bióticos y abióticos), esta alteración sustantiva es la que desequilibra ciertos sistemas ecológicos o ecosistemas determinados e impiden el goce del derecho fundamental presupuesto de la una vida digna, ya que sería un derecho carente de contenido no existe la obligación de preservación de este equilibrio.

Sin embargo, este bloque constitucional referido al ambiente, el cual debe interpretarse de forma integral, también contempla el artículo 66 de la Constitución en donde se establece “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. (...)”, el artículo 67 dispone que “El Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales.”, el artículo 68° prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad

biológica y de las áreas naturales protegidas"; en esa línea, el artículo 69 señala: "El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada".

Este bloque constitucional ambiental o "constitución ecológica" como lo denomina el Tribunal Constitucional, importando término de la jurisprudencia comparada que no compartimos -por lo ya anteriormente expuesto referente al término "ecología"-, abarca la protección del bien jurídico ambiente, así como la integridad de los recursos naturales dominados por el Estado.

En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, respecto del contenido del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida;

"Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado -espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así e tendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, e ecosistema, entre otros." (STC N.º 0048-2004-PI/TC, Fund. 17)

El Tribunal Constitucional, hace una descripción no limitativa, *numerus apertus*, adicionando además de reconocer los elementos base (suelo, aire, flora, fauna, flora), al clima, paisaje, ecosistema, entre otros incluyendo al entorno urbano, por extensión también, no vemos limitación para considerar al entorno rural.

La Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611 (2005), en el artículo 2 referente al ámbito, numeral 2.3, prescribe lo siguiente;

“Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” 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 asociado a ellos, entre otros.”

Cabe citar a la Ley N° 26821, Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que en su artículo 3 declara que se consideran recursos naturales (...):

“a. Las aguas superficiales subterráneas; b. El suelo, subsuelo, y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c. La diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna, y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas de dan soporte a la vida; d. Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; f. Los minerales; g. Los demás considerados como tales.”

La Ley citada, realiza también una numeración abierta sobre los recursos naturales, dejando a cualquier elemento que encaje dentro del concepto de recurso natural, el Tribunal Constitucional también refiere sobre los servicios ecosistémicos, que;

“una perspectiva que no debe ser hallada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que presentan ciertas áreas del territorio de la Nación. Recursos que, en algunos casos benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de carbono realizada por la selva amazónica.” (STC-3343-2007-PA/TC, fund. 12).

Reconociendo la importancia macro ambiental o global, sustentada en que los ecosistemas sin sistemas abiertos interrelacionados, y que la vida se da gracias al equilibrio ecosistémico interconectado por flujos biogeoquímicos (materia) y energía, a través de redes tróficas (Odum, E. & Barret, 2005), con repercusiones en el humano o en otras especies de vida, para entender esto, podemos citar a Carlos Andaluz (2013), quien señala que un servicio ambiental (ecosistémico), sería por ejemplo:

“Agroecosistemas: Mantiene algunas funciones de la cuenca (filtración, control de flujo, protección parcial de los suelos); proporcionan hábitat para aves, polinizadores y organismos del suelo importantes para la agricultura; desarrollan materia orgánica del suelo; fijan carbono; y proporcionan empleo” (Pág. 34).

Este ejemplo sirve para entender al ambiente desde un enfoque sistemático y de interrelación, los servicios ecosistémicos brindan el soporte de flujo de materia y energía básico para la agricultura artesanal o industrial, la cual es fuente de energía para la sociedad local ya que no existe agricultura completamente artificial, teniendo en cuenta además, que uno de los “datos destacables” del “Objetivo 15, Vida de Ecosistemas Terrestres” de los

Objetivos del Desarrollo Sostenible (2019) señala que más del 80% de la dieta humana está compuesta por las plantas. Solo tres cultivos de cereales (arroz, maíz y trigo) proporcionan el 60% de la ingesta energética mundial.

De un similar análisis el aspecto socio-cultural, Foy, P. (2018) señala que existe una relación inextricable entre los sistemas sociales -culturales y los ecosistemas, y que la nueva historia ambiental, “advirtió de como los sistemas humanos han impactado y actuado sobre los ecosistemas, pero a su vez, como éstos han condicionado el desarrollo de aquellos” (Pág. 46). Desde una aproximación clásica (Foy P. , 2018, pág. 296), el Tribunal Constitucional cita a Guillermo del Cano (1978), refiriendo;

“El ambiente es concebido como el medio (...), alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivientes y que permiten –de una manera directa o indirecta– su sana existencia y coexistencia. (...)

b) El entorno creado, cultivado o edificado por el hombre, el cual se encuentra constituido por bienes naturales como la producción industrial, minera, agropecuaria cultivada y sus desechos o desperdicios, afluentes domésticos, edificios, vehículos, ciudades, etc.; e igualmente los bienes inmateriales como los ruidos, olores, tránsito, paisajes o sitios históricos de creación humana.

A nuestro modo de ver, el ambiente entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de

creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana” (STC 0018-2001-AI/TC)”.

Siendo reconocido el medio urbano de origen antropogénico como parte de la esfera de protección del derecho al ambiente equilibrado y adecuado.

Hugo Lamadrid (2018) refiere de que “el territorio de los pueblos indígenas y los recursos naturales existentes en esos territorios, son elementos de la naturaleza que están unidos entre sí y, por lo tanto, no deberían ser objeto de un tratamiento jurídico diferenciado” (Pág. 214), haciendo crítica al dominio eminential del Estado sobre los recursos naturales y la de las comunidades nativas al territorio, la relación de los pueblos indígenas y el ambiente desde una perspectiva jurídica abarca un tópico bastante amplio de derechos, pero que la Ley General del Ambiente reconoce también, esta relación en el artículo IV Del derecho de acceso a la justicia ambiental;

“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”.

Carhuatocto Sandoval (2018), refiere que el derecho a una ambiente equilibrado y adecuado “es el derecho colectivo a la protección de las características para que un medio ambiente

sea soporte para el desarrollo de la sociedad humana y de otras especies (biodiversidad), en condiciones óptimas y saludables permitiendo su continuidad.” (Pág. 42), lo que implica la protección de los elementos del ambiente como medios de supervivencia y permitan la reproducción perpetua.

Cabe precisar, que para efectos de delimitar el objeto jurídico de protección, sobre el enfoque de protección que el sistema jurídico nacional asume respecto del ambiente, según A. Ochoa (2014), realiza una síntesis de la doctrina internacional refiere que;

“El antropocentrismo se centra en la creencia de que los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, como resultado, se considera al ser humano como el legítimo dueño de aquella y, por ende, puede utilizarla para sus propósitos, de modo que la naturaleza tiene un valor por su contribución a la calidad de la vida humana, satisfaciendo sus necesidades físicas y materiales; en sentido contrario, la visión ecocéntrica considera que la naturaleza contiene un valor inherente, independientemente de si le es de utilidad o no al ser humano; en este sentido los ecocéntricos valoran a la naturaleza por sí misma.” (Pág. 260).

La Constitución sirve de enganche para ratificar esa relevancia social de un interés, siendo ella la que puede ayudar a precisar los contornos de un bien que se estime digno de tutela jurídico-penal y se ratifica su importancia con el velo de protección penal actual que ostenta en el sistema jurídico peruano, pero que su protección no se debe tomar en forma individualizada, sino por su “valor funcional” (Ochoa, 2014, pág. 281), y por la categoría de bien jurídico colectivo que ostenta, según Hormazabal , M (2001);

“en la protección del medio ambiente como bien jurídico no se trata de proteger la naturaleza en cuanto valor en sí misma, sino en tanto que ella está al servicio del hombre y de las generaciones futuras. Se trata de proteger la naturaleza como una relación social. La protección de la naturaleza como valor abstracto desvinculada del hombre lleva a un fundamentalismo ecológico. (...), siendo bien jurídico colectivo por antonomasia” (Pág. 1424-1425.).

Ésta última concepción grafica a detalle la concepción antropocéntrica del ambiente que domina en la actualidad, al situar a la naturaleza como un ente de relación con el hombre, fuente de recursos y servicios, que obligan a su protección por interés y necesidad propia, mas no (hasta el momento) por el valor que en sí mismo detenta (ambiente).

Por último, el Tribunal Constitucional considera el derecho a un ambiente equilibrado es un derecho “intergeneracional por antonomasia”;

“Por su parte, el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los deberes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para a su disfrute, cuidando de que se realice sin poner en cuestión "la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones futuras" [STC 02002-2006-PC/TC], al tratarse de un derecho que, por antonomasia, es intergeneracional. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a

aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.”

(STC N.º 0030-2010-PI/TC, Fund.26).

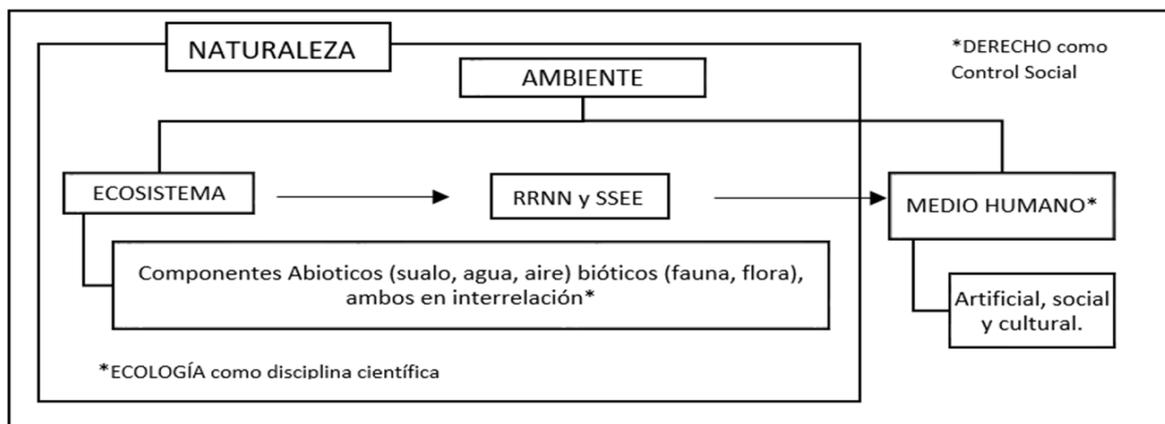
Como hemos podido ver hasta aquí, no basta con revisar la legislación ambiental, las resoluciones y las sentencias de procedimientos ambientales, sino que “es necesario revisar la teoría, comprender la semántica y construir una fenomenología.” (Soria, 2019), esta construcción doctrinal, dogmática, constituye fuente de derecho en la perfección del contenido del bien jurídico ambiente.

En síntesis, el término ambiente para efectos jurídicos en la legislación peruana tiene una concepción amplia como bien objeto jurídico protegido ambiente, tanto los elementos base del ambiente como el suelo, flora, aire, flora, fauna, y factores como clima, paisaje de manera no restrictiva, y en el medio antrópico urbano y rural en el cual el ser humano se desarrolla, sin perder esa relación de matriz con la naturaleza (la cual provee de recursos naturales y servicios ecosistémicos) para el adecuado desarrollo de la vida con dignidad, y de eminente condición intergeneracional, además del patrimonio cultural o ancestral sólo si está ligado al ambiente o sus componentes, se entiende entonces que, el hombre es quien tiene el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y no el ambiente a un hombre menos contaminante, por tanto estamos en un enfoque “antropocéntrico moderado amplio” de la protección jurídica del ambiente, ya que en la interpretación sistemática de la constitución se encuentran obligaciones de conservación de la diversidad biológica y el aprovechamiento sostenible, y desarrollo sostenible de la amazonia.

Por tanto, podemos definir que el ambiente en el sistema jurídico peruano abarca tanto los elementos del ambiente en su forma base y las relaciones ecosistémicas equilibradas que se originan entre éstos, y que en un segundo evento dan soporte al medio antrópico o artificial en donde el ser humano se desarrolla sin perder esa relación de matriz con la naturaleza, lo cual implica no realizar actos (libertad negativa) por parte del Estado o la sociedad que produzcan esa alteración sustantiva que afecte la capacidad de resiliencia (Andaluz C. , 2013) del ambiente, que en última instancia se retribuyen al hambre.

Figura 1

Bien Jurídico Ambiente



3.3. El daño ambiental en la doctrina nacional e internacional

3.3.1. Definiciones Generales del daño ambiental

El daño ambiental, jurídicamente es un término en evolución, “Definir el daño al medio ambiente es una tarea compleja, por este motivo la mayoría de las legislaciones, (...) lo elude y remite la respuesta a los jueces con el fin de dar una solución para cada caso en concreto” (Gonzales, R., 2012, pág. 180), el daño ambiental está contenido en normas legales

generalmente enunciativas, no obstante, la doctrina ha propuesto ciertas abstracciones del fenómeno en las dos últimas décadas, y existe una marcada tendencia aristotélica de conceptualizar el daño ambiental a partir del concepto civil del daño y fusionarlo como la alteración del contenido del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, creando un campo bastante laxo como alcance jurídico.

Por ejemplo Peña Chacón (2006), jurista de consulta obligatoria en este tópico, entiende por el daño en general, en sentido jurídico como; “todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso.” (Pág. 6). En este orden de ideas, no existiría responsabilidad civil, si no ha ocurrido un daño, así como no existe daño si no hay perjuicio o damnificado, vamos a demostrar que, si existe daño ambiental, no siempre existe un perjudicado o dañado en un mismo momento.

Si tenemos en cuenta que el daño clásico o civil es un elemento de la responsabilidad civil y nacido en el seno de una relación diádica, es decir, la relación de solo dos unidades individuales (De Trazegnies F. , 2016, pág. 65), responsable y perjudicado. Debe precisar desde un inicio que el daño ambiental implica presupuestos distintos, y consideramos que si bien, es un punto de partida válido -definir el daño ambiental a partir del daño civil-, no es del todo necesario o intrínseco para tal fin, más aún si son dos figuras distintas desde su concepción teórica, elaboradas en el seno de dos ramas del derecho de diferente naturaleza; derecho de la responsabilidad civil y el derecho ambiental. Por tanto, la conceptualización

del daño ambiental puede realizarse independientemente de otras ramas, siguiendo con la finalidad de determinar su *ratio essendi*.

Los primeros intentos en sede internacional que trataban de conceptualizar el daño ambiental, nos llevan al concepto de “contaminación” siendo el término generalizado en ese entonces, tanto en la Declaración de Estocolmo del año 1972 como en la Declaración de Río del año 1992, utilizan el término contaminación en la formulación de sus principios, entendiéndose que es el evento a evitar, con el fin proteger el ambiente, pero sin proveer una definición explícita o detallada, de ahí el posterior abuso en el uso del término contaminación como sinónimo de daño ambiental.

Actualmente la contaminación es una forma o una de las manifestaciones del daño ambiental (Cafferatta, 2004, pág. 60) Así mismo, el daño se puede manifestar de múltiples formas en la realidad como la degradación, destrucción, emisión, vertimiento, extinción, deforestación, desertificación, desbroce, explosión, detonación, eliminación, etc. Las actividades antrópicas, son susceptibles de causar un daño ambiental, por ende, es necesario abordar un enfoque sistémico, para entender la dinámica del daño ambiental y cómo regularlo a fin de resolver dichos impactos negativos significativos legalmente (Soria, 2019, pág. 17). Así, por ejemplo, tenemos la dicotomía entre sistemas cíclicos, como el ciclo del agua en la naturaleza y los sistemas lineales, como en el caso de la gestión de los residuos sólidos.

Para entender esta dinámica; el ciclo hídrico se presenta como una serie de fases concatenadas, interrelacionadas e interdependientes, que se suceden en el tiempo y con mayor o menor periodicidad, acaban repitiéndose, cumpliendo en esas repeticiones un ciclo.

Este sistema perfectamente circular o rotatorio ocurre principalmente por tres consideraciones;

“a) La composición del recurso. El agua sigue siendo el mismo recurso en todos los estadios o fases por las que recorre, solo que las presentaciones son diferentes. Así es agua cuando está en estado sólido formando las capas de hielo, es agua cuando se presenta en estado líquido en los océanos y ríos, y también es agua en estado gaseoso en las nubes y neblina.

b) El recorrido del ciclo. La íntima relación entre todos los estados y los elementos que componen el ciclo, y

c) El volumen global de agua en el mundo es prácticamente invariable.” (Soria, 2007, págs. 29-30).

Según estas consideraciones, este sistema siempre está compuesto del mismo recurso, sólo que, en presentaciones diferentes, en un recorrido circular repetido constantemente y con la misma cantidad de agua. Todas estas consideraciones han sido tomadas por la legislación en la determinación de su regulación. Por lo que, a la hora de las definiciones legales, se respeta la naturaleza circular de su producción, la íntima e ineludible interrelación entre sus elementos (como los bienes asociados a las riveras) y la incidencia positiva o negativa sobre otros componentes de la naturaleza, que podrían alentar o interferir de algún modo en el normal desarrollo del ciclo (Soria 2007, 29-30), de la misma forma de debe suceder al definir el daño ambiental a este recurso, y hacemos hincapié en esto ya que siempre va alterar un ciclo, por ejemplo mediante el agotamiento o contaminación de un cuerpo hídrico, esta acción antrópica altera el ciclo del recurso, generando cambios en los ecosistemas de los

cuales interactúa, por ende, en los servicios ecosistémicos y en la utilización del hombre como recursos natural, afectando a la sociedad presente y futura.

Las relaciones de interdependencia que existe entre los recursos y elementos naturales con el medio físico y las actividades humanas, una vez alterado este equilibrio por algún agente contaminante o degradación (u otro accionar), suele tener efectos en cadena, para entender esta interacción ecosistémica y la dinámica la cual afecta el daño ambiental recurrimos a Carlos Andaluz (2013, pág. 48) quien plante el ejemplo; si por una mala práctica agrícola, por ejemplo uso de DDT¹⁹ u otro COP²⁰, las tierras de cultivo se erosionan, el agente contaminante trasladado no solo perjudica la fertilidad del suelo (degradación) sino que al llegar a un determinado cuerpo hídrico contamina con sedimentos que afectará la calidad (salubridad) del agua que se usa para beber, dañará la demás flora y fauna que depende del cuerpo hídrico, causará daño material a las paletas de la turbina de alguna hidroeléctrica por su efecto abrasivo, colmatará el cauce afectando la navegación, y si el cuerpo hídrico abastece a algún pueblo o ciudad los daños se traducen en daños civiles, ejemplo muy parecido desarrollado a mayor profundidad por Rachell Carson en su libro *The Silent Spring* publicada en el año 1962.

El PNUMA, define al daño ambiental como; “un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de

¹⁹ Dicloro Difenil Tricloro Etano (DDT), es un Compuesto Orgánico Persistente, que se infiltra y causa daños irreparables en las cadenas tróficas, expuesto por Rachell Carson en 1962 en *The Silent Spring*, posteriormente fue prohibido por la *Environment Protection Agency* (EPA) de EEUU y ha seguido esa tendencia a nivel mundial.

²⁰ Compuesto Orgánico Persistente, son sustancias que poseen propiedades de persistencia en el ambiente, bioacumulación, alta toxicidad y capacidad de transportarse a largas distancias desde la fuente emisora

vida aceptable y sustentable y un equilibrio ecológico viable” (Peña M. , 2006), definición de la cual ya podemos rescatar ciertas características como calidad de un ambiente particular, equilibrio ecológico, e impacto adverso considerable.

Peña Chacón (2006) define al daño ambiental como;

“toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente, o bien, cualquier menoscabo o vulneración de los bienes ambientales (dentro de los que se comprenden tanto los recursos bióticos como abióticos), del paisaje como expresión figurada del ambiente y de la vida, salud y bienes de los seres humanos que se producen como consecuencia de toda contaminación que supere los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos.” (Pág. 8).

Desarrolla el concepto, indicando que “el daño ambiental es producto de conductas humanas que contaminan o degradan el medio ambiente.” (Pág. 9), sin embargo, no existe un *numerus clausus* en la doctrina sobre qué actividades repercuten como daño ambiental, sino, establece un grado de afectación por un lado y la superación de algún presupuesto valorativo de resiliencia por otro, como los Límites Máximos Permisibles (LMP).

Néstor Cafferatta (2004) plantea la pregunta, en el capítulo denominado daño ambiental de incidencia colectiva, ¿Qué es el daño ambiental?, responde que es un extremo atreverse a sostener una posición de tal magnitud, sin embargo, define;

“No todo daño a la naturaleza comporta un daño antijurídico y que resulta necesario compatibilizar o acomodar la protección del ambiente con otros bienes igualmente valiosos para la comunidad, es necesario precisar que el daño ambiental se configura cuando la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico adquieren cierta gravedad que excede los niveles guía de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente”. (Pág. 54).

Carlos Andaluz (2013, pág. 47), plantea la pregunta ¿Cómo los humanos provocamos daños al ambiente?, cuando una actividad antrópica dirigida a satisfacer alguna necesidad material o espiritual, sobrepasa la capacidad de autodepuración y de regeneración de la naturaleza, lo que el denomina “capacidad de resiliencia”, para esto se debe considerar “la capacidad de carga de cada recurso depende de la cantidad (cuánto se usa), el modo (cómo se usa) y la intensidad (con que frecuencia se usa) en relación con uso del mismo” (Andaluz C. , 2013, pág. 10). De lo contrario se provoca la afectación del ambiente, que en última instancia afecta al propio humano ya que esta situación de degradación atenta contra la salud y la dignidad, y la imposibilidad de un desarrollo sostenible.

Partir de definiciones amplias y generales de la doctrina internacional y nacional especializada sobre el daño ambiental, nos da el primer acercamiento al daño ambiental, a través de abstracciones conceptuales (bastante amplias) que este caso denominamos “definiciones generales”, incluyen incluso a una actividad de “puesta en peligro”, es decir, riesgo -en cualquiera de sus formas o niveles-, como daño ambiental. En este orden de ideas, se tendría que precisar que una actividad altamente riesgosa como una planta de energía nuclear o una planta de refinamiento de la industria minera, ante el sólo hecho estar en funcionamiento constituyen un riesgo en general, sin embargo, son riesgos regulados a fin de disminuirlo a su mínima expresión, todo esto no implica que el daño ambiental esté permitido.

3.3.2. El daño ambiental puro en la doctrina internacional

La doctrina internacional reconoce el carácter bifronte del daño ambiental (Castañon del Valle, 2006, pág. 35), ya que a través de ésta se perfecciona su tratamiento jurídico, y se puede decantar cuál es el objeto jurídico de protección, no obstante, es el daño que surte efectos sobre el ambiente y/o sus componentes, el que constituye el daño ambiental propiamente dicho, fuera de otros tipos de daños que convergen o no, una vez suscitado este tipo de daño.

González Marquez (2003), en su trabajo sobre la responsabilidad del daño ambiental en América Latina para el PNUMA, realiza una distinción entre el daño ambiental y el daño civil, como presupuesto para establecer un sistema de responsabilidad por daño ambiental propiamente dicho, precisando que el daño ambiental tiene una especificidad propia que lo distingue del daño tradicional o civil, y para esto, cita Michel Prieur (1991);

“El concepto de daño ecológico fue utilizado por primera vez por M. Despax para insistir sobre la particularidad de los perjuicios 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 que por su carácter indirecto y difuso no permite en tanto que tal, dar paso al derecho a la reparación.” (González, 2003, pág. 25)

Para introducir su concepto, González Marques (2003), cita a Guido Alpa, quien indica; “el daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo carente de materialidad y de titularidad colectiva” (Pág. 25). En muchos casos -continúa el autor- se confunde intereses jurídicos particulares o públicos con intereses propiamente ambientales, y define al daño ambiental ecológico o puro, separándolo rotundamente del daño a la persona o el patrimonio:

“Si bien es cierto, debe tomarse en cuenta que muchas veces la producción de un daño al ambiente suele venir acompañado de la generación de daños de carácter civil, cuando, por ejemplo, a consecuencia de una agresión al bien jurídico medio ambiente se afecta a la salud o a los bienes de las personas; sin embargo, en un caso nos referimos al daño ecológico puro, mientras que en el otro hablamos de lo que podemos llamar daño civil por influjo medioambiental.” (Pág. 26).

El autor concluye indicando que en la mayoría de sistemas jurídicos latinoamericanos, no se ha reconocido la especificidad del daño ambiental puro (como en el Perú), y es por esa razón que el daño ambiental ha sido tratado en un régimen de responsabilidad civil, siendo este último sólo aplicable a los daños ocurridos en la persona o patrimonio (daño ambiental por influjo), ya que el daño ambiental puro está fuera de cualquier connotación personal, patrimonial o económica (González, 2003, pág. 26), además indica que la concepción más utilizada sobre el daño ambiental; “menoscabo al ambiente y sus componentes”, no desvela esta confusión de daños ambientales y civiles, ya que el menoscabo a un componente del ambiente puede ser considerado aún dentro de la esfera jurídica personal (títulos habilitantes, por ejemplo), es aquí entonces, que consideramos la visión de interrelación ecosistémica y de interés difuso debe recurrir inapelablemente cuando se entienda al daño ambiental puro. Castañón del Valle (2006), al realizar uno de los trabajos base sobre la valoración del daño ambiental para el PNUMA, precisa sobre el daño ambiental;

“Genéricamente el daño ambiental tiene dos supuestos, a saber, el daño patrimonial y el daño propiamente ecológico. El primero, se concreta en un perjuicio a la propiedad privada o pública, es decir, daños infringidos a bienes tangibles, concretos, que pertenecen al patrimonio de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Por el contrario, el segundo tipo de daño es el daño ecológico, donde no resulta dañada una posesión concreta, sino nuestro patrimonio más importante que es nuestro entorno.” (Castañón del Valle, 2006, págs. 29-30).

Sumar a este aporte dogmático, si bien esta noción de doble vía es óptima para delimitar el tratamiento jurídico del daño ambiental, persiste también un carácter unitario anterior a la vía procedimental entre el daño ambiental puro y el daño ambiental por influjo;

“El daño ambiental es un daño bifronte, donde los daños ecológicos y personales van intrínsecamente unidos y deben ser reparados a la sazón. Cosa distinta es el sujeto activo que pueda tener la legitimación para reclamar la reparación o indemnización del daño, según afecte a la esfera personal o colectiva, pero estamos hablando del concepto de daño ambiental y no de la legitimación para reclamarlo y en lo que a nociones se refiere, no debe existir una separación irreconciliable entre las dos caras de una misma cosa (daño ambiental: daño ecológico + daño personal), pues sería desnaturalizar un significado que en sí afecta a dos realidades distintas pero indivisibles.” (Castañon del Valle, 2006, pág. 35).

Ojeda Maestre (2005) al introducir una de las obras más importantes de Peña Chacón (2006) sobre el daño ambiental señala que; “donde algunas ocasiones es un particular el afectado y otras un gobierno o una empresa o una colectividad, pero que siempre son la naturaleza, la biodiversidad o el ambiente las víctimas principales”, entendiéndose que, materialmente, el ambiente es el perjudicado en sí mismo como objeto de protección, por lo tanto, es el denominador común si hablamos del daño ambiental, frente a los efectos jurídicos posteriores ya sea dentro de una esfera jurídica particular determinable o difusa.

Raúl Brañes (2000), en su trabajo realizado sobre el acceso a la justicia ambiental para el PNUMA, sobre el tratamiento de la propiedad y el daño ambiental precisa;

“el legislador deberá regular esta materia, que básicamente expresan los siguientes principios: (i) todo daño ambiental debe ser reparado, cualquiera que sea su naturaleza (daño individual o colectivo y daño al patrimonio nacional); (ii) la reparación comprende de manera prioritaria la obligación de restablecer las cosas al estado que tenían antes de la generación del daño, si ello es posible ("recomponer"); y (iii) la reparación comprende además la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, incluidos aquellos que no queden cubiertos por la recomposición que se haga del daño.”

El autor realiza una clara diferenciación entre los daños al patrimonio nacional (ambiente) que debe recomponer de forma prioritaria y la indemnización por daños y perjuicios, diferenciando la recomposición y la indemnización como efectos jurídicos de ocurrir el daño ambiental, trascendiendo (en esta concepción) la mera conceptualización del daño ambiental.

Peña Chacón (2009), años después de su primera definición general del daño ambiental, en un estudio el cual plantea la imprescriptibilidad de la acción por daño ambiental, realiza una clara distinción de la naturaleza bifronte del daño ambiental;

“Se debe entender por daño estrictamente ambiental aquel tipo especial de daño que rompe con los principios de autoregulación y autoperpetuación de los ecosistemas, y por tanto, con su equilibrio natural, y que recae sobre bienes ambientales de naturaleza común o colectiva que forman parte del patrimonio natural del Estado, o

bien sobre aquellos bienes ecológicos que han sido declarados al menos, como de interés público por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, es importante tener en cuenta que contrario a lo anterior, las acciones tendientes a reclamar los daños y perjuicios ocasionados sobre derechos subjetivos y/o intereses legítimos ocasionados como consecuencia de la contaminación ambiental, y que recaen sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación privada (incluyendo los daños sobre la salud) si son prescriptibles, ello a raíz de la patrimonialidad y disponibilidad por parte de sus titulares.” (Pág. 9).

Juan Carlos Henao (2002), al interpretar la legislación Colombiana; en la cual “se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes” prescrito por el artículo 42 de la ley 99 de 1993, el autor precisa en que se hace referencia al daño ambiental puro, en el entendido;

“aquello que ha caracterizado las afrentas al medio ambiente es que no afectan especialmente una u otra persona determinada, sino exclusivamente al medio natural en sí mismo considerado, es decir, las cosas comunes que en ocasiones hemos designado como bienes ambientales tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje (...)”. (Pág. 5)

Agrega que este concepto de daño ambiental puro, indudablemente está íntimamente relacionado con otro concepto el cual denomina daño ambiental consecutivo, se habla de una persona determinada o bienes apropiables e intercambiables de los particulares;

“el daño ambiental se causa siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre bienes individuales. En efecto, la persona tiene posibilidad de accionar en su nombre para pedir una indemnización propia (*Daño Ambiental Consecutivo*), como de accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede apropiarse, pero de la cual sí puede gozar, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro.” (Henao, 2002, pág. 6).

Concluyendo de que; “daño ambiental puro es la aminoración de los bienes colectivos que conforman el medio ambiente, y que daño ambiental consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano” (Henao, 2002, pág. 7)

Rivera Olarte (2016), indica que el daño ambiental se trata de un solo daño pero que tiene una doble connotación jurídica (bifronte), el daño ambiental ecológico o puro y el daño ambiental personal (tradicional), parafrasea a Fernando Macías (2007) quien plantea que el daño ambiental necesita ser pensado desde un enfoque vanguardista que responda a los grandes cambios y las transformaciones del derecho sin perder la seguridad y las garantías jurídicas, tras esto define;

“el primer supuesto está determinado por el daño ambiental propiamente dicho, eso es, por los efectos nocivos que recaen en la esfera personal, patrimonial y económica, e incluso en el aspecto moral, los cuales se concretan en un perjuicio a la propiedad

privada o pública. Esto es porque los daños infringidos a bienes tangibles y concretos que pertenecen al patrimonio de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, o en la calidad de vida de las personas.

El segundo constituye el daño ambiental puro, daño ecológico puro, o daño al medio ambiente, producto de los efectos nocivos que causan degradación, deterioro o destrucción del entorno natural y sus componentes” (Rivera, 2016, pág. 89).

Siendo este último entorno natural y sus componentes entendido como un todo sistemático independiente de los afectados en su esfera personal pública o privada.

Néstor Cafferatta (2004) citando a Bustamante Alsina (1995), quien respecto del daño ambiental señala;

“es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*), a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado.” (Pág. 62).

Néstor Cafferatta (2004) denomina “daño ambiental residual al daño ambiental en sí mismo y por el otro lado, daño individual o daño diferenciado, reconoce además que no es un daño común, es bifronte en cuanto afecta interés individuales y supraindividuales.” (Pág. 36).

Según Jordano Fraga (2000), “en una agresión ambiental suele producirse dos daños de naturaleza distinta. Por un lado, se producen daños en los viene privados o en las personas, y, por otro lado, se producen daños al medio ambiente en sí mismo, al bien jurídico medio ambiente. Éstos son los que podemos denominar daños públicos ambientales o daños ambientales autónomos” (Pág. 351).

Ruda Gonzales (2006), en el que tal vez, hasta la fecha, ha realizado el estudio más extenso sobre daño ambiental puro y su reparación, precisa que “su carácter puro” se distingue de otro tipos de daños relacionados con el ambiente, ya que el ambiente tiene dos caras como el dios Jano; la de los recursos propiedad de alguien, cubierta por los regímenes de responsabilidad y la otra, la de los recursos de nadie que escapa a dichos regímenes, en el primer régimen de marcada fundamentación individualista se coligen el perjudicado y el creador del daño, tras lo cual se internalizan los daños, no obstante, se ignora el daño a la interrelación ecosistémica a través de uno o más factores o componentes que no se encuentra bajo ningún régimen, que en última instancia serán costos sociales, y concatena la idea de que declarar como patrimonio público (aunque con fallas), y esta representa la forma actual de protección más eficiente, ya que las *res nullus* significaría el consumo de muchos de bienes con carga limitada, y el resarcimiento o indemnización de una masificación del ambiente en bienes privados bajo una supuesta “mejor condición de protección”, implicaría que éstos componentes se alejen de sus función ecosistémica, atendiendo fines privados, sin

dejar de mencionar que la función preventiva del derecho ambiental sería relegada a la voluntad del propietario, el problema de este sistema recaería en el monopolio del Estado en la reclamación del daño, y a quién correspondería la indemnización, existiendo un solapamiento ya sea por la pretensión del particular o la del Estado, situaciones procesales que perfectamente serían justificadas en otro trabajo de investigación, pero que nos dan ciertos lineamientos respecto del daño ambiental puro y su naturaleza pública y no privada.

Es indispensable, siendo esta división el punto de apoyo del presente trabajo, la aclaración de términos en este apartado, como ha sido realizado en el capítulo anterior y siguiendo la filiación semántica de éstos, consideramos y como gran parte de la doctrina actual reconoce, que el término adecuado no sería daño ambiental ecológico, ya que daño ecológico haría mención a un detrimento a la disciplina científica que estudia a los seres vivos y su medio (la ecología) y no al objeto jurídico protegido (el ambiente), y además que el objeto jurídico de protección no es únicamente los sistemas ecológicos naturales -como ya se ha precisado-, entonces, el término correcto sería “daño ambiental puro” y “daño ambiental consecutivo o por influjo ambiental”.

La justificación del derecho al ambiente equilibrado como componente de la esfera interna privada, recae en que este derecho ambiental debe ser considerado como un derecho personalísimo, humano básico;

“siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer el derecho al ambiente un autónomo derecho

de personalidad (...) se entiende como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y define como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano, el ambiente jurídicamente es un atributo fundamental de los individuos (...) -como la integridad física y la salud- que se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre”. (Cafferatta, 2004, pág. 22).

La titularidad de un derecho o interés legítimo no desaparece cuando el derecho o interés son compartidos por otros, o por todos los demás que se hallan en situación similar, esta dualidad no es excluyente sino, acumulativa, el individuo ostenta un interés propio, y por añadidura un interés colectivo de pertenencia difusa (Cafferatta, 2004, pág. 77).

Existe una tendencia que se puede extraer de la observación de diferentes normas convenios y tratados internacionales, en torno a la responsabilidad por daño ambiental, y es que por una lado se diferencia conceptualmente el daño ambiental puro, del resto de daños provocados a consecuencia del primero, y por otro lado, se pretende aplicar indistintamente un mecanismo de responsabilidad común con naturaleza privada, he aquí, que se puede precisar que existe un orden cronológico en los eventos del daño ambiental, el daño ambiental puro va a anteceder siempre en los sucesos reales al daño por influjo, ya que sin el primero estaríamos dentro de daños tradicionales o civiles. Por tanto, el daño ambiental puro es el daño ambiental propiamente dicho.

3.3.3. El daño ambiental puro en la doctrina nacional

Carlos Andaluz (2013), se limita a realizar una definición por remisión del daño ambiental al artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, sin embargo, elabora un análisis más adjetivo pero holístico del daño ambiental, dentro del cual precisa que el daño ambiental tiene una doble dimensión “una individual cuando afecta los intereses legítimos de una persona suponiendo una lesión particular en agravio de sus intereses subjetivos; y otra supra individual cuando el daño al ambiente afecta una pluralidad indeterminada de individuos.” (Pág. 700), los sufridos a razón de actividades que afectan al ambiente y por rebote afectan a alguna titularidad, ya sea individual o colectiva, - en la salud o el patrimonio-, éstas se rigen por disposiciones comunes del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, debidamente concordadas con las contenidas en la Ley General del Ambiente, sin embargo, esta última salvedad, es más utópica que real.

Foy Valencia (2018) afirma que la responsabilidad civil extracontractual es sobrepasada por las dimensiones del daño ambiental, reconociendo la tendencia a su carácter bifronte;

“2. Hoy en día se tiende a diferenciar entre lo que se denomina daño ambiental propiamente dicho, también se le conoce como daño ambiental directo o daño ambiental puro, algunos para complicar las cosas lo denominan daño ecológico puro.

3. Por otra parte estaría el *daño por influjo ambiental o indirecto* (no nos atrevemos a denominarlo *impuro*) que a resultas de una afectación al ambiente incide, influye,

en un valor no ambiental sino de carácter patrimonial, es decir de libre disponibilidad”. (Pág. 676).

Vidal Ramos (Vidal R. , 2014), entiende que aparte de existir una definición general del daño ambiental, como el menoscabo al interés de la humanidad, una lesión al entorno o habitat que altera las condiciones naturales de vida o calidad de vida, también se puede entender como otra dimensión;

“daño ambiental abarca no sólo la pérdida o disminución del denominado bien jurídica vida (salud), sino también el detrimento, menoscabo o pérdida del equilibrio de los ecosistemas, los mismos que se encuentran regidos por los principios de autorregulación y auto perpetuación. El daño ambiental sería, siguiendo los lineamientos toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente.” (Pág. 97)

De lo citado, consideramos que no solo corresponde a otra dimensión del daño ambiental, sino, y en estricto, corresponde a la dimensión principal del daño ambiental, ya que sin esta “dimensión”, no existiría un daño ambiental propiamente dicho, estaríamos dentro de un daño que afecta a la salud o la propiedad, perfectamente determinable a un sujeto (individual o colectivo), por ejemplo; dejar de percibir los beneficios de cierta concesión forestal o el aprovechamiento de cierto recurso hídrico, o en un entorno urbano se estaría afectando el

derecho de uso y disfrute (que se espera) de la propiedad inmueble, alterada o disminuida por la emisión ruidos, por ejemplo.

Aunque, en este último tendría que determinarse qué constituye un daño ambiental puro urbano, si los ruidos nocivos -los cuales superan los 80Db- como efecto de una alteración física del componente aire son suficientes para considerarse daño ambiental o requiere de un alcance difuso e indeterminado para tal, o en su defecto es una afectación al ambiente que no llega a ser un daño ambiental y que puede ser asumido por el derecho civil y administrativo, situación que no sucedería con la liberación de radiación en un espacio urbano el cual constituiría un daño ambiental propiamente dicho e indubitable, afectando aire, suelo, agua, ecosistemas, al hombre y sus generaciones futuras, no obstante, desde una perspectiva del análisis económico del derecho el autor continúa;

“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, pero cuando se trata de lo que hemos denominado daño ecológico puro, resulta muy difícil establecer cuál es el valor del medio ambiente dañado.” (Pág. 116).

Lanegra Quispe (2013), en un trabajo evocado a analizar el daño ambiental en la Ley General del Ambiente, reconoce implícita y modo de precisión el carácter bifronte;

“no debe confundirse el daño al ambiente con los daños que este puede generar sobre otros bienes jurídicos. Se trata de distinguir entre el daño al ambiente y el daño a través del ambiente. La salud, la vida, o la propiedad puede sufrir menoscabo por un cambio en la situación del ambiente y sus componentes. De igual modo, derechos colectivos como la identidad cultural pueden ser afectados como consecuencia del daño ambiental. Estos daños se producen a través del ambiente, pero no son, propiamente un daño ambiental.” (Pág. 190).

De la Puente Brunke (2011), esgrime una posición bastante marcada sobre la doctrina del daño ambiental puro, posición que compartimos, realiza un trabajo bastante conciso y detallado sobre la incidencia de esta figura en el Código Civil peruano, define;

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

Este daño, que en sí mismo se hace al ambiente, afecta a la sociedad en su conjunto, y la calidad de vida de sus miembros; y, más aún, a su desarrollo, porque el ambiente -la biósfera- es el sustento que hace posible la vida en la tierra y la hará posible mañana.

El daño ambiental puro, será, pues, el daño que se causa al ambiente con independencia de la afectación de intereses particulares. (...) Es, precisamente por su carácter colectivo que el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, (...), reconoce el derecho a todas las personas de salir en defensa del ambiente sin que se necesario acreditar perjuicio directo”. (Pág. 296).

La doctrina nacional especializada, se ha evocado a tratar diferentes aspectos del derecho ambiental, pero no ha incidido mucho sobre la figura del daño ambiental es sí mismo, no obstante, se acepta el carácter bifronte del daño ambiental, siendo el daño ambiental puro, la figura que obtiene y por sus características, ser objeto de preocupación del derecho ambiental, sin desligar obviamente, los efectos adversos no menos importantes que repercuten en los individuos y su esfera jurídica, en ese sentido, decantar el daño ambiental es desligarlo de toda manifestación no singular, es decir, extraer la connotación más compatible con el objeto de protección.

Profundizar en las diferentes manifestaciones del daño ambiental da las luces para el tratamiento adecuado, por no decir idóneo, en cada ordenamiento jurídico, el daño que nos importa si hablamos de un daño ambiental propiamente dicho, es el daño ambiental puro ya que ésta figura desencadena los posteriores efectos que importan al sistema jurídico.

Existen diversas caracterizaciones que entremezclan lo material y lo formal del daño ambiental puro, incluso lo que se considera características técnicas ajenas al derecho cuando

se realiza dicha caracterización, en esta ocasión en busca de la naturaleza jurídica del daño ambiental puro -ya que este último constituye la figura originaria del daño ambiental-, vamos a extraer las características relevantes para el derecho, de forma sustancial y que develen la *ratio essendi* que se mantendrá dentro del sistema jurídico, razón que no pueda suplirse por alguna otra figura jurídica y cumpla su función de perfeccionamiento del sistema jurídico peruano.

Todo esto sin antes sin antes apartarla de otros daños y bienes jurídicos protegidos que pueden ser conexos, pero responden a distinta naturaleza jurídica, como la salud, patrimonio cultural, etc.

3.3.4. El daño ambiental ontológicamente

Sin la intención de entrar extensivamente a un campo estrictamente filosófico jurídico, pero necesario a efectos de justificar esta escisión del daño ambiental, entendiendo a la ontología en general como el estudio de los “entes” y su interrelación, y a la ontología jurídica que se manifiesta por atribuir un valor a los enunciados interpretativos diferenciados de los “enunciados jurídicos”, ya previamente analizados, este tópico deviene en importante ya que los enunciados interpretativos son asertivos, es decir, son verdaderos o falsos, lo que no sucede con los enunciados jurídicos (Hernández, 2008), recurrimos brevemente a la ontología jurídica como herramienta para justificar la autonomía y tratamiento jurídico del daño ambiental puro (a nivel de enunciado) ante otros daños similares y conexos.

El daño ambiental como enunciado es cierto, lógico, real, palpable, contrastable, por lo que no cabría mayor análisis filosófico de una cuestión material y sustancial sobre entendida, sin embargo, dentro de un sistema jurídico, en el cual confluyen enunciados contiguos ontológicamente, y es más, en una situación de interrelación como sucede con el daño ambiental, el daño a la persona (salud) y el daño al patrimonio, daño al patrimonio cultural histórico, daño la identidad cultural o la autodeterminación de los pueblos, como suele suceder con los pueblos originarios o los PIACI²¹, daños que, en la mayoría de los casos son concurrentes con el objeto de estudio.

Toda institución jurídica tiene un trasfondo constitucional, éste se constituye en la la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, considerada en sí misma como fin supremo del Estado y la sociedad, como indica Fernández Sessarego (Guitierrez, W & Otros., 2005);

“El Derecho fue creado para proteger, en última instancia, la libertad personal, a fin de que cada ser humano, dentro del bien común, pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su singular proyecto de vida, el mismo que es el resultante de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento.” (Pág, 42).

Esta libertad que es inherente a la persona, es la diferencia ontológica entre otros entes de similares características, pero antes de eso cabe precisar que es el ser humano;

²¹ Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento y situación de Contacto Inicial.

“La persona humana o ser humano es, en síntesis y a la altura de nuestro tiempo, una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. El ente "persona humana" tiene, así una estructura dentro de la cual se puede distinguir el soma - cuerpo en sentido estricto- y la psique. Se trata de una "unidad" por cuanto todo lo que afecta al cuerpo en sentido estricto repercute, de alguna manera y magnitud, en la psique y, viceversa, todo lo que afecta a la psique repercute en el soma o cuerpo. La mencionada "unidad psicosomática" se constituye y se sustenta en su libertad. La libertad es, por ello, el ser de la persona humana”. (Guitierrez, W & Otros., 2005, pág. 43).

Esta unidad psicosomática que constituye al ser humano y su cualidad ontológica de desarrollo en libertad, entrelazada a los derechos fundamentales, llamados así porque emergen y se fundamenta en la dignidad humana, como la identidad, información, intimidad, la propiedad, creación, residencia, asociación, contratación, trabajo, propiedad, paz, tranquilidad, nacionalidad, etc. Son derechos que permiten el desarrollo de la vida con dignidad fin supremo del Estado.

En este orden de ideas, el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, el cual ya hemos desarrollado, constituye un presupuesto fáctico, como precisa Canosa Usera (2004);

“no puede existir sociedad sin personas, de la misma forma tampoco podrá existir sociedad sin naturaleza; toda vez que ambos 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” (Pág. 470).

La jurisprudencia constitucional desarrolla el término ambiente equilibrado como;

“considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el sub suelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite”. (STC N° 0018-2001-AI/TC, Fund. 6).

Con lo cual se sustenta la visión sistemática de la naturaleza y su relación de matriz con la sociedad, se retraduce como presupuesto de la integridad psicosomática del ser humano para

que puede vivir con dignidad y plasmar sus acciones. Cabe realizar la pregunta, ¿Sería una vida con dignidad en un ambiente por debajo de los Estándares de Calidad Ambiental o en un ambiente que ha sufrido un daño ambiental, entiéndese éste como un daño significativo que sobrepasa la capacidad de resiliencia de los ecosistemas? -y decimos ecosistemas por su constante interrelación-, pues la respuesta se escribe sola, y aquí la cuestión, si el derecho a un ambiente sano es un derecho fundamental solidario de tercera categoría, siendo presupuesto fáctico para los demás derechos fundamentales, no obstante, de la discusión doctrinal sobre la categoría de derechos fundamentales, lo que se quiere acotar con esto es la íntima relación del daño ambiental con el daño a la salud a la persona tanto en su soma y como en su psiquis, y en última instancia con la dignidad.

Siguiendo las líneas de Cafferatta (2004) da por indiscutible que “entre ambiente y salud existe una estrecha relación. Así, se han dicho que el derecho a la tutela del ambiente o derecho al ambiente salubre, puede considerarse expresión del derecho a la salud.” (Pág. 20), la diferencia entonces entre daño ambiental puro y los daños a la persona -entendiéndose daños en general hacia la persona como ente psicosomático-, consiste sobre en quién o qué se produce el daño, el daño ambiental puro recae sobre el ambiente entendiéndose a sus elementos (agua, suelo, aire, flora y fauna) en interrelación, y los demás recursos naturales, los servicios ecosistémicos, los ecosistemas (ecosfera), y sus interacciones (biológicas físicas y químicas) y otros factores como el clima paisaje, etc., y, por otro lado, el daño que recae sobre a la esfera jurídica de la persona puede ser patrimonial (daño emergente, lucro cesante), y daño extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona) , entendiéndose por objetos de daño diferentes aunque conexos, en un primer evento recae sobre bienes jurídicos protegidos diferentes: el ambiente y la persona.

Conservando este razonamiento, el daño ambiental consecutivo o por influjo es el que recae en la persona o el patrimonio del sujeto de derecho, es compatible con el daño civil tradicional, por ejemplo; si producto del daño ambiental, se afecta un permiso o concesión de uso de un cuerpo hídrico destinado para cierta actividad económica se puede estimar un daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), siguiendo ciertos carácter técnicos, pero en resultado si podríamos determinar un valor económico determinable y atribuible, y a su vez el daño ambiental a un cuerpo hídrico puede afectar la salud de la persona, si por ejemplo es producto de contaminación o agotamiento, lo cual causa un detrimento directo para su salud y a su derecho de concesión, si confluyen ambos supuestos.

El daño ambiental por influjo sucede a través de un componente o componentes del ambiente, ya que si el contacto con un agente dañino para salud fuese directo, no sería un daño ambiental por influjo, sino un daño común (a la persona) perfectamente asumible por el derecho civil, entonces podemos afirmar de que “existe un orden de prelación ante un daño ambiental puro y el daño ambiental por influjo que incide sobre la salud o el patrimonio de la persona”, aunque no sea este último requisito para configurar el daño ambiental puro, por su característica difusa, quiere decir que el daño a la persona no es requisito *sine qua non* se para constituirse un daño ambiental puro.

En este orden cronológico, en el primer evento el cual incide sobre el ambiente y el segundo evento que se transmite al ser humano, es la segunda diferencia entre el daño ambiental y el daño a la salud, la tercera diferencia es que el daño propiamente dicho tiene un rango más amplio de afectación y el daño a la persona vendría a ser un perjuicio dentro de la esfera del sujeto de derecho como indica Castañón del Valle (2006);

“No debemos conceptualizar al daño como sinónimo de perjuicio, pues si bien el daño es la alteración a la integridad de una cosa, persona o situación, el perjuicio se compone de las consecuencias de dicho daño y, mientras el daño es un hecho fácilmente constatable, el perjuicio tiene amplias aristas de subjetividad que residen en la apreciación personal de cada individuo.” (Pág. 29)

Existe una diferencia entre perjuicio y daño, y consiste en que el daño no necesariamente genera indemnización a favor del individuo, sino es el perjuicio en los bienes jurídicos individuales lo que genera responsabilidad a indemnizar (Henao, 2002, pág. 4), este perjuicio individual, no es requisito para que exista el daño ambiental puro como tal y sus efectos difusos, públicos o sociales. Por tano entre el daño ambiental y el daño a salud existe notables diferencias ontológicas jurídicas, tras lo cual se puede afirmar que el daño ambiental puro posee una cualidad fenoménica distinta a este daño a la persona en su salud y patrimonio, pero están muy vinculados.

De la misma forma la figura del “riesgo”, está muy ligada al daño ambiental como demuestra la legislación comparada, y eso se justifica en el carácter eminentemente preventivo del derecho ambiental, sin embargo, existen diferencias sustanciales.

Según Quintana, S. & De la Calle (2010), el riesgo es en la actualidad es “exponerse al futuro, considerando que este puede depararnos sucesos no deseados en forma de daños,

pérdida o dolor (...) va ligada indiscutiblemente a los conceptos de contingencia, de amenaza, de desastre, y sobre todo de daño”. (Pág. 16). Para que exista un riesgo tiene que existir ciertos presupuestos, por ejemplo; no hay riesgo de “explosión” sin elementos explosivos, o riesgo de “contaminación” si no hay agentes contaminantes, es lo que se puede definir como peligro en general, en síntesis el riesgo -en líneas del autor- es la coexistencia de dos elementos; sujeto o bien vulnerable, y la fuente de peligro, además cita a Anthony Giddens; “el riesgo presupone el peligro, pero va más allá y se centra en el grado de certeza de que se materialice dicho peligro, y en la cantidad de daño o pérdida que se ocasione en caso de materializarse”, conceptos conocidos como “probabilidad de ocurrencia” y “magnitud del daño”. (Pág. 17-19). El autor define riesgo ambiental como;

“riesgo es exponerse al futuro considerando que este puede depararnos sucesos no deseados en forma de daños, pérdidas, o dolor. Si ahora concretamos introduciendo el concepto de medioambiente, debemos considerar como influye éste en los dos componentes que caracterizan el riesgo: probabilidad de ocurrencia y la severidad o magnitud de daños” (Quintana, S. & De la Calle, 2010, pág. 47)

Se entiende entonces, que el riesgo es una figura muy distinta al daño, es una valoración que antecede al daño como suceso en concreto, sin embargo la normativa nacional reconoce en el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, “genera efectos negativos actuales o potenciales”, lo cual genera una suspicaz duda si éstos efectos potenciales se refiere al riesgo creado o a un daño materializado que aún no surte sus efectos, cuestión que consideramos, el legislador en ánimo de pretender ampliar la esfera de protección ante actividades

riesgosas, ha dispuesto esta fórmula legislativa en tenor al principio de prevención o precaución, sin embargo, el riesgo por más potencial que sea no genera, aún, efectos materiales sobre el ambiente, y crea cierta incertidumbre para la operativización jurídica del daño ambiental, como señala Foy Valencia (2018);

“consideramos que conforma parte de la lógica y la racionalidad de las técnicas legislativas para la prevención de las denominadas *figuras de adelantamiento* en un sentido que no se requiere que se generen necesariamente los resultados dañosos a los valores ambientales o ecosistémicos, sino que bastará con que se lleven a cabo determinadas acciones o actividades que los pongan en riesgo o amenaza. Se sanciona la contravención en sí por las razones expuestas. En consecuencia, la puesta en peligro y los riesgos subsecuentes, son asumibles para la normatividad ambiental, siempre que se sepa diferenciar adecuadamente sus usos”. (Pág. 724-725).

En este orden de ideas, De la Puente & Vargas (2015) sostienen de que el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente, es una traducción casi literal del concepto acuñado por la española Silvia Jaquenod²², dentro de este artículo se pueden identificar tres componentes; menoscabo material, antijuricidad, y al existencia de efectos negativos (actuales y potenciales), consideramos que a modo de conceptualización, cualquier definición es válida, sin embargo, para efectos jurídicos la terminología debe superar la conceptualización, de lo contrario estaríamos en lo que el mismo Peña Chacón (Derecho Ambiental Efectivo, 2016) citando a Benjamin (2003), en la obra colectiva “*Direito Agua e Vita*”, se denomina como

²² Jaquenod, Silvia (1991). El derecho ambiental y sus principios rectores. Tercera edición. Dykinson, p. 222.

“Estado Teatral de la ley o ley simbólica”, siendo una norma solo declarativa, pero poco operable.

Entonces, si bien el daño ambiental comprende un acto considerado como potencial o de alto riesgo inminente, esta aseveración estaría dentro del campo del riesgo y no del daño ambiental propiamente dicho, incluso en atención al carácter tuitivo del derecho ambiental esta diferenciación es y debería ser aún más clara, por las delicadas consecuencias jurídicas que esto genera, sin embargo, incluir este riesgo potencial en el mismo articulado del daño ambiental, conlleva a una interpretación bastante laxa, por ejemplo; si la actividad de refinamiento de la industria minera, considerada una de las más riesgosas y contaminantes, por sí misma y por el solo hecho de crear un riesgo al tener los elementos; un bien vulnerable como el ambiente y el agente patógeno como el cianuro, conllevaría a catalogarse como un riesgo potencial, pero permitido por el derecho, ya que se refiere a un evento que aún no genera impactos negativos, consideramos, pues, que la figura del daño ambiental puro, a efectos de decantarla, se debe considerar como un daño real, y el daño potencial estaría dentro del ámbito o régimen del riesgo permitido o no permitido (en caso de actividades ilegales), creado en alguna situación específica, pero riesgo de todas formas y no daño como tal.

El daño ambiental, posee cierta similitud con el daño al patrimonio histórico cultural, en el sentido de que son intereses difusos, además intergeneracionales, La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en adelante UNESCO, entiende por patrimonio cultural;

“El patrimonio cultural en su más amplio sentido es a la vez un producto y un proceso que suministra a las sociedades un caudal de recursos que se heredan del pasado, se crean en el presente y se transmiten a las generaciones futuras para su beneficio. Es importante reconocer que abarca no sólo el patrimonio material, sino también el patrimonio natural e inmaterial. Como se señala en Nuestra diversidad creativa, esos recursos son una *riqueza frágil*, y como tal requieren políticas y modelos de desarrollo que preserven y respeten su diversidad y su singularidad, ya que una vez perdidos no son recuperables. (UNESCO, 2014).

La similitud particular entre los bienes culturales y el ambiente, consiste en sus carácter intergeneracional, esa proyección a futuro para para las generaciones, entendiéndose que si existe un detrimento o daño contra esto bienes se afecta a el derecho de acceso y disfrute de las generaciones futuras, si bien los daños a los bienes culturales no afectan al ser humano en su aspecto psicosomático -en la mayoría de veces-, comparten bastantes similitudes, siendo el daño un tópico de compartimiento pero regidos por objetos jurídicos de protección marcadamente diferentes, en síntesis, el daño ambiental puro antecede a los daños personales, y es pertinente separarlo de figuras como el riesgo, debiendo enfocarlo cuando ya sucedió o surtió efectos en la realidad -*ex post*- para su adecuado tratamiento jurídico.

Figura 2

Daño ambiental ontológicamente



3.4. El daño ambiental en el derecho comparado

Las definiciones generales del daño ambiental son insuficientes para comprender la naturaleza jurídica del daño ambiental, jurídicamente hablando es la legislación la que brinda mayor precisión, cabe recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2019), en adelante RAE, sobre el término “dañar”, el cual significa; “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, entendiendo estos verbos como sinónimos de causar daño.

3.4.1. El daño ambiental en la legislación comparada en Iberoamérica

La responsabilidad por el daño ambiental es una materia que, antes de la Conferencia de Río de 1992, comenzó a ser regulada en las nuevas Constituciones Políticas latinoamericanas, siguiendo el precedente instituido en la Constitución española de 1976, donde se dispuso que, en los términos que la ley fije, se establecerá la obligación de reparar el daño (ambiental) (Brañes, R, 2001, pág. 60), actualmente la mayoría las normas orgánicas ambientales han definido y otras han abordado en cierto aspecto el daño ambiental, en el siguiente cuadro se presentan las definiciones legales de la legislación comparada de Latino América y el Caribe más relevante;

Tabla 1

Legislación comparada de Latino América y el Caribe sobre daño ambiental

País	Ley	Artículo
Antigua y Barbuda	(Act No. 10 of 2019). Ley de Protección y Gestión Ambiental (2019).	No se encuentra un artículo específico, sin embargo; Artículo 3.- (2) Una persona que (...) ha sufrido pérdida o daños directamente atribuibles a dicha modificación, tiene derecho a una indemnización adecuada de la Corona con respecto a ese gasto, pérdida o daño. Artículo 105.- Dirigir a la persona a remediar de inmediato cualquier condición ambiental o daño a el entorno que muestra la violación o especifica una fecha en la cual se completarán las acciones correctivas; (...).
Argentina	Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente (2002)	Artículo 27. – (...) Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.
Bolivia (Estado plurinacional de)	Le N° 1333, Ley del medio ambiente. (1992)	Artículo 20.- Se consideran actividades y/o factores susceptibles de degradar el medio ambiente; cuando excedan los límites permisibles a establecerse en reglamentación expresa, los que a continuación se

		<p>enumeran: a) Los que contaminan el aire, las aguas en todos sus estados, el suelo y el subsuelo. b) Los que producen alteraciones nocivas de las condiciones hidrológicas, edafológicas, geomorfológicas y climáticas. c) Los que alteran el patrimonio cultural, el paisaje y los bienes colectivos o individuales, protegidos por Ley. d) Los que alteran el patrimonio natural constituido por la diversidad biológica, genética y ecológica, sus interpelaciones y procesos. e) Las acciones directas o indirectas que producen o pueden producir el deterioro ambiental en forma temporal o permanente, incidiendo sobre la salud de la población.</p>
Brasil	<p>LEI N° 6.938, Ley sobre la política nacional del medio ambiente. (1981), modificatoria (2013).</p>	<p>No se encuentra artículo específico, sin embargo; De los Objetivos de la Política Nacional de Medio Ambiente;</p> <p>Artículo 4.- (...) VII - la imposición al contaminador y al depredador de la obligación de recuperar y / o indemnizar daños causados y, para el usuario, la contribución realizada por el uso de recursos ambientales para fines económicos.</p>
Chile	<p>Ley N° 19300, Ley sobre bases generales del</p>	<p>Artículo 2.- Para todos los efectos legales, se entenderá por: e) Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo</p>

	<p>medio ambiente. (1994), modificatoria (2016).</p>	<p>inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes;</p>
Colombia	<p>Ley N°. 99, Ley por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, y se dictan otras disposiciones. (1993), última modificatoria (2016).</p>	<p>Artículo 42.- Tasas retributivas y compensatorias- (...) c) (...) Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes;</p>
Costa Rica	<p>Ley N° 7554, Ley Orgánica del Ambiente. (1995), última modificatoria (2010).</p>	<p>Artículo 2.- Los principios que inspiran esta ley son los siguientes; (...) d) Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes. e) El daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las</p>

		<p>actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.</p>
Cuba	<p>Ley N°. 81, Ley General del Ambiente. (1997).</p>	<p>Capítulo II: Conceptos básicos.</p> <p>Artículo 8.- A efectos de la presente ley se entiende por: (...)</p> <p>Daño ambiental, toda pérdida, disminución, deterioro o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, que se produce contraviniendo una norma o disposición jurídica.</p> <p>Artículo 43.- Cuando se detecten situaciones de peligro o daño al medio ambiente, la autoridad competente podrá disponer, (...) la paralización de procesos o actividades, el decomiso de productos, materiales o sustancias contaminantes y la clausura parcial o total de las instalaciones, así como promover cuantas medidas sean pertinentes para dar solución a las situaciones detectadas, incluyendo la rehabilitación de las condiciones previas al peligro o daño.</p>

Ecuador	Código Orgánico del Ambiente (2018)	<p>No se encuentra artículo específico, sin embargo;</p> <p>Artículo 289.- Determinación del daño ambiental.</p> <p>La Autoridad Ambiental Nacional determinará los lineamientos y criterios para caracterizar, evaluar y valorar el daño ambiental, (...) Entre los criterios básicos para la determinación del daño ambiental, se considerará el estado de conservación de los ecosistemas y su integridad física, la riqueza, sensibilidad y amenaza de las especies, la provisión de servicios ambientales, los riesgos para la salud humana asociados al recurso afectado y los demás que establezca la Autoridad Ambiental Nacional.</p>
El Salvador	Decreto N° 233, Ley del Medio Ambiente. (1998), última modificatoria (2015).	<p>Conceptos y definiciones básicas.</p> <p>Artículo 5.- Para los efectos de esta Ley y su Reglamento, se entenderá por: (...)</p> <p>Daño Ambiental: Toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componentes, en contravención a las normas legales. El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humanos, ecosistema o especies de flora y fauna e irreversible, cuando los efectos que produzca sean irreparables y definitivos.</p>

España	Ley N° 26/2007, Ley de Responsabilidad Medioambiental	<p>Artículo 2. Definiciones</p> <p>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. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I. Los daños a las especies y a los hábitat no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente. (...).</p> <p>2. «Daños»: 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. Quedan incluidos en el concepto de daño aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por los elementos transportados por el aire.</p>
Guatemala	Decreto 68-1986, Ley de protección y mejoramiento del ambiente. (1986).	<p>No existe artículo específico, sin embargo;</p> <p>Título V. Infracciones y sanciones.</p> <p>Artículo 31.- las sanciones son las siguientes: (...)</p>

		<p>f) El establecimiento de multas para restablecer el impacto de los daños causados al ambiente, valorados cada cual en su magnitud; y</p> <p>g) Cualesquiera otras medidas tendientes a corregir y reparar los daños causados y evitar la contaminación de actos perjudiciales al medio ambiente y los recursos naturales.</p>
Haití	Decreto de Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible. (2006).	<p>No existe artículo específico, sin embargo, define:</p> <p>Artículo 2.- En este Decreto, los siguientes términos significan:</p> <p>Contaminante: cualquier descarga sólida, líquida o gaseosa, cualquier desecho, olor, calor, sonido, vibración, radiación o combinación de las mismas, que puedan causar contaminación;</p> <p>Contaminador: cualquier persona física o jurídica que, por un acto o desarrollo de una actividad, causa contaminación de la línea a una modificación directa o indirecta de ambiente.</p>
Honduras	Decreto N° 104-93, Ley General del Ambiente. (1993), última	<p>No existe artículo específico, sin embargo;</p> <p>Artículo 87. Cualquier acción u omisión de la normativa ambiental (...):</p> <p>ch) Suspensión temporal de actividades o instalaciones causantes del daño ambiental; (...)</p>

	<p>modificatoria (2000)</p>	<p>f) Indemnización al Estado o a terceros por los daños y perjuicios ocasionados al ambiente y a los recursos naturales, y;</p>
<p>México</p>	<p>Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. (2013)</p>	<p>Artículo 2.- Para los efectos de esta Ley se estará a las siguientes definiciones, así como aquellas previstas en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, las Leyes ambientales y los tratados internacionales de los que México sea Parte. Se entiende por: (...)</p> <p>III. Daño al ambiente: Pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitats, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan. Para esta definición se estará a lo dispuesto por el artículo 6o. de esta Ley; (...).</p>
<p>Nicaragua</p>	<p>Ley N° 217, Ley General del Ambiente y los recursos naturales. (1996),</p>	<p>Capítulo II. Definiciones (...)</p> <p>Daño Ambiental: Toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componentes.</p>

	última reforma (2008).	
Panamá	Ley N°. 41, Ley General del Ambiente. (1998), última modificatoria (2015).	No precisa artículo específico, sin embargo; Título VIII. De la responsabilidad ambiental Artículo 108.- El que, mediante el uso o aprovechamiento de un recurso o por el ejercicio de una actividad, produzca daño al ambiente o a la salud humana, estará obligado a reparar el daño causado, aplicar las medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes.
Paraguay	No cuenta con ley marco	No se han encontrado disposiciones legales respecto del daño ambiental, salvo como términos complementarios.
Perú	Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (2005), última modificatoria (2008).	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

		<p>actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.</p> <p>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</p>
Portugal	Decreto-Ley N.º 147/2008, Ministerio de Ambiente, Ordenamiento de Territorio y Desarrollo Regional.	<p>Artículo 11.- Definiciones</p> <p>d) "Daño" significa un cambio adverso medible en un recurso natural o un deterioro medible en el servicio de un recurso natural que ocurre directa o indirectamente;</p> <p>e) «Daño medioambiental» significa:</p> <p>i) "Daño causado a especies protegidas y hábitats naturales" significa cualquier daño con efectos adversos significativos en el logro o mantenimiento del estado de conservación favorable de estos hábitats o especies, cuya la evaluación debe basarse en el estado inicial, en términos de Los criterios establecidos en el anexo IV del presente decreto ley, del cual forma parte integral, (...).</p>

		<p>ii) "daño por agua" significa cualquier daño que afecte de manera adversa y significativa, según los términos de la legislación aplicable, estado ecológico o potencial ecológico, y el estado químico y cuantitativo de los cuerpos de agua superficial o subterráneo, es decir, el potencial impacto ecológico de cuerpos de agua artificiales y altamente modificados, (...).</p> <p>iii) "Daño al suelo" significa cualquier contaminación del suelo que crea un riesgo significativo para la salud humana debido a la introducción directa o indirecta en el suelo o su superficie, de sustancias, preparaciones, organismos o microorganismos.</p>
República Dominicana	Ley N° 64, Ley General sobre el Medio Ambiente y Recursos Naturales. (2000), última reforma (2002).	<p>Artículo 16.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...)</p> <p>16) Daño Ambiental: Toda pérdida, disminución, deterioro o perjuicio que se ocasione al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.</p>
Uruguay	Ley N° 17.283, Ley Sobre la Protección del	<p>Artículo 3°. (Deber de las personas).- Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, tienen el deber de abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves del</p>

	Medio Ambiente. (2000).	medio ambiente. (...) se consideran actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en la presente ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el artículo 1°. Asimismo, se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente
Venezuela (República Bolivariana de)	Ley Orgánica del Ambiente. (2006).	Artículo 3.- A los efectos de la presente Ley, se entenderá por: (...) Daño ambiental: Toda alteración que ocasione pérdida, disminución, degradación, deterioro, detrimento, menoscabo o perjuicio al ambiente o a alguno de sus elementos.

Se realizó, un cuadro de característica principal de cada norma jurídica, para establecer una tendencia en cuanto al contenido;

Tabla 2

Principales características de la legislación comparada

País	Año	Característica
Antigua y Barbuda	2019	Indemnización por el daño, obligación de reparación del ambiente, y acciones correctivas.

Argentina	2002	Menoscabo significativo del ambiente (equilibrio ecosistémico).
Bolivia	1992	Degradación del ambiente por exceder los LMPs, no especifica daño ambiental.
Brasil	2013	Indemnizar y/o reparación del ambiente y RRNN.
Chile	2016	Menoscabo significativo del ambiente y sus componentes.
Colombia		Diferencia entre daños sociales y daños al ambiente y sus componentes, RRNN, y equilibrio ecosistémico.
Costa Rica	2010	Remite a normas internacionales y considera que es un daño a las generaciones futuras.
Cuba	1997	Menoscabo significativo, contraviniendo norma jurídica, y reparación ambiental.
Ecuador	2018	Establece criterios para evaluar el daño ambiental; ecosistemas, especies, servicios ecosistémicos y la salud.
Salvador	2015	Deterioro al ambiente y sus componentes, contraviniendo norma jurídica, y como agravante el daño irreparable y la salud.
España	2007	Es un régimen especial para el daño ambiental, establece que los daños son significativos y criterios muy específicos, en cuanto a valoración, reparación in natura, responsabilidad, , y otros, esta ley no es aplicable para los daños particulares (a la salud o el patrimonio).

Guatemala	1986	Valoración del daño por cada cual, en su magnitud, y medida para recuperación y corrección.
Haití	2006	Establece que el sujeto contaminador puede ser directo o indirecto, por la acción de <i>descargar</i> .
Honduras	2000	Indemnización al Estado o los terceros perjudicados por el daño ambiental y RRNN.
México	2013	Menoscabo adverso y medible de; hábitats, ecosistemas, elementos y RRNN, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos y de los servicios ambientales que proporcionan.
Nicaragua	1996	Deterior al ambiente o sus componentes.
Panamá	1998	Reparación del daño y asumir costos.
Paraguay	-	-
Perú	2008	Menoscabo material del ambiente o sus componentes, sin contravenir norma jurídica, puede afectar a la calidad de vida, salud humana o el patrimonio. Asímelos costos de mitigación y reparación
Portugal	2008	Daño adverso medible en un recurso natural o un deterioro medible en el servicio de un recurso natural que ocurre directa o indirectamente, precisa conceptos como daños a especies protegidas y hábitats naturales, al agua y al suelo, desarrolla un régimen de responsabilidad espacial en la Decreto-Lei n.º 13/2016.

República Dominicana	2002	Deterioro del ambiente o sus componentes.
Uruguay	2000	Detrimento significativo del ambiente o sus componentes, por depredación, destrucción o contaminación, contraviniendo norma jurídica.
Venezuela	2006	Menoscabo del ambiente o sus componentes.

3.4.2. El daño ambiental en la legislación comparada de la Comunidad Europea

Consideramos imprescindible traer a colación la legislación comparada de la Comunidad Europea, el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental (2000), sobre el Tratado de la Unión Europea (1992), el cual tiene como objetivo determinar la manera más adecuada de poner el principio de “quien contamina paga” (principio de responsabilidad ambiental, en el Perú) al servicio de la política ambiental comunitaria, respecto del daño ambiental precisa en el artículo 4.2.1. Daños que debe cubrir el régimen:

“Daños tradicionales

Por razones de coherencia es importante abarcar también los daños tradicionales, como los daños a la salud y los daños materiales, cuando sean causados por una actividad definida como peligrosa en el ámbito de aplicación del régimen, pues en muchos casos el mismo incidente provoca daños tradicionales y daños ecológicos. Si el régimen comunitario se aplicara únicamente a los daños ambientales y dejara la

responsabilidad por los daños económicos enteramente en manos de los Estados miembros, podrían darse resultados injustos, como que se pagaran menos indemnizaciones, o ninguna, por los daños a la salud que por los daños causados al entorno por el mismo incidente”

Siguiendo el mismo razonamiento, la regulación comunitaria europea específica, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo la Directiva (2004), que tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad ambiental basado en el principio de “quien contamina paga” (en el Perú, principio de responsabilidad ambiental), para prevenir y reparar daños ambientales, en el considerando cinco indica que respecto de la definición del daño medioambiental, con la finalidad de aplicar correctamente y aplicar el programa presentado por esta directiva; “Cuando el concepto en cuestión se derive de otra legislación comunitaria pertinente, es preciso utilizar la misma definición de forma que puedan seguirse criterios comunes y promoverse una aplicación uniforme”. (2004/35/CE, 2004), está hecha precisión de régimen común, define al daño ambiental;

“1. «daño medioambiental»:

a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, (...) o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de

conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.

b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, (...)

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 debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo;

2. «daños», el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente;» (2004/35/CE, 2004)

Como se puede observar, el desarrollo del término daño ambiental en la Directiva Comunitaria Europea es bastante amplia y detallada -contrario a las regulaciones de Latinoamérica y el Caribe-, abarca componentes específicos como especies y hábitats protegidos (biodiversidad), agua y suelo, además entendiendo al componente aire como un factor del daño, como indica el considerando cuatro; “Por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos.” (2004/35/CE, 2004).

En el considerando 14, de manera muy explícita establece; “La presente Directiva 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” (2004/35/CE, 2004). En este último considerando precisa la diferencia; de que el daño ambiental tiene un tratamiento separado y específico expresamente marcado del daño a las personas o la propiedad privada, lo que ha traído a colación el desarrollo de cierta doctrina especializada, materia del siguiente apartado del presente trabajo.

Las diferentes contextos jurídicos con los que trata la legislación comparada regional y comunitaria, si bien responden a algún sistema jurídico preestablecido, y el hecho de que importarlas significaría el estudio más a profundidad de cada sistema jurídico de responsabilidad ambiental, no obstante, se logra identificar características en común como; el menoscabo significativo, el daño al ambiente o sus componentes, la obligación de reparación, la indemnización, contravención o no de la norma jurídica, un daño intergeneracional como el caso de Costa Rica, y las más importante para el objeto de este estudio, que existen dos vertiente del daño ambiental; el daño al ambiente (componentes, recursos naturales, servicios ecosistémicos y las interrelaciones de éstos), y el daño a la persona o el patrimonio resultado del daño ambiental.

3.3.4. La caracterización del daño ambiental puro

La caracterización del daño ambiental, es un tópico amplio, puede ser tan extenso y diverso como autores sobre la materia existen, por ejemplo Néstor Cafferatta (2007) citado por Peña Chacón (2009);

“la agresión medioambiental puede ser desparramada, difusa, cambiante, traslaticia, nómada, itinerante, difícilmente contenible, viajera, mutante, desconcertante, sin límites geográficos, temporales, ni personales, potencialmente expansiva, multiplicadora, en ocasiones con efectos retardatorio, progresivo, acumulativo, sinérgico, invisible, silencioso, mortal o altamente riesgoso, explosivo o tóxico, degradante, capaz de provocar en su camino o desarrollo múltiples daños, supraindividuales y/o individuales, de afectación patrimonial o extrapatrimonial en derechos de la salud o en derechos personalísimos y/o coparticipados, insignificantes o pequeños hasta verdaderos desastres o estragos de efectos impredecibles”. (Pág. 6).

Néstor Cafferatta (2004) citando Mosset Iturraspe (1996) ha expresado con razón que;

“el daño ambiental, no es un daño común, por su difícil, compleja, o ardua comprobación, atendiendo a las circunstancias que, en muchas ocasiones, es despersonalizado o anónimo; suele ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas. Al mismo tiempo que alcanza a un número elevado de víctimas, un barrio, una región, puede ser cierto y grave para el ambiente o alguno de sus componentes, pero ser considerado despreciable o sin relevancia o significación, o no tenerlo en la actualidad, respecto de las personas individualmente consideradas.” (‘Pág. 63).

Posterior a la revisión sistemática de las múltiples caracterizaciones del daño ambiental en sentido amplio o general (daño ambiental puro + daño ambiental por influjo) las que califican como; irreversible, irreparable acumulable, difuso, colectivo, personal, impersonal, atemporal, incierto, expansivo, intolerable, pluriofensivo, anónimo, culposo, doloso, concentrado, diseminado, permanente, progresivo, biofísico, social, patrimonial, no patrimonial, moral, público, privado, colectivo, individual, silencioso, de saturación, y las que deriven de cualquier abstracción medianamente rigurosa realizada por cada autor en particular, como hemos venido sosteniendo y siguiendo el correlato de la doctrina nacional e internacional especializada, el daño ambiental puro es el que detenta mayor acuse del derecho ya que antecede a los daños personales y es el eje en el que recae todo el sistema jurídico ambiental nacional e internacional, entendiendo que el suceso de una daño ambiental, es el evento a evitar por su amplio espectro de influencia negativo y resultados irreversibles.

En ese sentido, la caracterización debe realizarse desde una concepción antropocentrista y biocentrista en tenor del artículo 2 numeral 22 de la Constitución Política del Perú que toda persona tiene derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, dicho derecho importa la facultad de las personas de poder disfrutar de un ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica; y, que de darse la intervención antrópica no suponga la alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del ambiente (Carhuatocto H. , 2018, pág. 208), y en los artículos 67, 68 y 69 que refiere al aprovechamiento sostenible y conservación de la diversidad biológica, y desarrollo sostenible de la amazonia, ya que el daño ambiental puro es la figura jurídica que transgrede directamente a al bloque constitucional ambiental peruano.

Teniendo en cuenta que la doctrina nacional e internacional ha caracterizado al daño ambiental desde un enfoque general, es decir, daño ambiental puro y daño ambiental por influjo como un conjunto, incluso integrando figuras como riesgo y características multidisciplinarias como la planteada por Vásquez García (2004, pág. 631) que caracteriza como; irreversible, acumulable, difuso, consecuencia de procesos tecnológicos -esta desde un enfoque sociológico-, y carece de espacialidad determinada, y presenta en dos ámbitos al afectar los derechos subjetivos de individuos determinados y el interés común de la sociedad, que a efectos jurídicos representa un margen muy amplio delimitación, un tópico jurídico indeterminado y falta de precisión, desacopla el puente entre los hechos y la puesta en marcha del sistema jurídico.

Ante esta caracterización masiva, Gonzáles Márquez (2003) a modo de conclusión expresa;

“La solución al paradigma de la reparación del daño ambiental amerita también la caracterización, por parte del ordenamiento jurídico, de la figura del daño ambiental como una institución diferente a la del daño civil. Para tales efectos, la legislación ambiental debe definir claramente lo que se entiende por daño ambiental distinguiéndolo de los daños civiles que por influjo de aquél, pueden trasladarse a las personas o sus patrimonios.” (Pág. 112).

Entonces, desde un enfoque antropocéntrico moderado, y tomando en cuenta al daño ambiental puro -por todo lo expuesto anteriormente-, separado de la afectación de la esfera jurídica personal o de figuras similares y conexas, y bajo el fundamento principal de que la tutela efectiva del ambiente debe entonces abarcar la protección de “los componentes (...)

aun cuando no se hubiere causado un daño directo a las personas, pues, todos los componentes tienen un valor intrínseco y, en última instancia, todo daño causado a la Naturaleza repercute en la calidad de vida de los humanos” (Andaluz C. , 2013, pág. 691), con mayor autoridad entonces daño ambiental, en ese contexto proponemos cuatro características con trascendencia jurídica sobre al daño ambiental puro.

3.4.3.1 Difuso

El Tribunal Constitucional reconoce que es indefectible entender de que “en los tiempos actuales (...) derechos como el medio ambiente, de los consumidores, culturales, etc., difieren del resto, precisamente por admitir una titularidad difusa, supraindividual o extendida en tanto que no perteneces a nadie en exclusiva, pero si a todos en general” (STC N°. 064611-2007-PA/TC, Fund.22). El daño ambiental puro principalmente es difuso, “tanto por la forma como se exterioriza, como por la forma como se determina; no tiene víctima concreta” (Guaranda, 2010, pág. 42), y posee un carácter “supraindividual cuando el daño al ambiente afecta una pluralidad indeterminada de individuos” (Andaluz C. , 2013, pág. 700), pero si a todos en general, no entendido este último como un daño a un colectivo, ya que este es la suma de individualidades determinadas como por ejemplo las comunidades nativas, sino porque es un daño social que se traduce en las bases fácticas de su propio sustento y la afectación se dispersa en un incuantificable de personas en algún modo y momento, como señala Fernando De Trazegnies (2016) “los bienes ecológicos (...) no pertenecen a las personas individualmente consideradas; si a una o alguna de ellas, ni aún a todas juntas consideradas como una suma. La preservación del ambiente es una finalidad de la sociedad” (Pág. 348), situación que lo convierte en un daño de carácter público alejado de toda individualidad, en esta idea recae lo supraindividual o difuso del daño ambiental puro.

Además, no se van a conocer los daños ocasionados con exactitud, sino se evaluará un daño estimable, muy por debajo -en la mayoría de los casos- del total de los efectos, en el daño ambiental puro el interés jurídico de protección se encuadra en la esfera de lo social, que acredita el “intereses 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, histórico o del consumidor” (Andaluz C. , 2013, pág. 694), y debe ser reconocido según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional;

“Los *intereses difusos* son aquellos que están referidos no al sujeto como individuo, sino como miembros de un conglomerado maso o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes. Los miembros de ese conglomerado son indeterminables o de muy difícil determinación, pero se encuentran ligados por situaciones de hecho. Por esto en estos casos la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona, (...). Son ejemplos de esa clase de intereses los casos de contaminación ambiental (...).

Los *intereses colectivos* atienden a colectividades o grupos limitados, o circunscritos, cuyos miembros suelen ser fácilmente determinables (...). En estos casos puede interponer la demanda cualquier persona integrante de ese grupo (...).” (STC N°. 064611-2007-PA/TC, Fund.23).

El Estado debe garantizar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, por tanto, el daño ambiental a un río o un bosque interesa a todo el aparato Estatal ya que está obligado a garantizar su calidad. Consideramos, pues, que la titularidad del Estado en tomar las acciones correspondientes dentro del Estado democrático del derecho es una obligación

intrínseca como señala el Tribunal Constitucional (STC 0048-2014-PI/TC)²³; que el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado se preserve es responsabilidad ineludible del Estado, y obligación para toda la sociedad (derecho y obligación), por tanto la legitimidad activa amplia guarda estricta correlación con este carácter difuso del daño ambiental puro.

3.4.3.2. Significativo.

El daño ambiental, para ser tal, debe ser objetivo, material e indudablemente concreto con carácter irrefutablemente significativo, todo esto entendido, como la independización de toda concepción preventiva que reviste al sistema jurídico ambiental basado en el principio preventivo y precautorio ambiental, debiendo centrarse en el principio de responsabilidad ambiental *-ex post-*, ya que daño ambiental como tal, se concretiza una vez acontecido y no por acontecer.

Néstor Cafferatta (2004) parafraseando a Thomas Hutchinson (1999), señala al complementar su definición de daño ambiental de incidencia colectiva (ambiental puro), lo siguiente;

“Para ser relevante el daño ecológico ha de tener una cierta gravedad. Si el daño es insignificante o tolerable de acuerdo con las condiciones del lugar, no surgirá la responsabilidad, y por lo tanto, no estaremos en rigor ante un daño ecológico resarcible (...). La tolerabilidad excluye la ilicitud y no surge, por tanto, la

²³ Caso: Reserva Natural Regional Cordillera Escalera: José Miguel Morales (en representación de cinco mil ciudadanos) vs. Congreso de la República Peruana.

responsabilidad por daño ecológico (así como tampoco la responsabilidad estatal por daño ambiental). En conclusión: debemos decir que el daño colectivo ambiental o ecológico ocurre cuando el ambiente aparece degradado más allá de lo tolerable, producto de la acción u omisión de uno o más sujetos”

El legislador no ha introducido en forma expresa el criterio o presupuesto de afectación significativa al ambiente, o producto de un impacto grave o considerable al ambiente o deterioro grave o considerable, es decir, que la alteración debe ser relevante, significativa, o que supere los Límites Máximos Permisibles en materia de contaminación. (Rivera, 2016, pág. 88), solo se ha limitado a establecer como presupuesto; “menoscabo material”, “que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

Respecto de esta conceptualización general, que elude un criterio de “afectación significativa”, consideramos además, no puede ser asumida únicamente por el derecho, ni tampoco puede basarse en una presunción categórica por más bien diseñada que esté instrumento, entendiéndose que los Estándares de Calidad Ambiental o Límites Máximos Permisibles los cuales son eminentemente preventivos, son herramientas que establecen un límite de la administración para mantener a raya (control del riesgo) las actividades que potencialmente pueden causar un daño ambiental, y precisando una cuestión fáctica muy relevante; que no todos los ecosistemas son idénticos (Andaluz C. , 2013), y que en el Perú existen “11 ecorregiones, 28 de los 32 tipos de clima y 84 de las 117 zonas de vida del mundo.” (Política Nacional del Ambiente, 2010) y dichas herramientas técnico-jurídicas aún están en desarrollo.

Esta afectación significativa es una de las barreras más complicadas de superar para el derecho, tras lo cual Ramírez Torres (2018), precisa que esta discusión sobre el daño ambiental “es fundamentalmente técnica y científica. Esto se debe a que la existencia de un daño ambiental requiere de una probanza y de un análisis técnico específico que solo puede realizarse en cada caso concreto” (Pag. 12), a lo cual denomina “la magnitud requerida de la afectación”, responde a cada caso en concreto y con la asistencia de otras disciplinas científicas con medios y herramientas especializadas que superan la mecánica del derecho, por tanto “fijar el criterio de identificación de daños ambientales es una cuestión técnica, que no permite establecer un concepto omnicompreensivo, general y abstracto de daño ambiental” (Ramirez, 2018, pág. 12), como lo pretendido por el artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente.

De la Puente Brunke (2011), considera de que el daño ambiental puede o no ser conocido en ese momento y adaptado por la administración dentro de un contexto de tipificación de infracciones, y el diseño de una infracción genérica como; “por causal daño ambiental”, nos llevaría de regreso al mismo punto de partida de la discusión, por tanto el derecho no se abasteca para dar la abstracción suficiente y debe recurrir a otras disciplinas científicas (ciencias naturales), para poder determinar el daño ambiental en cada caso en concreto, en síntesis determinar el daño ambiental por las propias características del componente ambiente en interacción con el acto generador del daño ambiental, y si esa afectación puede ser recuperable o no (capacidad de resiliencia), siendo de otra manera, estaríamos ante una figura diferente del daño ambiental.

Néstor Cafferata (2004, pág. 57) citando a Ricardo Lorenzetti (1998), indica que en términos jurídicos, para que exista un alteración lesiva relevante para el ambiente, deben coexistir dos criterios básicos; una desorganización de las leyes de la naturaleza (equilibrio) y que esa modificación sustancial del principio organizativo repercuta en aquellos presupuestos para el desarrollo de la vida, ya podrían ser presupuestos para el daño puro en su dimensión significativa.

Entonces es posible trazar con nitidez ¿Cuándo existe un daño ambiental?, consideramos que el derecho debe recurrir a otras disciplinas para determinar por cada caso en concreto si existe un daño ambiental, proceso que sería en sí costoso, pero estaría dentro del principio de internalización de costos, y debe ser asumido por el generador del riesgo ambiental y quien percibe beneficio la actividad como señala la teoría de los “daños intolerables” (De Trazegnies F. , 2016, pág. 317) que da origen a la responsabilidad objetiva en general y la ambiental.

3.4.3.3. Intergeneracional

Por último, el daño ambiental puro tiene estricta relación con el concepto de desarrollo sostenible y el principio de equidad intergeneracional, un daño ambiental, por ejemplo: la extinción de una especie endémica CITES²⁴, que acarrea la imposibilidad de acceso y disfrute de las generaciones futuras de ejercer sus derechos ambientales respecto de esa especie dañada y con ellos su función ecosistémica y disminución en los servicios ambientales de éstos. Más aún en las denominadas catástrofes ambientales, es decir, un

²⁴ Especies protegidas por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

conjunto de daños ambientales diversos que son presupuesto de los diversos daños por influjo ambiental, en las cuales existe a la disminución de todo tipo de derechos presentes que repercuten en el nivel de disfrute *per cápita* de las generaciones futuras.

Si el derecho a un ambiente equilibrado ya adecuado es el derecho intergeneracional por antonomasia (STC N.º 0030-2010-PI/TC, Fund.26), podemos afirmar que el daño ambiental puro es un daño intergeneracional, la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (2020), resuelve con fecha 17 de junio del año 2017, el Caso sobre la situación en la República Democrática del Congo: Fiscal vs. Germain Katanga²⁵, en el contexto de los ataques de tropas por parte del criminal de guerra Germain Katanga contra una aldea de Bogoro en el año 2003, sobre diversos crímenes entre ellos los actos de violación sexual masiva y violenta infringidos, el colegiado utiliza el término *Transgenerational Harm* (daño transgeneracional) bajo un sustento del perito técnico indicando sobre que “las víctimas reaccionan al estrés produciendo hormonas que tienen impacto negativo en el desarrollo del feto. Posible modificación genética también fue discutida. Por lo tanto, el testigo experto confirmó la existencia de una transmisión intergeneracional del trauma” (Pág. 26).

Esta transmisión intergeneracional del trauma fue ratificada por el experto designado por el representante legal del acusado, ya que causan “efectos duraderos sobre la estructura y el funcionamiento del cerebro que resulta en dificultades cognitivas, emocionales y de comportamiento, da como resultado diversos problemas de salud, trastornos mentales y

²⁵International Criminal Court, situation in the Democratic Republic of the Congo in The Case of the Prosecutor v. Germain Katanga.

cambios duraderos en el sistema nervioso” (Pág. 26), aunque intentaron cuestionar el muestreo y el nexo causal sin mayores resultados.

Anteriormente fijada la reparación por todos los daños en general causados por los crímenes de guerra que superaban los 3 752 620 dólares. La reparación fijada fue por el aumento de un millón de dólares para el conjunto de acciones solo para la reparación del daño transgeneracional, más una reparación simbólica de 250 dólares a las 197 víctimas identificadas, reparación asumida por el Fondo Fiduciario en Beneficio de las de Víctimas²⁶, ya que Germain Katanga declarado condenado a 12 años de cárcel y en banca rota, pero sin exoneración de pagos.

El Fondo Fiduciario en Beneficio de las de Víctimas (2019), órgano nacido en sede de la Corte Penal Internacional, pero con autonomía, ya ha ido acuñando el uso del término “*intergenerational responses*” (Pág. 15), la misma Corte Penal Internacional (2020, pág. 12) en otro caso similares de crímenes de guerra ha adoptado el término “*Intergenerational Harms*” daños intergeneracionales como el de la situación de la República Democrática del Congo: Caso del Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo del año 2016.

Los daños intergeneracionales aún están en una etapa de desarrollo primigenia, una característica del bien jurídico ambiente tan enunciada y que es patente de curso en el derecho ambiental es su importancia para las futuras generaciones, la estrecha vinculación teórica de la transmisión intergeneracional de los traumas en el caso citado, podría mostrar elementos útiles para delimitar la figura del del daño ambiental puro, los daños ambientales

²⁶ Coalición for the International Criminal Court

puros desde un punto de vista técnico necesitan de una pericia técnica y jurídicamente no se puede alejar del principio de sostenibilidad o el Principio de Equidad intergeneracional, este último aplicado por el Tribunal Construccional peruano mediante Sentencia; “considera de vital importancia la aplicación de normas internacionales y nacionales, (...) Ello en aplicación del llamado Principio de Equidad Intergeneracional, expresamente reconocido en la Cumbre de La Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992.” (STC N°. 01757-2007-AA, fund. 26).

Las características señaladas en este capítulo se han basado en las calificaciones ya propuestas por la doctrina especializada y sobre la revisión de la legislación comparada, además de realizar la caracterización del fenómeno daño ambiental propiamente dicho desde un enfoque del derecho ambiental en estricto.

Cabe aclarar que el daño ambiental posee una condición *-ex post-* cuando supera el bloque jurídico basado en la prevención como las normas administrativas o penales, consideramos también excluir de la figura del daño ambiental cualquier otra concepción como el riesgo, ya sea inminente, daño potencial o sobreviniente, o de los “daños futuros” los cuales (en todo caso) se deben anclar a un daño cierto que genere certeza de daños futuros y la reparación está anclada a la persona que sufre el daño cierto (De Trazegnies F. , 2016) ya que de lo contrario, éstas últimas figuras estarían dentro desde la función preventiva del sistema jurídico ambiental.

En síntesis y habiendo recalcado esta precisión, el daño ambiental como todos los daños deben ser verificables, ciertos, “materiales” como señala el artículo 142.1 de la Ley General

del Ambiente, de tal forma que la función preventiva *-ex ante-* no desvirtúe o la transforme en el “cajón de sastre” conceptual a la figura del daño ambiental, pero limitada en la aplicación, no constituye óbice para obviar el principio de prevención que irradia todo el sistema jurídico ambiental, ya que en la reparación del daño ambiental no limita o exime imponer medidas de prevención o corrección, lo importante es, consideramos, circunscribir teóricamente la figura del daño ambiental puro para un futuro tratamiento jurídico efectivo, es decir eficaz y eficiente.

3.5. El daño ambiental en la Ley General del Ambiente

El Código del Medio Ambiente y Los Recursos Naturales, aprobado por Decreto Legislativo N° 613 en el año 1990, “recogía la necesidad de implementar Instrumentos de Gestión Ambiental antes de iniciar actividades productivas a efectos de eliminar, prevenir, mitigar y eventualmente indemnizar a las personas que se podían afectar con el desarrollo de la misma” (Carhuatocto S. , 2018, pág. 26), en el artículo 119, referente a la contaminación ambiental, prescribe;

“El que contraviniendo las leyes, reglamentos o disposiciones establecidas por la autoridad competente y con ocasión del funcionamiento de una industria o cualquier otra actividad, provoque o realice descargas, emanaciones, filtraciones o vertimientos contaminantes en la atmósfera, suelo, subsuelo o aguas que puedan causar perjuicios o alteraciones graves en la flora o fauna, los recursos hidrobiológicos o el ambiente en general, será reprimido con pena de prisión no mayor de tres años y multa de la renta de 500 a 750 días.”

Dentro de las agravantes de las penas se configuran; cuando la actividad funciona clandestinamente, si se pone en grave la salud pública y principalmente el literal b);

“Si los estudios o informes técnicos concluyen que se produjo efectivamente un grave perjuicio en la flora o fauna, los recursos hidrobiológicos o el ambiente en general. (...) En estos últimos casos, el Juez ordenará la clausura temporal o definitiva del establecimiento.”

Este artículo tiene como presupuesto la antijuricidad, y la utilización del término “grave perjuicio en (...) el ambiente en general”, nos conduce a un daño ambiental puro, y este grave perjuicio está dentro de la característica de daño significativo acarrea responsabilidad penal, además y siguiendo la tesis de la “magnitud requerida de la afectación” (Ramirez, 2018), la cual nos remite al término “estudios o informes técnicos” empleado por esta ley, como presupuesto específico, este artículo desarrollaba de manera más específica el daño ambiental puro y sus consecuencias jurídicas.

Se evidencia que el sustento técnico del daño ambiental no es un mero capricho teórico o doctrinal de este trabajo, por el contrario, encuentra un antecedente normativo directo al haber sido implementado por la norma ambiental que regía el sistema jurídico ambiental, actualmente derogada. A efectos de hacer la precisión que el término adecuado, siguiendo el orden del presente trabajo, sería “daño grave o significativo” en lugar de “prejuicio”. Solo cabría precisar la crítica sobre la omisión de esta norma al no consignar la responsabilidad de reparación seguida del daño por contaminación expresamente, que consideramos una característica indivisible.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, se contempló la obligación de reparación en los lineamientos de la política ambiental;

“6. Efectuar las acciones de control de la contaminación ambiental, debiendo ser realizadas, principalmente, en las fuentes emisoras. Los costos de la prevención, vigilancia recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio.

7. La rehabilitación de las zonas que resulten perjudicadas como consecuencia de actividades humanas para ser destinadas al bienestar de las poblaciones afectadas.”

El Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales sufrió en gran parte de su cuerpo legal las modificatorias planteadas por el Decreto Legislativo N° 757 del año 1991 que aprueba la Ley Marco para la Inversión Privada, la cual en el artículo 50 prescribía; “las autoridades sectoriales competentes para conocer sobre los asuntos relacionados con la aplicación de las disposiciones del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales son los Ministerios o los organismos fiscalizadores, según sea el caso, de los sectores correspondientes a las actividades que desarrollan las empresas” y en la Novena Disposición Complementaria;

“**NOVENA.-** Toda mención hecha en el Decreto Legislativo N° 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, a “autoridades”, “autoridad competente” o “autoridad ambiental” se entenderá referida a la autoridad sectorial competente, es decir, al Ministerio de Sector correspondiente a la actividad que se desarrolla. Asimismo, toda prohibición hecha en dicha norma legal de contaminar el medio ambiente, se entenderá referida a la que exceda los niveles tolerables de

contaminación establecidos para cada efluente por la autoridad sectorial competente,
tomando en consideración la degradación acumulativa.”

Todo esto generó “una suerte de proceso de hipersectorialización normativa, en donde cada sector desarrollaba sus propios instrumentos y mecanismos institucionales, (...) en caso paralelo se fueron desarrollando normas orientadas a una integración transectorial” (Foy P., 2018, pág. 68) entendiendo que los Ministerios eran juez y parte de éstos instrumentos de gestión ambiental, y a afectos del artículo en comentario; se afirma que todo el capítulo referente a Delitos y Penas del Código del Medio Ambiente fue derogado, siendo así una concepción estéril, sin llegar más allá que recoger la voluntad del legislador pero sin surtir algún efecto relevante la aplicación. Con este capítulo fue derogada la justificación técnica necesaria del daño ambiental.

La ley vigente, la Ley General del Ambiente, en el artículo 142, respecto del daño ambiental prescribe;

“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”.

La Ley General del Ambiente rige el sistema jurídico ambiental en el Perú, es transversal al derecho administrativo, civil y penal principalmente, y este artículo concebido en el seno de esta ley especial, en su diseño ha tomado figuras como la responsabilidad objetiva, que en materia ambiental son concurrentes desde los primeros tratados internacionales.

Según el artículo citado, el daño ambiental acarrea responsabilidad objetiva, esta encuentra su origen en a la responsabilidad objetiva de la responsabilidad civil extracontractual, en figuras como la culpa *iuris et de iure* o la culpa objetiva, y más precisamente en la responsabilidad por creación de los “daños intolerables” (De Trazegnies F. , 2016, pág. 317) , los cuales deben ser asumidos por quien genera y obtiene un provecho económico a raíz de éste riesgo creado (Andaluz C. , 2013, pág. 705).

Sin embargo, es menester señalar que la sola subsunción a la teoría del riesgo creado y del riesgo provecho no si bien pueden encajar tranquilamente a fin de sustentar la responsabilidad objetiva ambiental, no es suficiente, es preciso reconocer que el aprovechamiento del riesgo creado y riesgo provecho no es exclusividad del que pone en ejecución una actividad riesgosa o usa un bien riesgoso, aunque si es la parte que obtiene mayor beneficio, sino es la sociedad quien también se beneficia de este riesgo creado (De Trazegnies F. , 2016, pág. 505)., por esa razón es permitido por el ordenamiento jurídico, sin embargo, existen niveles de riesgo y prohibiciones expresas (*specific deterrence*), a través de la regulación (administrativa habitualmente) con objetivos más exquisita cuando estamos

ante daños por contaminación -continua el autor-, son o deberían considerarse daños intolerables que tiene como característica ser difusos, acumulativos y de interés social, diferenciándose de los daños comunes o accidentales, los cuales, la sociedad los permite bajo ciertos presupuestos ya que percibe cierto beneficio a cambio de esta cuota de daños más baja, ya sea para el desarrollo u otras finalidades de la sociedad, ante esta pugna entre daños y beneficios, los daños intolerables que desarrolla De Trazegnies, sacuden la base de su estructura afectando múltiples derechos fundamentales, por tanto, existe una gran diferencia entre los accidentes rutinarios -automovilísticos por ejemplo-, que pueden ser dispersos por la sociedad a base de sistemas de seguros y los daños intolerables como el daño ambiental que suponen grave afectación de un cúmulo de derechos fundamentales, por tanto demandan un mayor esfuerzo de regulación con la finalidad de evitarlos toda costo social.

Ante estos daños intolerables, De Trazegnies (2016) considera que el *general deterrence* y el *specific deterrence* son necesarias para la regulación de éstas conductas, el primero consiste en que cada actividad dañina tiene un costo para su autor en términos de responsabilidades que origina, esto se condice con el principio de internalización de costos del derecho ambiental, y el segundo que ya no se basa en un cálculo individual o de mercado sino en un aproximación más social, el bloque administrativo ambiental eminentemente preventivo, aquí se decide subordinar ciertas conductas a un control previo y fiscalización, u finalmente la responsabilidad penal.

Siguiendo esta terminología anglosajona, De Trazegnies (2016), desarrolla; existen las *upfront regulation* (que previenen las cusas) y las *outcome regulation* (que sancionan los efectos), ambas con fortalezas y debilidades, pero deben subsistir paralelamente ante los

daños intolerables (daños ambientales) ya que la responsabilidad extracontractual “es esencialmente intersticial y terapéutico: solo actúa en las situaciones que se evadieron a la reglamentación administrativa (...) como remedio que repara a la víctima pero no eliminaremos los sufrimientos de la enfermedad, en cambio el *upfront regulation* su equivalente a la medicina preventiva” (Pág. 479) ante la ocurrencia del daño ambiental, debe existir un *outcome regulation*, o un régimen de responsabilidad más específico, si bien en el Perú el bloque administrativo preventivo ha tenido un mayor desarrollo éstos últimos años, la responsabilidad por daños ambientales, solo nos conduce a la Ley General del Ambiente, pero esta es muy general y limitada a la vez en cuanto a presupuestos y consecuencias ante un daño ambiental puro, situación que ya ha sido superada en muchos países de la región, estableciendo leyes especiales en cuanto un daño ambiental ya sucedió y dicta las pautas precisas para su tratamiento ante ocurrencia del daño ambiental.

Del artículo en comento, “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”, la responsabilidad objetiva a causa de “uso o aprovechamiento” en el ejercicio de cualquier actividad, y como resultado puede producir un “daño al ambiente”, a “la calidad de vida, a la salud humana o el patrimonio”, podemos determinar que la primera parte del artículo es una “definición general del daño ambiental”, como hemos desarrollado, en la cual se integra el daño ambiental puro (ambiente) y el daño ambiental por influjo (persona y patrimonio).

En la segunda parte de artículo 142.1, en lo que vendría a ser la consecuencia jurídica del daño ambiental, establece la obligación de asumir los costos 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.”, nos remite a la obligación de asumir los costos de las medidas de prevención y mitigación del daño, entendemos que la prevención estaría enfocada a que el hecho dañoso no se realizase, no vuelva a ocurrir o no se causen más daños a raíz de éste, y en cuanto a la mitigación se entiendo como la disminución o aplacar los efectos del daño, no obstante no se precisa que exista una reparación al bien jurídico protegido ambiente como bien común, o la indemnización en caso de los daños ambientales por influjo en la esfera jurídica privada.

No obstante, de la omisión, se recurre a los principios de la responsabilidad ambiental;

“Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.”

Además de consignar en artículo 147 de la misma ley, prescribe;

“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 una interpretación sistemática o integración de la norma se subsana y con efectos para la aplicación en todas las vertientes procesales, administrativa y civil principalmente, la necesidad de reparación o restauración *in natura*, siendo inexcusable las medidas de reparación, restauración o rehabilitación del ambiente y sus componentes, de no ser posible éstas se exige una compensación en términos ambientales de ser el caso, y la indemnización se entiende para los daños a la salud y el patrimonio de haber concurrido.

En el inciso 142.2 del artículo en mención, hace referencia al daño ambiental puro, ya que centra al “ambiente o alguno de sus componentes”, en estricto como objeto del daño, y no a la persona, y exige un “menoscabo material” de este, consideramos que esta precisión es acertada pero no indica la magnitud para entender al daño ambiental como un daños significativo, más aún si para establecer este daño se necesita participación de otros campos del conocimiento y no solo de un razonamiento jurídico.

En sede administrativa, esta situación que ha llevado a creación de figuras como el “daño potencial” por parte del Tribunal de Fiscalización Ambiental, en adelante TAF, del OEFA, mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA del caso NYRSTAR ANCASH S.A., bajo el sustento; “Este Tribunal considera que el pronunciamiento emitido a través de la presente

Resolución contiene y desarrolla criterios de importancia en materia de competencia del OEFA” (fund. 65), considerando lo siguiente;

“60. Por ello, si una empresa excede los LMP, causa o puede causar un daño que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142 de la Ley N° 28611 desarrollada en los considerandos 53 al 59 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que, los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales.

61. De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EMNMM, referida a la generación de daño al ambiente.”

Por el contrario, esta Resolución Ministerial N° 353-2000-EMNMM, que aprobaba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias del año 2000, establecía;

“3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente

de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción.”

El párrafo 3.2. prescribe que, incurriendo en alguna infracción, se suscita el daño ambiental -quiere decir que, es un elemento agravante de la infracción-, por tanto, debería ser acreditado, y prescribe además una obligación de reparación de daño (sin excepción), no obstante, y como advierte De la Puente (2014); “olvidan que la infracción descrita en el 3.2 exige también la imposición de una medida de restauración del daño. Pero, como es lógico, la medida no puede ser impuesta porque no existe ningún daño que reparar.” (Pág. 175), y, por otro lado, sería inútil la diferenciación o la graduación de infracciones que causan y otras que no causan daño ambiental, si en última instancia el razonamiento jurídico final, será que todas causan daño potencial, de la misma forma para calificar un agravante, en todos los casos correspondería una conducta agravante por encima ya del riesgo calculado en la conducta infractora base, la contravención de normas administrativas traería la presunción de que exista daño ambiental en instancia posterior o futura, en todos los casos.

Por otro lado, la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, mediante la cual prueban Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA aún vigente, establece en el artículo 4 lo siguiente;

“Artículo 3°. - Infracción administrativa leve

Constituye infracción administrativa leve el exceso hasta en 10% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de

parámetros que no califican como de mayor riesgo ambiental. Esta infracción será sancionada con una multa de tres (3) hasta trescientas (300) Unidades Impositivas Tributarias.”

Bajo el razonamiento del Tribunal de Fiscalización del OEFA, esta infracción administrativa leve excede el LMP, la afectación material se configura con el mismo exceso, por tanto, estaríamos dentro de un daño potencial por considerarse un hecho o circunstancia con aptitud suficiente de ocurrencia de un daño ambiental que su vez es una infracción leve, pero contradictoriamente en su graduación regresa a tener la condición de agravante, es decir un riesgo como fuente del daño ambiental, pero no el daño como tal sino un evento hipotético.

De la Puente Brunke (2014), señala que si bien el término daño potencial puede entenderse como la probabilidad de un daño; “de ningún modo puede afirmarse jurídicamente que es un tipo de daño. La razón es muy simple: para que sea un tipo de daño, antes debe ser un daño. (Pág. 178), razón por la cual, la creación de figuras que pertenecen al régimen del riesgo por daño ambiental y se considere un tipo de daño ambiental puro, por la mera posibilidad de serlo, no está dentro del carácter significativo del daño ambiental, por no ser cierto, más aún consecuencia como que el daño ambiental se concrete a nivel de razonamiento jurídico mas no sea un daño material evidenciado, por no ser significativo.

El artículo 142 adolece de ser mas preciso en cuanto al daño ambiental como un acto que requiere una magnitud o un nivel significativo, para calificar como tal, se evitaría así que el daño ambiental se sustente en figuras de riesgo que podrían perfeccionar su regulación dentro de tal categoría.

En sede civil, el daño se entiende como un daño cierto, según el artículo 196, carga de la prueba, “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.”, no obstante, el Tratado de Escazú en el artículo 8, impone medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales; “e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba”, quiere decir, que sería la parte demandada quien debe probar que no existe un daño ambiental significativo. En todo momento el daño tendrá que ser cierto, real, significativo.

En sede penal, existe el Informe Fundamentado, regulado por el Decreto Supremo N° 007-2017-MINAM, el cual establece que;

“2.1. El informe fundamentado es un documento elaborado en cumplimiento de la Ley General del Ambiente, que constituye una prueba documental relacionada a la posible comisión de delitos de contaminación, contra los recursos naturales y de responsabilidad funcional e información falsa tipificados en el Título XIII del Código Penal.

2.2. El informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El Fiscal puede formular su requerimiento Fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatoria para la autoridad responsable de su elaboración la emisión del mismo, bajo responsabilidad.”

Este Informe Fundamentado se entendería justifica el carácter significativo del daño ambiental, sin embargo, no es obligatorio, sino una potestad del Ministerio Público exigirlo,

En sede constitucional, en el proceso de amparo, abarca entonces el daño como tal que ocasiona violación del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y también el riesgo de suscitarse el daño y se viole este derecho, conforme al artículo 2 referido a la procedencia; “Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización.”, si el acto lesivo es el presupuesto principal para la procedencia del proceso de amparo, Eto Cruz (2013) precisa que el acto lesivo tiene un contenido material y otro jurídico que deben ser analizados conjuntamente., “El contenido «material» se encuentra constituido por tres elementos: a) el sujeto activo (que lleva a cabo el acto lesivo), b) el sujeto pasivo (que se ve perjudicado en sus derechos por el acto lesivo), y c) la acción u omisión concreta.” (Pág. 149-150), y “la determinación del contenido «jurídico» del acto lesivo implica una valoración sobre la afectación producida, pues esta debe estar relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental”, (Pág. 150).

Entonces se debe establecer claramente la relación material entre el causante del daño ambiental puro, cierto, real verificable, y el sujeto quien sufre la violación al derecho constitucional, que en este caso es de naturaleza difusa o indeterminable, posteriormente la acción u omisión que establece el nexo causal. Y finalmente si esta relación material afecta el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

Conforme al artículo 9 del Código Procesal Constitucional, en el proceso de amparo no existe actuación probatoria;

“En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.”

Lo que conlleva a una suerte de exigencia por parte del demandante a sustentar de manera adecuada el daño cierto, sin necesidad de actuación probatoria, o en su defecto, motivar la Juez la realización de la actuación probatoria, en mérito al bagaje de derechos fundamentales que son trasgredidos a raíz del daño ambiental puro

Respecto de la antijuricidad o contravención de la norma, existe una marcada división por parte de la doctrina nacional, al sostener que se crea incertidumbre o inseguridad jurídica, ya que se han ocasionado daños precedentes a la entrada en vigencia de la norma, inclusive recientemente y “no son imputables o responsabilizarles a quienes lo cometieron, pues no estaban impedidos por las disposiciones jurídicas de ese entonces. ¿Hubo daños? Fenoménicamente sí, jurídicamente no y por ende no habría responsabilidad por los mismos.” (Foy P. , 2018, pág. 724), recaeríamos en un presupuesto que no se adapta a la realidad, ya que los daños ambientales son dependientes de las ciencias naturales para su identificación, por tanto, el derecho debe prever esta realidad, en ese sentido que los daños ambientales afectan múltiples derechos fundamentales e intergeneracionales que si se realiza un test de proporcionalidad frente al principio de seguridad jurídica, la la respuesta sería alarmante, en la mayoría de los casos como ha demostrado la casuística nacional o internacional.

Estos derechos susceptibles de afectación; al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, a la vida, la salud, el concebido la integridad, el proyecto de vida, patrimonio público, la propiedad, a la identidad étnica y cultural y autodeterminación de los pueblos, al, la cultura, derechos intergeneracionales y muchos más que, constituyen pilares sociales del Siglo XX, generalidades aparte, son el vehículo para la concreción del derecho a una vida digna.

Acorde a la naturaleza del objeto jurídico de protección, lo propuesto por Carlos Andaluz (2013, pág. 704), sobre que existe una antijuricidad típica la cual está plasmada por ejemplo; cuando se desarrolla un actividad sin licencia (concesión), excediendo los Límites Máximos Permisibles, o realizando vertimientos a cuerpos hídricos naturales, y una antijuricidad atípica, implícita en los principios que conforman el orden público y las buenas costumbres las cuales restringen ciertas libertades y garantías individuales, así se entiende que por ejemplo; el derecho al trabajo no puede ejercerse en desmedro de otros bienes considerados superiores como el derecho a la vida, la salud o el ambiente. A lo cual podemos adherir que el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida según como ha desarrollado el Tribunal Constitucional contiene una doble dimensión;

“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. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 ° de la

Constitución. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.” (STC N°. 03343-2007-PA/TC).

Además, obligación de proteger que se desprende del goce del derecho, y en efecto, supera a una conducta antijurídica típica, es necesario reconocer que las formas de dañar el ambiente se van descubriendo con el avance de la ciencia y acorde a los efectos que estos ocasionan o se manifiestan, por ejemplo; en antes de la década de los años 70s, no se conocían los efectos de muchos agentes contaminantes para el ambiente o la salud, por tanto “afortunadamente, la Ley General del Ambiente ha introducido un cambio positivo en este sentido, al enfatizar que el daño ambiental se considera tal, se haya contravenido o no las disposiciones jurídicas. Con lo que carece de relevancia, para imputar responsabilidad” (Andaluz C. , 2013, pág. 705). Ampliar la vaya de contravención a la norma típica, aumenta la posibilidad de reacción del sistema jurídico ante un daño ambiental que anteriormente no ha ocurrido o se tenía desconocimiento de sus efectos negativos.

El artículo 142 de la Ley General del Ambiente, no precisa mayores características o consecuencias jurídicas sobre el daño ambiental, de ahí la crítica de ser limitada y generalizada a la vez, no desarrolla el daño ambiental mas allá de una concepción general, lo cual ha traído algunas imprecisiones en su aplicación, para completar el análisis es necesario traer a colación el artículo siguiente, a fin de determinar la legitimidad para obrar ante el daño ambiental puro;

“Artículo 143.- De la legitimidad para obrar

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 lo establecido en el artículo III del Código Procesal Civil.

Según Priori Aroqui (1997) los intereses difusos son “aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables” (Pág, 100), entonces la característica principal de éstos intereses difusos es que la titularidad es indeterminable, de lo contrario sería colectivos o individuales.

Una de las características del daño ambiental, es el carácter difuso, y este carácter difuso a la vez se divide en dos concepciones principales, un material; respecto a los efectos en la realidad son dispersos e incontenibles, y la otra en un aspecto jurídico o formal, referente a la tutela de intereses difusos, ya que el daño ambiental puro no recae sobre un sujeto en sí o una colectividad determinada, sino en un grupo indeterminado o indeterminable.

Sin embargo en el artículo 82 del Código Procesal Civil, sobre patrocinio de intereses difusos, con la reforma del año 2002, ahora vigente, prescribe;

“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 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que 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 Distrital 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.”

Estableciendo la legitimidad para obrar restringida para ciertas entidades públicas y sin fines de lucro, y las que el juez deba motivar, sumado a esto el Primer Pleno Casatorio Civil, publicado el 21 de abril del año 2008, omitiendo un análisis a profundidad sobre o la legitimidad para obrar por daño ambiental, declaró que constituye doctrina jurisprudencial con carácter vinculante conforme a los alcances y efectos previstos en el octavo y décimo séptimo considerandos, respectivamente, lo siguiente:

“4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.” (Pág. 149).

Entendiendo que la acción es “la potestad que tiene todo sujeto de derecho para acudir a los órganos del Estado y promover una decisión u obtener la composición de un litigio” (Andaluz C. , 2013, pág. 691), Esta dispersión de la legitimación no tendría por qué tener un efecto negativo, en líneas de Néstor Cafferatta (2004), pueden coexistir un interés difuso y un derecho subjetivo; “esta dualidad no resulta excluyente sino, por el contrario, acumulativa. El individuo ostenta un interés propio, y por añadidura, conforme o forma parte de un interés distinto, colectivo de pertenencia difusa, pero que también le confiere legitimación para accionar” (Pág. 77), por tanto, el que sufre un daño de características difusas y a su vez, un daño en la esfera privada personal y patrimonial, estaría en mejor posición material y procesal para iniciar acción y perseguir la reparación in natura del ambiente en sí mismo, ya sea por la misma condición de cercanía, grado de afectación, conocimiento de causa, o talvez, solo detentar capacidad intelectual, jurídica, técnica, moral

o intelectual suficiente, cuestiones que se condicen con la defensa efectiva del ambiente y no solo en cuestiones de orden procesal, más aún si existe habilitación expresa por norma especial.

La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado. Es así como, como la persona puede interponer acciones en nombre propio y exigir una reparación o indemnización propia y a su vez "accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede apropiar, pero de la cual sí puede gozar, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro" (Henao, 2002), de donde deviene que su valor o naturaleza extrapatrimonial, ya que una valoración económica como indemnización esta establecida para los daños por influjo personales o patrimoniales, mas no para restituir el daño al ambiente propiamente dicho.

El daño ambiental puro se distingue por "afectar el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes", así como por ser "supraindividual", nos alejamos de la esfera estrictamente individual, en el sentido de bienes apropiables, como elemento definitorio del daño al medio ambiente, si bien en el artículo 1985 del Código Civil del año 1984;

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la apersona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño

producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo.”

Si bien existe el término “monto”, esta aplica cuando la indemnización dineraria, entendiéndose que “en principio, los daños extrapatrimoniales se reparan extrapatrimonialmente” (De Trazegnies F. , 2016, pág. 126), y esta última se entiende como una fórmula general ratificada por la jurisprudencia, aunque no se haya en el enunciado de la norma.

En sede administrativa, a través del Sistema de Información Nacional de Denuncias Ambientales, en adelante SINADA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-OEFA/CD, cualquier persona natural o jurídica tiene el derecho y la obligación de comunicar mediante denuncia la plausible incurrancia de infracción ambiental, sin mediar alguna afectación o interés directo, como establece el artículo 5 de dicha resolución, sobre interés difuso; “Para presentar una denuncia ambiental, el denunciante no requiere sustentar la afectación concreta de sus derechos o intereses legítimos, además de la habilitación de la figura del del tercero administrado con legítimo interés el artículo 19 de la Ley N° 30230, regulado por la Primera Disposición Complementarias Final;

“Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá intervenir como tercero interesado en los procedimientos administrativos sancionadores o recursivos que se tramitan ante el OEFA, aportando pruebas sobre la existencia de infracción administrativa o sobre el incumplimiento de una medida cautelar o correctiva (...)”.

En sede constitucional, artículo 39 del Código Procesal Constitucional, referente a la legitimación; “El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.”, además en el artículo 40 del mismo Código, se precisa;

“Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.”

En este extremo la tutela de intereses difusos y su legitimidad es recogida en su totalidad por el Código Procesal Constitucional, sin mediar un patrocinador como en el caso civil.

El artículo 142 de la Ley General del Ambiente, tiene un enfoque intergeneracional si bien en el artículo X establece el principio de equidad, y el V de sostenibilidad, no establece algún criterio de protección a las generaciones futuras frente al daño ambiental, situación que se podría subsanar en cuanto a la ampliación de plazos por prescripción para la acción en contra del que ocasiona el daño ambiental, que pueda establecer un puente de acción para las generaciones futuras frente al daño causado. En sede civil la prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual es de dos (02), en sede administrativa el procedimiento sancionador caduca a las cuatro (04) años, el delito pro contaminación ambiental a los seis (06), y la acción de amparo a los sesenta (60) días, si bien los plazos son cortos para determinar si existe efectivamente un daño ambiental puro, existen salidas como la de

infracciones continuadas, o desde que es posible la interposición de la demanda para el cómputo de plazos para recurrir, y efectivizar una reparación *in natura* o compensación en términos ambientales, no obstante, consideramos debería existir un criterio expreso en la Ley General del Ambiente, referente al daño ambiental y su contabilidad de plazos o en estricto determinar un plazo de caducidad para interponer la acción para la reparación.

En síntesis, el daño ambiental el artículo 142, está dividido en dos, el artículo 142.1 comprende una definición general del daño ambiental; daño ambiental puro (daño al ambiente) y daño ambiental por influjo (calidad de vida, salud y patrimonio), con la obligación de quien los cause está a asumir los costos de las medidas de prevención o mitigación, si bien no establece expresamente la reparación *in natura*, con la integración del artículo 147 y el artículo IX, sobre reparación del daño y principio de responsabilidad respectivamente, se puede entender la reparación *in natura* de este.

El artículo 142.2 referente al daño ambiental puro, establece que es todo menoscabo que sufra el ambiente y sus componentes sin contravenir norma jurídica específica, debe ser material, pero la doctrina desarrolla al daño ambiental además de material desde ser significativo, si bien en el aspecto difuso de los efectos del daño ambiental la no antijuricidad cubre la necesidad, en el aspecto de tutela, se debe recurrir al artículo 143 sobre legitimidad para obrar, establece que cualquier persona natural o jurídica está legitimada para ejercer la acción, siendo esta legitimación activa extraordinaria amplia, sin embargo en sede civil existe una restricción por el patrocinio de intereses difusos, a entidades u organizaciones, restringiendo a la persona natural. Por último, el término “efectos reales o potenciales” ha

generado cierta incertidumbre en su desarrollo regulatorio administrativo, atribuyendo daño ambiental a nivel jurídico, pero no constatados materialmente.

De todo lo analizado, el daño ambiental recae en el daño ambiental puro, ya que este antecede a otros daños de carácter individual o patrimonial, para que exista un daño por influjo debe existir un daño ambiental, de lo contrario estaríamos en el contexto de daños tradicionales, siendo que el objeto de protección es el ambiente y sus componentes los cuales tiene efectos sobre las personas, en corto o largo plazo siempre repercutirá en las apersonas, incluso en las generaciones futuras, el ambiente o la salud de las personas son derechos fundamentales no sujetos a libre disposición, por tanto la naturaleza jurídica del daño ambiental es un daño extrapatrimonial, ya que este daño significativo recae sobre el objeto jurídico de protección ambiente y sus componentes que no está dentro del patrimonio de la persona o colectivo determinado sino disperso grupo indeterminado, de ahí su característica difusa, a esto la reparación debe preferible *in natura* y en su defecto la compensación en términos ambientales y si bien puede ser valorada económicamente es no es la finalidad, sino que el componente(s) afectado pueda seguir cumpliendo la función dentro de cierto sistema ecológico, sumado a esto la legitimidad para obra activa extraordinaria amplia debe respetarse por la especialidad de la ley, ya que la defensa del ambiente y sus componentes constituye una obligación de protección por parte de toda la sociedad, por ser un derecho fundamental, que permite la concreción de otros derechos.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1 Discusión

No existe un consenso sobre el concepto de “naturaleza jurídica” en la doctrina, no obstante, establecer el uso que se pretende dar en el presente trabajo es determinante, constituye la materia sustancial de una cosa estática o en perfeccionamiento, sustancia que se obtiene al identificar sus características o cualidades principales inherentes, y la función que no puede ser desempeñada por otras figuras o instituciones dentro de un sistema jurídico determinado. No consiste en descubrir un nuevo concepto, sino es delimitarlo a través de las propias características que exterioriza en contraste con su entorno. Si bien, no es la única forma de entender la naturaleza jurídica, como la de categorizar de qué institución jurídica procede o a qué categoría pertenece, en este caso existe un vacío del cual se han planteado extensas construcciones teóricas, materiales y procesales, respecto del daño ambiental, en base a la retórica del contenido del derecho a un ambiente sano y equilibrado, sin antes, detenerse a revisar si existen características internas del daño ambiental como figura independiente y concebida desde el seno del derecho ambiental y no solo como un “enfoque ambiental” de figuras ya preestablecidas como el daño civil, Sin embargo, esto es perfectamente válido y se han mostrado resultados concretos como los de Vidal Ramos (2014, pág. 313), al estudiar la responsabilidad por daño ambiental desde un enfoque del derecho civil, y que, conjuntamente con este trabajo se ha llegado a conclusiones similares respecto del tratamiento ambiguo en la sistematización de la responsabilidad civil ambiental en la Ley General del Ambiente; “en consecuencia deviene en ser ambigua, imprecisa y poco acertada, lo cual genera una incertidumbre al momento de invocar y administrar justicia ambiental.” Además de arribar a la categoría del daño ambiental como daño *sui*

generis, no obstante, la naturaleza jurídica que hemos determinado, parte desde sus bases un enfoque ambiental y desarrolla sus características principales construidas por la doctrina y normativa especializada.

Hemos delimitado el contenido del ambiente, en base al desarrollo del Tribunal Constitucional del contenido del derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado, y específicamente al desarrollo del contenido de “ambiente equilibrado” de la Sentencia N.º 0018-2001-AI/TC, sin perjuicio de complementar con la doctrina especializada, los aportes de las ciencias naturales, y finalmente entender al ambiente como un sistema, que permite la conexión del hombre con su matriz de existencia; la naturaleza. Entender además que la concepción intermedia que recoge el ordenamiento nacional, es de carácter antropocéntrico moderado, el término ambiente para efectos jurídicos en la legislación peruana no es restringida, sino moderada-amplia no restringida; tanto los elementos del ambiente como el suelo, flora, aire, flora, fauna, los ecosistemas en constante interrelación y factores como clima, paisaje, de manera no restrictiva, y en el medio antrópico urbano y rural en el cual el ser humano se desarrolla, sin perder esa relación de matriz con la naturaleza (la cual provee de recursos naturales y servicios ecosistémicos) para el adecuado desarrollo de la vida con dignidad, y de eminente condición intergeneracional, además del patrimonio cultural o ancestral sólo si está ligado al ambiente o sus componentes, resulta objetivo, pero no estático, ya que es un concepto abierto a integrar más elementos físicos, químicos y biológicos, que según las ciencias naturales vayan determinado.

La figura del daño ambiental en la doctrina nacional internacional, a partido de definiciones generales que pretendían realizar una abstracción jurídica de todos los efectos que genera al suscitarse este hecho jurídico, no obstante, esta “definiciones generales” constituían la interpretación de normas de derecho internacional público ambiental, las cuales tenían más carácter de lineamientos o políticas (normas declarativas), que distaban mucho de generar o identificar consecuencias jurídicas claras o precisas ante la concurrencia de la daño ambiente, posteriormente la doctrina especializada identifica un “carácter bifronte” del daño ambiental, basado en que el daño ambiental puro recae sobre el bien jurídico ambiente y el daño ambiental por influjo recae sobre la salud y el patrimonio de lo afectados (si los hubiese), estableciendo un orden de prelación y sentando la atención del daño ambiental en el daño ambiental puro por ser el daño ambiental propiamente dicho, y va delimitando el objeto de estudio a determinar.

El posterior desarrollo de regímenes especiales en la legislación comparada que siguen la misma tendencia doctrinaria de dividir el daño ambiental, para realizar una caracterización que comprenda las características jurídicamente relevantes de un tópico tan amplio u complejo del daño ambiental, recurrimos a la identificación de características en la legislación comparada conjuntamente con la doctrina especializada sobre el daño ambiental puro, tenido como resultado tres características inherentes; es un daño difuso, significativo e intergeneracional, las cuales permitirían establecer presupuestos, consecuencias jurídicas y vías procesales eficaces, además del manejo adecuado de los operadores jurídicos para no contravenir su naturaleza en la aplicación, situación que ha sido concurrente en el contexto nacional, no obstante, esta caracterización básica, no es un tópico cerrado, pero teniendo como

finalidad la delimitación más esencial de la figura del daño ambiental, constituye un punto de partida firme dogmáticamente, el cual puede ser perfeccionado.

El artículo 142 de la Ley General del Ambiente se basa en una definición general del daño ambiental, no obstante, se puede identificar otras figuras como no necesitar contravenir una norma específica (antijuricidad), consideramos que este aporte se condice con la dependencia del derecho ambiental hacia las ciencias naturales para determinar el un daño ambiental y no solo recurrir al contenido de una norma pre establecida, la exigencia de ser un daño material, el cual debe ser cierto, real, palpable causa en incertidumbre al haberse consignado que este daño genera efectos actuales o potenciales, además de la ausencia el presión de ser significativo o de magnitud para evitar que se lleguen a daño ambientales jurídicamente pero no en la realidad. El daño ambiental puro está reconocido en la doctrina nacional, sin embargo, su desarrollo no ha trascendido más allá que aceptar esta doble naturaleza de la misma forma en la legislación nacional, teniendo como resultado que no existe institución dentro del ordenamiento nacional que responda en su totalidad a las características planteadas como síntesis de la doctrina especializada y la legislación comparada. Fundamento en contrario, la caracterización propuesta puede ser incompleta, ya sea por otras características de perfeccionamiento como la imprescriptibilidad del daño ambiental planteada por Peña Chacón (2009), sin perjuicio de haberla abordado parcialmente dentro de la característica intergeneracional del daño ambiental, no obstante, recalcar que esta caracterización es mejorable en todo sentido, pero la misma constituye un punto de partida para el tratamiento del daño ambiental puro escindido de las definiciones generales poco operables jurídicamente, y plantear

posteriormente su regulación especial, el daño ambiental puro debe ser significativo, concreto, real, con la capacidad de superar la capacidad de resiliencia de componentes, (agua, aire, suelo, flora, fauna), ya sea de forma individual y principalmente su interrelación sistemática ya que en esta interrelación se sustenta el ambiente equilibrado, el daño ambiental es difuso ya que no afecta a una persona, comunidad o lugar determinado, sino su afectación recae en un número de víctimas indeterminado, siendo la sociedad el sujeto pasivo, por tanto el interés es supraindividual e irrestricto, el daño debe ser reparado en su especie ante cualquier otra forma de reparación, ya que en su propia integridad recae el bien jurídico de protección, en última instancia la integridad del hombre y su presupuesto fáctico de existencia, por último el daño ambiental es intergeneracional ya que priva de derechos ambientales a las generaciones futuras, características no recogidas por la Ley General del Ambiente ni otra institución del sistema jurídico nacional, concluyendo que el artículo 142 de la norma citada, constituye una definición general del daño ambiental ya que identifica tres objetos jurídicos de protección: ambiente, salud y patrimonio, y como presupuesto el “menoscabo material” pero sin especificar un nivel de afectación o criterio similar, a su vez confluyen otras figuras como la responsabilidad objetiva ambiental, por el riesgo creado y riesgo provecho, y como consecuencia jurídica la obligación de asumir los costos de las medidas de prevención y mitigación (que en sí no resuelven el problema), para lo cual se debe hacer un interpretación sistemática de las normas y recurrir al principio de reparación o responsabilidad ambiental, el cual exige una reparación del ambiente como tal, finalmente hace referencia al daño ambiental puro que recae sobre el “ambiente y sus componentes”, indicado que pueden tener efectos reales o potenciales, redacción que ha traído algunas dificultades en su interpretación y aplicación. Ante la acción frente

al daño ambiental, la legitimidad para obrar del artículo 143, habilita expresamente a cualquier persona natural o jurídica a ejercer la acción contra quienes causen o contribuyan a ocasionar daño ambiental, si bien no está reconocida el carácter intergeneracional del daño ambiental, el principio de sostenibilidad establece que la protección de los derechos ambientales se sustenta en la sostenibilidad y la tutela de la satisfacción de las generaciones futuras. En sede civil, el carácter significativo se condice con el artículo 1969, que establece la ocurrencia del daño por culpa o dolo para que exista responsabilidad, entonces deducimos que si no hay daño no hay responsabilidad, en materia ambiental aplicaría como “si no hay daño significativo no hay responsabilidad”, sin embargo no existe un precepto legal para determinar cuando es significativo ambientalmente de ahí su recurrencia a las ciencias naturales en cada caso en concreto, en cuanto al carácter difuso, el artículo IV del Código Procesal Civil, indica que no requieren legitimidad para obrar el que defiende intereses difusos, sin embargo en el artículo 82 de la misma norma, establece legitimidad para obrar extraordinaria restringida a través de ciertos organismos públicos y asociaciones privadas, pese a que existe habilitación expresa de la Ley General del Ambiente, sobre la reparación *in natura*, no existe una vía especial de reparación, pero la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado la reparación del daño se puede dar en especie en cuando sea posible y si constituye mejor opción de reparación que la indemnización, no existe un enfoque intergeneracional, por el contrario el plazo para demandar daños ambientales, es de dos años con la salvedad de contabilizar el plazo desde que se puede interponer la demanda, sin embargo es un plazo demasiado corto teniendo en cuenta las características fácticas del daño ambiental y los procesos de saturación que pueden acarrear. En sede administrativa, el daño ambiental se confunde con las figuras de riesgo como daño potencial y no

existe un criterio técnico para determinar el daño ambiental significativo, cualquier excedo de un LMP es considerado un daño potencial término adoptado en el artículo 19 de la ley del SINEFA, lo que quiere decir, que es la misma figura del riesgo pero con otra denominación con la finalidad de grabar las conductas sancionables, lo cual desvirtúa este carácter significativo, al no ser un daño en concreto, en cuanto a su naturaleza difusa, la tutela es ejercida por el Estado, sin embargo en el artículo 71 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General prescribe la figura del tercero legitimado en el proceso sancionador, cuando acredita un interés legítimo, en cuanto al carácter de reparación, existen las medidas preventivas, cautelares y correctivas, que abarcan en su totalidad la reparación del ambiente, aunque deben calificar en los presupuestos de la norma en cada fase del proceso sancionador, su inmediatez a efectos de paralizar el acto constitutivo del daño es eficiente contenidos en el capítulo II de la ley del SINEFA y el artículo 22-A de su modificatoria, Ley N° 30011, no existe un enfoque intergeneracional y el plazo de prescripción de las infracciones son de cuatro años, contados a partir de la última acción fuente del daño, no obstante su principal debilidad es la tipicidad como requisito de todo el SINEFA. En sede constitucional, la acción de amparo es la principal garantía constitucional, en cuanto al carácter significativo, se condice por ser un requisito para interponer la demanda del artículo 2 del Código Procesal Constitucional, la violación debe ser cierta o de inminente realización, ante el carácter difuso, el artículo 40 concede legitimación amplia y se condice con la tutela de los intereses difusos, ya que según el artículo en temas ambientales cualquier persona puede interponer proceso de amparo, proceden las medidas cautelares del artículo 15 sustentadas en la apariencia de derecho, peligro en la demora y pedida cautelar razonable, conjuntamente con el contenido de la sentencia ordenando que el estado de las cosas

vuelvan antes de la violación del derecho fundamental, no existe un enfoque intergeneracional y el plazo para interponer la demanda prescribe a los sesenta días hábiles, desde que el afectado haya tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. En sede penal, el carácter significativo se condice con el principio de lesividad del artículo IV del título preliminar del Código Penal, el titular de la acción es el Ministerio Público. No existe legitimidad para obrar amplia ya que el Ministerio Público es el titular de la acción penal, no existe reparación de forma directa por vía penal y no existe un enfoque intergeneracional de bienes jurídicos.

La regulación nacional no recoge las características básicas halladas del daño ambiental en la legislación comparada y la doctrina especializada nacional e internacional, la Ley General del Ambiente es general y limitada para establecer consecuencias jurídicas acorde a las características y naturaleza jurídica del daño ambiental, naturaleza que se sustenta en el daño ambiental puro.

4.2 Conclusiones

4.2.1. la naturaleza jurídica del daño ambiental es no patrimonial, y esta naturaleza se encuentra en la figura del daño ambiental puro, por ser este, una alteración significativa al ambiente y la interrelación de sus componentes, y ostenta un orden de prelación ante un daño ambiental por influjo o consecutivo posterior, ya que sin la existencia de un daño ambiental puro como evento anterior estaríamos ante daños comunes o civiles los cuales encuentran su tratamiento en la institución de la responsabilidad civil extracontractual, esta no patrimonialidad se basa en que el bien jurídico ambiente afectado es de titularidad difusa, no pertenece a un sujeto de

derecho individual o colectivos determinado, y no es un derecho de libre disponibilidad, e implica la reparación ambiental o la compensación ambiental en términos ambientales preferente ante una indemnización económica, de lo contrario se desvirtuaría el carácter sistémico del bien jurídico protegido.

4.2.2. El uso del concepto naturaleza jurídica se constituye como la atribución de características inherentes principales de la figura del daño ambiental, para entender la función que cumple dentro de un ordenamiento jurídico que no puede ser desempeñado por otro y que, a su vez, permite el perfeccionamiento del mismo.

4.2.3. El alcance del bien jurídico ambiente, ha sido delimitado a través de las leyes, sentencias del Tribunal Constitucional y los Tratados Internacionales, se decanta como una concepción intermedia-amplia abierta, ya que reconoce la protección y tutela de; los componentes del ambiente (agua, suelo, aire, flora y fauna,), y sus interrelaciones, los ecosistemas y biodiversidad, los servicios ambientales, y todo lo que conforman la red de interacciones de orden biológico, físico y químico, además del ambiente artificial creado por el hombre y demás factores como el clima y el paisaje, y bienes culturales asociados a recursos naturales, mención no restrictiva que constituye el objeto de protección.

4.2.4. La doctrina nacional e internacional, al superar las definiciones generales de daño ambiental, arriban a que existe tiene un carácter bifronte; daño ambiental puro y daño ambiental por influjo, el primero recae sobre el bien jurídico ambiente y el segundo, si llegan a suceder, sobre un cúmulo derechos individuales, en un orden de prelación; para los primeros corresponden a derechos ambientales con características

especiales y los segundos pueden ser asumidos por las instituciones tradicionales del derecho como la responsabilidad civil extracontractual.

4.2.5. En legislación comparada de Iberoamérica y las normas comunitarias de la Comunidad Europea, se han identificado características en los textos normativos, ya sea en los regímenes especiales, leyes especiales o normas constitucionales que regulan la figura del daño ambiental, siendo las características más recurrentes; un daño difuso por sus efectos y su titularidad, con cierto grado de significación o magnitud de alteración causado al bien jurídico, y ser un daño intergeneracional.

4.2.6. La Ley General del Ambiente, recoge una concepción general del daño ambiental en el artículo 142, estableciendo responsabilidad objetiva por el riesgo creado y el riesgo provecho, identifica tres tipos de bienes jurídicos afectados; ambiente y/o sus componentes, salud y patrimonio, establece como consecuencia jurídica directa la obligación de asumir los costos de las medidas de prevención y reparación, no exige la contravención a norma jurídica (antijuricidad) y prescribe como presupuesto fáctico la afectación material del ambiente y/o sus componentes con efectos actuales o potenciales pero omitiendo algún criterio de magnitud del daño como significativo, redacción muy general y a la vez limitada que ha traído imprecisiones en la aplicación, el artículo 143 habilita la legitimidad activa extraordinaria amplia por constituir interés difuso, sin embargo, ésta no sufre efectos en sede civil, y parcialmente en sede administrativa, siendo la vía constitucional a través de la Acción de Amparo, la vía más utilizada por abarcar la mayoría de características del daño ambiental, en ausencia de un régimen especial.

REFERENCIAS

- "Diccionario Prehispánico de Dudas"; . (05 de 10 de 2019). *lema.rae.e*. Obtenido de <http://lema.rae.es/dpd/?key=medioambiente>
- 2004/35/CE, D. (21 de abril de 2004). DIRECTIVA 2004/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.
- Ambiente Programa de las Naciones Unidas para el Medio. (2011). *Hacia una economía verde*. Obtenido de <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones2/libros/716/introduccion.pdf>
- Ambiente, M. d. (2010). *Política Nacional del Ambiente*. Lima, Perú: Ministerio del Ambiente.
- Andaluz, C. (2013). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Grijley.
- Andía, J. (2010). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: El Saber.
- Aruazo, A. (2006). Mecanismos para tutelar el cumplimiento de las normas ambientales en el Perú: avances y perspectivas. *Derecho & Sociedad*, 285-291.
- Benavente, S. (2015). *El derecho de acceso a la justicia ambiental*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Besalú, A. (2005). *Responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Hamurabi.
- Brack, A. & Mendiola, C. (06 de octubre de 2019). Enciclopedia ecológica del Perú. Obtenido de https://www.peruecologico.com.pe/lib_c1_t01.htm
- Brañes, R. (2001). *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. México D.F.: PNUMA.
- Brañes, R. (2000). *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*. México D.F.: PNUMA.
- Brañes, R. (2004). *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Briceño, M. (2001). *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano*. Ciudad de México, México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Recuperado el 13 de octubre de 2019, de http://centro.paot.org.mx/documentos/pnud/informe_derecho_ambiental.pdf
- Briceño, M. (2004). El daño ecológico. Presupuestos para su definición. *V Congreso Ambiental Español*. Pamplona.
- Caballanas, R. (13 de noviembre de 2019). *Centro de Información Jurídica en Línea*. Obtenido de <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/>: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2008/sobre-el-concepto-de-naturaleza-juridica/>
- Cafferatta, N. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México D.F.: Instituto Nacional de Ecología.
- Cairo, O. (2001). La tutela de urgencia y el proceso amparo. *Themis*, 131-136.
- Cambridge, U. o. (28 de 09 de 2019). *www.dictionary.cambridge.org*. Obtenido de <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/environment>
- Canosa, R. (2004). *Constitución y medio ambiente*. Lima: Jurista Editores.
- Carhuatocto, H. (2018). *Los principios ambientales en un estado constitucional democrático*. Lima: Jurista Editores.
- Carrillo. (2016). Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental. *Revista de fomento social*(281), 251. Obtenido de [file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/Dialnet-DerechoTecnicaYRiesgo-5610252%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/Dialnet-DerechoTecnicaYRiesgo-5610252%20(1).pdf)
- Castañón del Valle, M. (2006). *Valoración del daño ambiental*. Ciudad de México: PNUMA.
- Chacón, M. P. (2008). Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contenciosa administrativa. *Círculo de Derecho Administrativo*, 6.
- Corigliano, M. (2006). Revista internautica de práctica jurídica. 18. Obtenido de https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num18/Art.18_PDF/18-7Delitos%20de%20Peligro.%20Trabajo..pdf

- Court, I. C. (18 de enero de 2020). <https://www.icc-cpi.int/>. Obtenido de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_17743.PDF
- De Bendictis, L. (2007). La reparación de sitios contaminados. Su consideración en el derecho. *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias Tercero- 2004, Cuarto - 2005, Quinto - 2006*, 197-203.
- De Echandía, G. (1995). *Aristóteles. Física*. Madrid, España: Editorial Gredos .
- De la Peunte, L. (2011). Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil peruano. *THEMIS 60. Reforma del Código Civil. Edición de aniversario, 60*, 295-307.
- De la Puente Brunke, Victor Vargas. (2015). Análisis crítico del régimen de responsabilidad de la Ley General del Ambiente. 15.
- De la Puente, L. (2014). La noción jurídica del daño ambiental y una peculiar argumentación del tribunal de fiscalización ambiental. *Derecho & Sociedad*, 169-178.
- De Miguel Perales, C. (2000). *Derecho Español del Medio Ambiente*. Madrid: Civitas.
- De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- De Trazegnies, F. (2016). *La responsabilidad civil extracontractual, TOMO I*. Lima, Perú: ARA Editores.
- De Trazegnies, F. (2016). *La responsabilidad extracontractual, TOMO II*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Defensoría del Pueblo. (08 de febrero de 2019). <https://www.defensoria.gob.pe/>. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/blog/pasivos-ambientales/>
- Defensoría del Pueblo;. (2015). *Informe Defensorial No. 172. Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional*. Lima, Perú.
- Epinoza, J. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Perú: Editorial Rhodas.
- Española, D. d. (05 de 10 de 2019). dle.rae.es. Obtenido de <https://dle.rae.es>
- Española;, R. A. (07 de octubre de 2019). *Diccionario de la lengua española 23.ª ed*. Obtenido de <https://dle.rae.es/>: <https://dle.rae.es/>
- Espinoza, J. (2001). Naturaleza jurídica del legítimo interés hacia el rescate de su autonomía Conceptual. *Derecho & Sociedad*, 287-294.
- Eto, G. (2013). El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. *Pensamiento Constitucional numero 18*, 145-174.
- Europea, U. (1992). Tratado de la Unión Europea. Maastricht .
- Europeas, C. d. (2000). Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental. Bruselas.
- Foy, P. (2018). *Tratado de derecho ambiental peruano. Una lectura del derecho ambiental desde la ley general del ambiente. TOMO II*. Lima: Instituto Pacífico.
- Foy, P. (2018). *Tratado de derecho ambiental peruano. Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente. TOMO I*. Lima: Pacífico Editores.
- Foy, P. (2019). Bases conceptuales para el estudio interdisciplinario del sistema jurídico y las futuras generaciones: perspectiva teórica y empírica desde el derecho ambiental. *Themis 74*, 205 - 226.
- Fraga, J. (2000). "Responsabilidad civil por daño al medio ambiente en derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege data y contra legeferenda. *Revista española de Derecho Administrativo*, 351-371.
- Fuccaracio, A. (1995). *La población y el desarrollo en el pensamiento de A. Smith y T. Malthus*. Santiago de Chile: Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE) - CEPAL. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9635/S9500032_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García, V. (2012). *Metafísica de Aristóteles*. Madrid, España: Editorial Gredos.
- Gomez, A; Egusquiza, M. (2018). *Derecho administrativo. El derecho administrativo iberoamericano, innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne TOMO I*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- González, M. (2003). *La responsabilidad por daño ambiental en América Latina*. México D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

- Gonzales, R. (2012). Responsabilidad civil por daños al medio ambiente. *Anuario jurídico y económico esculiareense*, 177-192.
- Gordillo, A. (2000). *Introducción al derecho*. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo.
- Guaranda, W. (2010). *Acciones jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. INREDH.
- Guitierrez, W & Otros. (2005). *La constitución comentada*. Lima: Jurista Editores.
- Henao, J. (2002). Responsabilidad del estado colombiano por daño ambiental. *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*.
- Hernández, R. (2008). Sobre la ontología jurídica e interpretación del derecho. *Insomnia: revista de la teoría y filosofía del derecho*, 33-80.
- Hormazabal, M. (2001). *El principio de lesividad y el delito ecológico*. Navarra: Aranzandi.
- Internacional, C. P. (18 de 01 de 2020). <https://www.icc-cpi.int/>. Obtenido de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_17743.PDF: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_17743.PDF
- International Criminal Court. (18 de 01 de 2020). <https://www.icc-cpi.int/>. Obtenido de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04908.PDF
- Ipenza, C. (2018). *Manual de delitos ambientales: una herramienta para los operadores de justicia ambiental*. Lima, Perú: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales -DAR.
- Jaques, V. (1991). *La demografía*. Santiago de Chile: Centro Latinoamericano de Demografía (CELADE) - CEPAL.
- Kiss, C. (1996). El derecho al medio ambiente de Estocolmo a Sofía. *Humana lura: suplemento de derechos humanos*, 153-196.
- Lamadrid, H. (2018). *El derecho de las comunidades campesinas*. Lima, Perú: Grijley.
- Lanegra, I. (2013). El daño ambiental en la Ley General del Ambiente. *Derecho PUCP. Retos del Derecho Ambiental*, 187-196.
- Lescano, J. (2015). *Manual de desarrollo sostenible*. Lima: Editorial Macro.
- Lois, J. (1956). Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*, 159-182.
- Loonard, A. (04 de 12 de 2007). www.youtube.com. *La economía de los materiales*. Recuperado el 02 de 08 de 2019, de <https://www.youtube.com/watch?v=ykfp1WvVqAY>
- Lopez, P. (2006). *Derecho Ambiental*. Mexico DF: IURE Editores.
- Mallea, M. (2007). Las acciones derivadas del daño ambiental y el proceso ambiental en Chile. *Memorias del 6to encuentro internacional de derecho ambiental*, 361-374.
- Mateo, M. (2005). *Derecho Ambiental*. Navarra, España: Aranzadi.
- Milenio, E. d. (06 de 10 de 2019). www.millenniumassessment.org. Obtenido de <https://www.millenniumassessment.org/es/About.html>
- MINAM. (2016). *Guía del sistema nacional de gestión ambiental*. Lima, Perú: Ministerio del Ambiente.
- Morón, J. (2018). *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general, texto único ordenado de la ley N 27444. TOMO II*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Naciones Unidas. (2018). *Acceso a la información, la participación, y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. Santiago: Naciones Unidas.
- Naciones, U. O. (23 de octubre de 2019). <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>. Obtenido de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/biodiversity/>
- International Criminal Court. (18 de enero de 2019). <https://asp.icc-cpi.int/>. Obtenido de https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-14-ENG.pdf
- Ochoa, A. (2014). Medioambiente como bien jurídico protegido, ¿visión antropocéntrica o ecocéntrica? *Revista de derecho penal y criminología*, 293 - 294.
- Odum, E. & Barret. (2005). *Fundamentos de la ecología*. Ciudad de México, México: Thomson.

- OEFA. (2013). *Proyecto de tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los límites máximos permisibles*. Lima.
- OEFA, O. d. (2014). *El Derecho Administrativo Sancionador: Experiencias en Colombia, España y Perú*. Lima, Perú: OEFA.
- OEFA, P. d. (2013). *Exposición de motivos del proyecto de tipificación de infracciones y escala de sanciones*. Lima, Perú.
- ONU. (2018). Acuerdo de Escazú.
- ONU Medio Ambiente. (2018). *Gobernanza Ambiental y la Agenda 2030. Avances y buenas prácticas en Latinoamérica y el Caribe*. Panamá: Programa de las Naciones Unidas para Medio Ambiente.
- Orgaz, A. (1967). *El daño resarcible*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de Palma.
- Palmero, J. (08 de octubre de 2019). <http://www.postgradovipi.50webs.com>. Obtenido de <http://www.postgradovipi.50webs.com/archivos/agrollania/2013/agro7.pdf>
- Peña Chacón, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica
- Peña, M. (2006). *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Peña, M. (2009). Daño ambiental y prescripción. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3065159>
- Peña, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Priori, G. (1997). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. *Ius et Veritas*, 97-108.
- Quintana, S. & De la Calle. (2010). *Gestión del Riesgo. Responsabilidad ambiental y estrategia empresarial*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Ramirez, A. (2018). *Análisis crítico de los conceptos de daño ambiental real y potencial aplicados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA en el subsector minería. (Tesis de segunda especialización)*. Lima, Perú: PUCP.
- Reichman, J. (2016). Barry Commoner y la oportunidad perdida. *Encrucijadas: revista crítica de ciencias sociales*, 1 - 21.
- Rivera, F. (2016). Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico. *Derecho y políticas públicas*, 25, 85-103.
- Roxin, C. (2005). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, España: Thomson-Civitas.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontifici Universidad Católica del Perú.
- Ruda, A. (2006). *El daño ecológico puro. La responsabilidad vicil por el deterioro al medio ambiente (Tesis Doctoral)*. Girona, España: Universitat de Girona.
- Sachs, W. (1996). *Diccionario del desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Lima: PRATEC.
- Sánchez, L. (2008). *Evaluación de Impacto Ambiental: conceptos y métodos*. Sao Paulo: CONSELHO EDITORIAL.
- Sentencia del Primer Pleno Casatorio en lo Civil . (2007).
- Sessano, J. (2002). La protección penal del medio ambiente, peculiaridades en su tratamiento jurídico. En V. (. Gimenes, *Justicia Ecológica y protección del medio ambiente* (págs. 217-254). Madris, España: Trotta.
- Silva, J. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Montevideo: Polaino Navarrete.
- Soria, C. (2007). *Régimen legal de la gestión de los residuos sólidos urbanos en lima metropolitana, Tesis de Maestría en Universidad Internacional De Andalucía - Sede Iberoamericana*. Santa María de Rábida.
- Soria, C. (Noviembre de 2017). Delitos Ambientales. *Fiscalización Ambiental en actividades humanas y en el ámbito jurisdiccional constitucional y civil*. Fondo BVerde ONG.

- Soria, C. (23 de octubre de 2019). Fiscalización ambiental: conceptos, herramientas y procedimiento sancionador. *Diplomatura Internacional en Fiscalización Ambiental*. Obtenido de www.fondoverde.com
- Stiglitz, J. (2002). El malestar de la globalización. *Revista Internacional de Sociología*, 216 - 220.
- Taboada, L. (2001). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley .
- UNESCO. (2014). Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo. UNESCO. Obtenido de https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf
- Valencia, F. (2018). Bases conceptuales para el estudio interdisciplinario del sistema jurídico y las futuras generaciones: perspectiva teórica y empírica desde el derecho ambiental . 74.
- Vásquez, A. (2004). *Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*. México D.F., México: PNUMA.
- Verna, V. (2019). Derecho, norma ambiental y pensamiento sistémico. *Themis* 74, 195 - 203.
- Vidal, J. (2014). *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema jurídico peruano*. Lima: Lex & Iuris.
- Vidal, R. (2014). *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema jurídico peruano*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Zapiain, M. (s.f.). *file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/454577910.tmpzapiain-limitesimalcrecimiento%20(1).pdf*. Recuperado el 07 de 08 de 2019, de <https://aws.amazon.com/>: *file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/454577910.tmpzapiain-limitesimalcrecimiento%20(1).pdf*
- Zapianin, M. (2010). Crónica de una muerte anunciada. Una revisión de los límites del crecimiento. *Boletín CF +S*, 55 - 58.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	DIMENSIONES
¿Cuál es la naturaleza jurídica del daño ambiental?	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar la Naturaleza Jurídica del daño ambiental en el sistema jurídico peruano.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>a.) Establecer el uso del concepto de naturaleza jurídica.</p>	La naturaleza jurídica del daño ambiental es extrapatrimonial, debido su característica difusa, significativa e intergeneracional	La naturaleza jurídica del daño ambiental en el sistema jurídico peruano	Naturaleza Jurídica

	<p>b.) Determinar el alcance del bien jurídico ambiente en la doctrina nacional e internacional, la ley nacional y sentencias del Tribunal Constitucional.</p> <p>c.) Determinar el contenido del daño ambiental en la doctrina nacional e internacional.</p> <p>d.) Realizar la caracterización del daño ambiental en la</p>			<p>Bien Jurídico Ambiente</p> <hr/> <p>Daño ambiental en el sistema jurídico peruano</p>
--	---	--	--	--

	legislación comparada iberoamericana. e.) Determinar el contenido del daño ambiental en la Ley General del Ambiente.			
--	---	--	--	--